

PRAWO W DZIAŁANIU

42

SPRAWY CYWILNE

Redakcja naukowa Elżbieta Holewińska-Łapińska



Wolters Kluwer

Warszawa 2020



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



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

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), 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 jurisprudencja, 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 Stryk (sekretarz redakcji – sprawy cywilne)
Marek Marczewski (redaktor statystyczny)
Iwona Lewandowska (korektor językowy – język polski)
Sylwia 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

Magdalena Arczewska

Więzienne matki. Pomędzy zachowaniem przywiązaniowym
a transmisją międzypokoleniową.....9

Monika Horna-Cieślak

Zarządzenia wydawane przez sąd opiekuńczy na podstawie
art. 109 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego jako forma pomocy
rodzinie w świetle badania akt sądowych38

Rafał Łukasiewicz

Dane przestaniające w akcie urodzenia dziecka w świetle najnowszego
orzecznictwa NSA – potencjalne wyzwania i zmiany prawa60

Agata Lewulis

30 lat mediacji rodzinnej we Francji – próba syntezy 76

Ondřej Frinta, Dita Frintová, David Elischer

Children and Their Debts: Current Situation in the Czech Republic.
Part One: General Findings and Particular Types of Debts 111

Paweł Ostaszewski, Ewelina Melaniuk

Sprawy ze skargi na przewlekłość postępowania sądowego w 2018 r..... 136

Justyna Węglińska

Zasada ochrony zaufania obywateli do państwa i do stanowionego
przez nie prawa jako dyrektywa poprawnej legislacji 169

Edyta Figura-Góralczyk

O potrzebie utworzenia wyspecjalizowanych sądów do rozstrzygania
międzynarodowych spraw handlowych – doświadczenia Niemiec
oraz innych wybranych państw członkowskich UE..... 189

Konrad Czech

Regional Law on International Commercial and Investment
Arbitration in Latin America and Its Impact on Economic Integration
of the Region207

Sprawozdania

Tomasz Bojanowski, Klaudia Łuniewska, Bartłomiej Oręziak, Joanna Repeć Sprawozdanie z Międzynarodowej Konferencji Naukowej „ <i>Freedom, Religion and Sovereignty. Modern Phenomena and Future Challenges</i> ”. Warszawa, 27–28 września 2019 r.	243
--	-----

Contents:

Articles

Magdalena Arczewska Imprisoned Mothers. Between Bonding Behaviour and Intergenerational Transmission	9
Monika Horna-Cieślak Orders Issued by a Guardianship Court on the Basis of Article 109 of the Family and Guardianship Code as a Form of Support for a Family, in the Light of Case File Studies.....	38
Rafał Łukasiewicz Fictitious Parent's Particulars in Birth Certificates in the Light of Recent Judgments of the Polish Supreme Administrative Court: Potential Challenges and Legal Amendments	60
Agata Lewulis 30 Years of Family Mediation in France. An Attempt at Synthesis.....	76
Ondřej Frinta, Dita Frintová, David Elischer Children and Their Debts: Current Situation in the Czech Republic. Part One: General Findings and Particular Types of Debts	111
Paweł Ostaszewski, Ewelina Melaniuk Cases Initiated by Complaints about Excessive Length of Judicial Proceedings in 2018.....	136
Justyna Węglińska The Principle of Protection of Citizens' Trust in the State and the Law it Makes as a Directive of Appropriate Legislation.....	169
Edyta Figura-Góralczyk On the Need to Establish Specialized Courts for Cross-border Commercial Cases: Experiences of Germany and Other Selected EU Member States.....	189
Konrad Czech Regional Law on International Commercial and Investment Arbitration in Latin America and Its Impact on Economic Integration of the Region.....	207

Reports

Tomasz Bojanowski, Klaudia Łuniewska, Bartłomiej Oręziak, Joanna Repeć Report on International Academic Conference ' <i>Freedom, Religion and Sovereignty. Modern Phenomena and Future Challenges</i> ', Warsaw, 27–28 September 2019	243
---	-----

Magdalena Arczewska*

Więzienne matki. Pomiedzy zachowaniem przywiazaniowym a transmisja międzypokoleniowa**

1. WPROWADZENIE

„Więzienie i kara pozbawienia wolności towarzyszą społeczeństwu od starożytności. Mimo narastającej stale krytyki tych instytucji, jak dotąd, ludzkość niczego zastępczego nie wymyśliła”¹. Do połowy XVI w. treścią kary pozbawienia wolności była dolegliwość, jako forma odwetu za popełnione przestępstwo i jako forma odstraszenia od ponownego przestępstwa. Zmianę podejścia do roli kary stanowiło jednak dopiero wprowadzenie systemu progresywnego. Jego prekursorem był Aleksander Maconochie, który w 1840 r. objął urząd gubernatora wyspy Norfolk. W znajdującej się tam kolonii karnej skazańców traktowano z brutalnością, uznając ich za straconych dla społeczeństwa. A. Maconochie uważał jednak, że przestępcy powinni być traktowani jak ludzie w nieszczęściu, a ludzka natura powoduje, iż człowiek dąży do lepszych warunków. System progresywny uznano z czasem za postępowy i do dziś funkcjonuje on w różnych postaciach w wielu krajach, w tym także w Polsce. Resocjalizacja więźniów jest w nim kluczowym procesem naprawczym, przystosowującym osadzonych do unikania recydywy przestępczej². Resocjalizacja jest procesem trudnym, ponieważ odbywa się w warunkach izolacji. Jej celem jest nie tylko przekazanie wiedzy i zaleceń nowych stylów zachowań, ale także zmiana nawyków charakterologicznych i antyspołecznych postaw warunkujących aspołeczne i antyspołeczne zachowania człowieka. Innymi słowy, w wyniku tego oddziaływania jednostka powinna być zdolna do funkcjonowania w społeczeństwie³. Osadzonymi wymagającymi specjalnego podejścia są niewątpliwie kobiety doświadczające przyjsia dziecka na świat w warunkach izolacji.

Celem artykułu jest prezentacja wyników badań zrealizowanych przez autorkę w Domu dla matki i dziecka w Zakładzie Karnym nr 1 w Grudziądzu w październiku 2019 r., w ramach projektu badawczego „Macierzyństwo osadzonych. Budowanie

* Dr hab. Magdalena Arczewska jest adiunktem habilitowanym w Instytucie Stosowanych Nauk Społecznych Uniwersytetu Warszawskiego, Polska, ORCID 0000-0002-4675-2385, e-mail: m.m.arczewska@uw.edu.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autorkę: 7.01.2020 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 4.02.2020 r.

¹ H. Machel, *Więzienie jako instytucja karna i resocjalizacyjna*, Gdańsk 2003, s. 9.

² M. Ciosek, B. Pastwa-Wojciechowska, *Psychologia penitencjarna*, Warszawa 2016, s. 481–483.

³ B. Holyst, *Kryminologia*, Warszawa 2018, s. 31.

więzi z dziećmi przez kobiety odbywające karę pozbawienia wolności” finansowanego przez Instytut Stosowanych Nauk Społecznych Uniwersytetu Warszawskiego. Celem projektu była m.in. analiza wpływu świadomości izolacji osadzonych matek na więź z dzieckiem oraz występowanie zjawiska transmisji międzypokoleniowej. W ramach badań przeprowadzono wywiady pogłębione z 33 osadzonymi matkami (skazanymi), 4 wywiady z kadrą Domu dla matki i dziecka i 2 wywiady z sędziami rodzinnymi (łącznie 39) oraz dokonano analizy teczek osobowo-poznawczych (część B) osadzonych objętych badaniem.

2. MACIERZYŃSTWO OSADZONYCH KOBIET – UWARUNKOWANIA HISTORYCZNE, PRAWNE I ORGANIZACYJNE

Niedostosowanie społeczne nie występuje tylko wśród mężczyzn, choć kobiety stanowią mniejszość wśród osadzonych w zakładach karnych (poniższa tabela). Odrębność biologiczna i macierzyństwo, a także silniejszy u kobiet niż u mężczyzn uczuciowy związek z osobami bliskimi, zwłaszcza z dziećmi, sprawia, że stanowią one kategorię osób wymagających specjalnego traktowania podczas wykonywania kary pozbawienia wolności⁴. Z pewnością to przewidywany czas trwania orzeczonej kary jest obiektywnym czynnikiem, który ma pierwszorzędne znaczenie dla subiektywnego przeżywania faktu izolacji w środowisku więziennym⁵.

Tabela Liczba kobiet i mężczyzn osadzonych w zakładach karnych				
	2015	2016	2017	2018
ogółem	70836	71528	73822	74898
w tym kobiety	2379	2581	2873	2954

Źródło: *Roczna informacja statystyczna za rok 2017*, Ministerstwo Sprawiedliwości – Centralny Zarząd Służby Więziennej (BIS.0332.18.2017.GM), s. 4; *Roczna informacja statystyczna za rok 2018*, Ministerstwo Sprawiedliwości – Centralny Zarząd Służby Więziennej (BIS.0332.17.2018.AP), s. 4.

Fakt przebywania w zakładach karnych kobiet ciężarnych oraz matek z dziećmi budził i nadal budzi kontrowersje – jest to bowiem specyficzny typ środowiska, które nie przystaje do właściwości psychicznych i somatycznych kobiet⁶. W polskim prawie karnym ciąża kobiety nie jest okolicznością łagodzącą – dlatego też dzieci były i będą obecne za więziennymi kratami⁷. Ciąża stanowi natomiast obligatoryjną przesłankę odroczenia kary pozbawienia wolności w takich krajach jak Dania, Norwegia czy Czechy. Przykładowo, czeski Kodeks postępowania karnego przewiduje obligatoryjne odroczenie wykonania kary pozbawienia wolności wobec kobiety

⁴ H. Machel, *Więzienie...*, s. 63.

⁵ M. Ciosek, B. Pastwa-Wojciechowska, *Psychologia...*, s. 441.

⁶ I. Wesolowska-Krzysztofek, *Wpływ kontaktów z dziećmi na deprywację niektórych potrzeb u osadzonych kobiet* [w:] *Problemy więziennictwa u progu XXI wieku*, red. B. Hołyst, S. Redo, Warszawa 1996, s. 470; B. Jarzębowska-Baziak, *Problem macierzyństwa w zakładzie karnym* [w:] *Doświadczenia i perspektywy systemu penitencjarnego w Polsce*, red. T. Szymanowski, A. Rzepliński, Warszawa 1987, s. 247–249.

⁷ B. Jarzębowska-Baziak, *Problem macierzyństwa...*, s. 245.

ciężarnej i karmiącej na okres od sześciu miesięcy do roku, licząc od dnia porodu⁸. Dlatego też wyzwaniem dla służby penitencjarnej w Polsce jest przygotowanie matek do właściwego pełnienia ról macierzyńskich i społecznych nie tylko w więzieniu, ale i w środowisku otwartym oraz zapewnienie dzieciom optymalnych warunków rozwojowych i wychowawczych.

Prawa do pozostawiania pod opieką rodziców i specjalnej opieki ze strony państwa gwarantują zarówno przepisy międzynarodowe, jak i krajowe. W świetle art. 25 pkt 2 Powszechnej deklaracji praw człowieka⁹, matka i dziecko mają prawo do specjalnej opieki i pomocy. Z kolei w Rekomendacji o społecznych skutkach pozbawienia wolności i jego skutkach dla rodziny¹⁰ zwrócono uwagę na potrzebę zapewnienia w zakładach karnych opieki medycznej, psychologicznej oraz psychiatrycznej. Wypracowano również zasady odnoszące się do skazanych kobiet w ciąży odbywających karę pozbawienia wolności. Warunki w więzieniu, zgodnie z Rekomendacją, powinny być dostosowane do potrzeb skazanych kobiet w ciąży, a także w okresie porodu. Kobietom należy zapewnić nie tylko wsparcie, informacje odnośnie do ciąży, jej prawidłowego przebiegu, ale również zbilansowane, zrównoważone posiłki. Ważne jest także, aby skazane korzystały ze świeżego powietrza oraz miały zapewnioną aktywność fizyczną. Dostrzegając szczególne potrzeby kobiet w ciąży, zaleca się zapewnienie skazanym w ciąży odpowiednich warunków higienicznych, a także opiekę prenatalną oraz poporodową w celu pomocy w lepszym przeżyciu ciąży.

Zgodnie zaś z art. 7 Konwencji o prawach dziecka¹¹, ratyfikowaną przez 196 krajów, ma ono prawo do poznania swoich rodziców i pozostawiania pod ich opieką¹². Artykuł 9 Konwencji stanowi zaś, że Państwa-Strony zapewnią, aby dziecko nie zostało oddzielone od swoich rodziców wbrew ich woli, z wyłączeniem przypadków gdy kompetentne władze, podlegające nadzorowi sądowemu, zdecydują zgodnie z obowiązującym prawem oraz stosowanym postępowaniem, że takie oddzielenie jest konieczne ze względu na najlepiej pojęte interesy dziecka.

Konstytucja RP gwarantuje matce przed i po urodzeniu dziecka prawo do szczególnej pomocy władz publicznych¹³. Prawa te przysługują też „więziennym matkom”. Zgodnie z przepisami ustawy z 6.06.1997 r. – Kodeks karny wykonawczy¹⁴, w celu umożliwienia matce pozbawionej wolności sprawowania stałej i bezpośredniej opieki nad dzieckiem organizuje się przy wskazanych zakładach karnych Domy dla matki i dziecka, w których dziecko może przebywać na życzenie matki do ukończenia trzeciego roku życia, chyba że względy wychowawcze lub zdrowotne, potwierdzone opinią lekarza albo psychologa, przemawiają za oddzieleniem dziecka od matki lub za przedłużeniem albo skróceniem tego okresu. Decyzje w tym zakresie wymagają zgody sądu opiekuńczego¹⁵.

⁸ K. Szczechowicz, *Zasady wykonywania kary pozbawienia wolności i tymczasowego aresztowania wobec kobiet w ciąży*, „Studia Prawnoustrojowe UWM” 2009/10, s. 189.

⁹ Powszechna deklaracja praw człowieka z 10.12.1948 r. (A/RES/217(III)).

¹⁰ Rekomendacja 1340 (1997 r.) Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy o społecznych skutkach pozbawienia wolności i jego skutkach dla rodziny, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2011/72–73, s. 216.

¹¹ Konwencja o prawach dziecka z 20.11.1989 r. (Dz.U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526) – dalej Konwencja.

¹² A. Golus, *Dzieciństwo w cieniu różgi. Historia i oblicza przemocy wobec dzieci*, Gliwice 2019, s. 150.

¹³ Art. 71 par. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

¹⁴ Dz.U. z 2019 r. poz. 676, 679; Dz.U. z 2020 r. poz. 523 – dalej k.k.w.

¹⁵ Art. 87 par. 4 k.k.w. (Dz.U. z 1997 r. Nr 90, poz. 557).

W Polsce funkcjonują dwie tego typu placówki – w Krzywańcu¹⁶ oraz w Grudziądzu¹⁷. Zanim osadzona trafi do jednego z tych dwóch Domów dla matki i dziecka, jest przyjmowana do Zakładu Karnego nr 1 w Grudziądzu, w którym funkcjonuje jedyny w kraju więzienny oddział ginekologiczno-położniczy. Pierwsze dziecko przyszło tam na świat w 1949 r. Z analizy danych wynika, że od 1956 do 1997 r. skazane kobiety urodziły w tym szpitalu łącznie 3457 dzieci. W 1956 r. urodziło się tam jedynie 10 dzieci, ale już w 1962 r. kobiety przebywające w grudziądzkim zakładzie karnym urodziły 264 dzieci¹⁸. W literaturze przedmiotu występują rozbieżności dotyczące liczby porodów w tej placówce w poszczególnych latach – mogą one wynikać z faktu, że niektóre ciążę były mnogie bądź też zakończyły się zgonem dziecka¹⁹. W latach 2017–2019 kobiety przebywające w grudziądzkim zakładzie karnym urodziły odpowiednio: w 2017 r. – 52 dzieci, w 2018 r. – 59 dzieci i w 2019 r. – 56 dzieci²⁰.

Ponad 30 lat temu B. Jarzębowska-Baziak pisała: „Zwolennicy istnienia przywieziennych domów matki i dziecka uważają je za antidotum choroby sieroczej. Przeciwnicy przychodzenia dziecka na świat w więzieniu i spędzania w jego obrębie okresu wczesnego dzieciństwa – wskazują na niebezpieczeństwo utrwalenia się w psychice dziecka ‘śladów’ związanych z rzeczywistością więzienną i wpływu owych śladów na jego przyszły rozwój.”²¹ Wątpliwości te są wciąż aktualne. Dlatego też od początku lat 80. XX w. zarówno w Grudziądzu, jak i w Krzywańcu służba penitencjarna dąży do wypracowania najskuteczniejszego resocjalizacyjnie sposobu oddziaływania na „więzienne matki”.

Funkcjonowanie grudziądzkiego Domu dla matki i dziecka sięga lat 50. ub. w. i jest ono uregulowane przepisami rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 17.09.2003 r. w sprawie trybu przyjmowania dzieci matek pozbawionych wolności do Domów dla matki i dziecka przy wskazanych zakładach karnych oraz szczegółowych zasadach organizowania i działania tych placówek²² oraz zasadami określonymi w instrukcji nr 3/2017 Dyrektora Generalnego Służby Więziennej z 26.07.2017 r. w sprawie postępowania z osadzonymi ciężarnymi (dalej instrukcja 3/2017). Zgodnie z par. 2 rozporządzenia matka pozbawiona wolności sprawuje stałą opiekę nad dzieckiem w Domu dla matki i dziecka, a jej przyjęcie następuje w drodze pisemnego wniosku złożonego przez nią do dyrektora zakładu karnego. Do wniosku załączany jest akt urodzenia dziecka. O złożeniu wniosku dyrektor zakładu karnego zawiadamia właściwy sąd opiekuńczy. Matka wraz z dzieckiem zostają przyjęci do domu z chwilą uzyskania zgody sądu opiekuńczego, a w szczególnie uzasadnionych sytuacjach – z chwilą złożenia pisemnego wniosku. Zgodnie

¹⁶ <https://www.sw.gov.pl/jednostka/zaklad-karny-w-krzywancu> (dostęp: 4.01.2020 r.).

¹⁷ <https://www.sw.gov.pl/jednostka/zaklad-karny-nr-1-w-grudziadzu> (dostęp: 4.01.2020 r.).

¹⁸ M. Teleszewska, *Wykonywanie kary pozbawienia wolności wobec kobiet*. Rozprawa doktorska napisana pod kierunkiem prof. dr hab. Grażyny B. Szczygieł, Białystok 2018, https://repozytorium.uwb.edu.pl/jspui/bitstream/11320/7112/1/M_Teleszewska_Wykonywanie_kary_pozbawienia_wolnosci_wobec_kobiet.pdf, s. 68 (dostęp: 7.01.2020 r.).

¹⁹ T. Kolarczyk, J.R. Kubiak, P. Wierzbicki, *Przestępczość kobiet. Aspekty kryminologiczne i penitencjarne*, Warszawa 1984, s. 216; E. Szlęzak-Kawa, *Wśród nocnej ciszy...*, „Forum Penitencjarne” 2014/12, s. 9.

²⁰ Dane pozyskane od mjr Joanny Reichel, kierownika Domu dla matki i dziecka przy Zakładzie Karnym nr 1 w Grudziądzu 9.01.2020 r.

²¹ B. Jarzębowska-Baziak, *Problem macierzyństwa...*, s. 246.

²² Dz.U. z 2003 r. poz. 1708 i 1709, dalej rozporządzenie.

z par. 7 rozrządzenia, gdy lekarz lub psycholog wydał na piśmie opinię, że względu wychowawcze lub zdrowotne przemawiają za oddzieleniem dziecka od matki albo przedłużeniem lub skróceniem okresu jego pobytu w domu, dyrektor zakładu karego zawiadamia o tym sąd opiekuńczy.

Personel domu, zgodnie z par. 9 pkt 2 rozporządzenia, stanowią: lekarz pediatra, psycholog, pielęgniarka, wychowawca i dietetyk. W skład zespołu wychowawczo-opiekuńczego wchodzi też kierownik domu. Zadaniem kadry jest programowanie zajęć dydaktycznych, edukacyjnych, wychowawczych, terapeutycznych i resocjalizacyjnych dla matek, prowadzenie wraz z nimi działalności opiekuńczej zapewniającej dzieciom prawidłowy rozwój psychofizyczny, dokonywanie kwartalnych ocen postaw macierzyńskich matek, rozpoznawania i przygotowywanie warunków właściwej adaptacji społecznej matek i dzieci poprzez utrzymywanie kontaktów z ich rodzinami, organami pomocy społecznej i publicznymi placówkami opiekuńczo-wychowawczymi²³. Funkcjonariusze służby więziennej mający bezpośredni kontakt z dziećmi w czasie pełnienia służby nie używają umundurowania służbowego²⁴.

Przywołana wyżej instrukcja w sprawie postępowania z osadzonymi ciężarnymi określa czynności i zadania związane z organizacją i prowadzeniem w zakładach karnych i aresztach śledczych oddziaływań wobec skazanych, ukaranych i tymczasowo aresztowanych kobiet ciężarnych przed narodzinami dziecka i umieszczeniem w Domu dla matki i dziecka. Zgodnie z par. 2 instrukcji nr 3/2017 oddziaływania wobec ciężarnych prowadzi się w szczególności w celu zachowania ich zdrowia psychicznego i somatycznego, ograniczenia ekspozycji na stres oraz zapobieżenia konsekwencjom pobytu w warunkach izolacji dla przyszłej matki i dziecka oraz niwelowania deficytów, które mogą stanowić zagrożenie dla właściwego pełnienia ról matki oraz rozwijanie zasobów i kompetencji niezbędnych dla prawidłowego funkcjonowania w tej roli. Oddziaływania te polegają na dostosowaniu do potrzeb ciężarnych zakresu i form opieki, pomocy i nadzoru.

Oddziaływania z zakresu opieki psychologicznej obejmują w szczególności: przeprowadzenie rozmowy psychologicznej z ciężarną w terminie do 3 dni roboczych od dnia uzyskania informacji o ciąży osadzonej, udzielenie jej wsparcia psychologicznego oraz monitorowanie stanu psychicznego ciężarnej w trakcie systematycznych rozmów odbywających się co najmniej raz w miesiącu, podlegających dokumentowaniu w systemie informatycznym. Oddziaływania w zakresie opieki psychologicznej obejmują też diagnozowanie kompetencji macierzyńskich, postawy względem ciąży i przyszłego dziecka oraz rozpoznanie sytuacji rodzinnej i bytowej ciężarnej, pomoc w budowaniu wsparcia społecznego czy redukcji napięcia emocjonalnego²⁵.

Z kolei w zakresie opieki wychowawczej dąży się do pogłębienia kontaktu wychowawczego z ciężarną, prowadzi się z nią indywidualne rozmowy wychowawcze w celu odniesienia się do sytuacji rodzinnej i bytowej przyszłej matki. W tym zakresie sporządza się też nie rzadziej niż raz w miesiącu notatki podsumowujące pracę wychowawczą²⁶. Oddziaływania w zakresie pomocy w readaptacji społecznej

²³ Par. 12 pkt 2 rozporządzenia.

²⁴ Par. 11 rozporządzenia.

²⁵ Par. 3 instrukcji nr 3/2017.

²⁶ Par. 4 instrukcji nr 3/2017.

obejmują w szczególności umożliwienie ciężarnej spotkań z pracownikami instytucji działających na rzecz pomocy rodzinie, informowanie jej o przysługujących jej świadczeniach rodzinnych i socjalnych, zapewnienia miejsca zakwaterowania po opuszczeniu jednostki penitencjarnej, jeśli matka nie posiada miejsca zamieszkania²⁷. Oddziaływania w zakresie ochronnym obejmują w szczególności zwracanie szczególnej uwagi na zmiany nastroju i zachowań ciężarnej oraz informowania wychowawcy o jej odmowach wyjścia do lekarza, do położnej na widzenie oraz o innych zachowaniach niepokojących lub sprzecznych z porządkiem wewnętrznym jednostki penitencjarnej²⁸. Ciężarne mają także pierwszeństwo w dostępie do programów resocjalizacji czy terapii w oddziale dla uzależnionych, tak aby terapia ta mogła być zrealizowana przed upływem 7. miesiąca ciąży²⁹. Ciężarnej umożliwia się częstsze kontakty w formie rozmów telefonicznych, widzeń, rozmów przez komunikator Skype z ojcem dziecka w celu zapewnienia wsparcia i umocnienia więzi emocjonalnych. W uzasadnionych sytuacjach można zezwolić na dodatkowe kontakty z inną bliską osobą³⁰. W przypadku oddziaływań wobec ciężarnych deklarujących chęć odbywania kary wraz z dzieckiem, których właściwości i warunki osobiste wskazują na możliwość bezpośredniej opieki nad dzieckiem, uwzględnia się potrzeby wzmacniania więzi prenatalnej, kształtowania nawyków prozdrowotnych, postaw prorodzinnych, uczenia się umiejętności radzenia sobie z emocjami i stresem, uświadamiania odpowiedzialności za siebie i za dziecko³¹. Z kolei w prowadzeniu oddziaływań wobec ciężarnych, które nie deklarują zamiaru wychowywania dziecka bądź ich właściwości osobiste wskazują na brak możliwości sprawowania bezpośredniej opieki nad dzieckiem, uwzględnia się potrzeby przeprowadzenia analizy przyczyn odrzucenia dziecka, przygotowania osadzonej do rozstania z dzieckiem po porodzie oraz czekających ją czynności prawnych³².

W 2019 r. Dom dla matki i dziecka w Grudziądzu wyglądał tak, jak przed 20 laty opisała go H. Reczek: „Gmach domu dla matki i dziecka wyróżnia się w architekturze zakładu. Jest czteropiętrowym budynkiem z przylegającym do niego ogródkiem. Pokoje matek są trzyosobowe. Obok łóżka matki stoi łóżeczko dziecięce. Pokoje są przeszklone i jasne. Każdy z nich posiada balkon. Zabezpieczenia balkonów nie stanowi typowa więzienna krata, lecz fantazyjna, ażurowa, dyskretna. Pokoje mieszkalne matek i dzieci oddzielone są kolorowymi bawialniami, wyposażonymi w dziecięce mebelki i zabawki.”³³.

3. POMIĘDZY ZACHOWANIEM PRZYWIĄZANIOWYM A TRANSMISJĄ MIĘDZYPOKOLENIOWĄ

Czynnikiem, który może przemawiać za modelem więziennego macierzyństwa jest posiadanie przez człowieka uwarunkowanego biologicznie systemu przywiązania. Występowanie zachowań przywiązaniowych stanowi podstawowe założenie teorii

²⁷ Par. 5 instrukcji nr 3/2017.

²⁸ Par. 7 instrukcji nr 3/2017.

²⁹ Par. 10 i 11 instrukcji nr 3/2017.

³⁰ Par. 12 instrukcji nr 3/2017.

³¹ Par. 13 instrukcji nr 3/2017.

³² Par. 14 instrukcji nr 3/2017.

³³ H. Reczek, *Oddziaływanie wychowawcze wobec osadzonych ciężarnych i matek* [w:] *Problemy...*, s. 482.

sformułowanej przez brytyjskiego psychiatrę i psychoanalityka Johna Bowlby'ego. Choć stwierdzenie, że człowieka cechuje posiadanie systemu przywiązania może się wydawać oczywiste, ma ono fundamentalne znaczenie dla wyjaśnienia i interpretacji tendencji człowieka do tworzenia więzi emocjonalnych z innymi osobami. Co więcej, pomaga też w zrozumieniu mechanizmów powstawania zaburzeń psychicznych. System zachowań przywiazaniowych (*attachment behaviors*) sprawia, że dziecko nawiązuje i wzmacnia specyficzny i intymny związek pomiędzy nim a środowiskiem, w którym żyje i od którego jest zależne – poszukuje ono bliskości i kontaktu z konkretną osobą (figurą przywiązania), szczególnie gdy jest przestraszona, zmęczona lub chore³⁴.

Zachowanie przywiązania definiuje się jako poszukiwanie i utrzymywanie bliskości z inną jednostką. „Istnieją mocne dowody świadczące o tym, że w środowisku rodzinnym większość niemowląt już w wieku około trzech miesięcy inaczej reaguje na matkę niż na pozostałe osoby. Widząc swą matkę niemowlę chętniej się uśmiecha i wokalizuje, dłużej też wodzi za nią wzrokiem niż wówczas gdy patrzy na kogokolwiek innego. Różnicowanie percepcyjne zatem jest obecne.”³⁵. Według J. Bowlby'ego trzy pierwsze lata życia dziecka są okresem krytycznym, po upływie którego wytworzenie się więzi staje się praktycznie niemożliwe. Píše on: „W drugim kwartale pierwszego roku życia niemowlęta są wrażliwe i gotowe do wytwarzania różnicującego przywiązania. Po szóstym miesiącu życia wciąż są do tego zdolne, lecz wraz z upływem miesięcy narastają trudności. Wydaje się oczywistym, że w drugim roku życia trudności te są już ogromne i nie zmniejszają się.”³⁶.

W zakresie kształtowania zachowania przywiazaniowego można wyróżnić cztery fazy. Pierwszą z nich charakteryzuje – jak określa to J. Bowlby – ograniczone wyróżnicowywanie figury. W tej fazie noworodek zachowuje się w sposób charakterystyczny wobec wszystkich ludzi, ale jego zdolność do rozróżniania osób ogranicza się jedynie do bodźców węchowych i słuchowych. Faza ta trwa od narodzin do wieku co najmniej 8 tygodni życia, a zazwyczaj do ok. 12 tygodni. Jak zauważa J. Bowlby: „Po ukończeniu około sześciu tygodni niemowlę staje się coraz bardziej zdolne do różnicowania tego co widzi, słyszy i czuje a jego zachowanie staje się coraz lepiej zorganizowane. Wskutek tego w trzecim miesiącu życia stają się widoczne różnice w zachowaniach społecznych między niemowlętami wychowywanymi w rodzinach a tymi, które przebywają w instytucjach.”³⁷.

Z kolei w drugiej fazie orientacja i sygnały ukierunkowane są ku jednej wyróżnicowanej figurze lub kilku takim figurom. W fazie tej niemowlę nadal zachowuje się w ten sam przyjazny sposób wobec ludzi jak w fazie 1, ale czyni to wyraźniej w stosunku do figury matczynej, niż w stosunku do innych. Mało prawdopodobne jest pojawienie się różnicujących reakcji na bodźce słuchowe w wieku poniżej 4 tygodni, a w przypadku bodźców wzrokowych poniżej 10 tygodni. Faza ta trwa do ukończenia przez dziecko ok. 6 miesięcy, ale może trwać znacznie dłużej. W fazie trzeciej wyróżnionej przez J. Bowlby'ego, niemowlę utrzymuje bliskość z wyróżnicowaną

³⁴ M. Koput, A. Koba, *Korzenie życia społecznego*, <http://www.psychologia.edu.pl/czytelnia/50-artykuly/228-przywiazanie-korzenie-zycia-spoecznego.html> (dostęp: 8.01.2020 r.).

³⁵ J. Bowlby, *Przywiązanie*, Warszawa 2016, s. 232.

³⁶ J. Bowlby, *Przywiązanie*, s. 360.

³⁷ J. Bowlby, *Przywiązanie*, s. 355.

figurą za pomocą lokomocji oraz sygnałów. Niemowlę coraz bardziej różnicuje sposób, w jaki traktuje poszczególne osoby, ale repertuar jego reakcji poszerza się również o podążanie za oddalającą się matką czy witanie jej. Jednocześnie przyjazne i nieodróżnicowane reakcje na innych słabną. Pewne osoby zostają wybrane na drugoplanowe figury przywiązania. Obcy natomiast traktowani są z rosnącą ostrożnością, zaczynają wzbudzać niepokój i lęk. Faza ta zazwyczaj rozpoczyna się między szóstym a siódmym miesiącem życia, może jednak opóźnić się i wystąpić dopiero po pierwszych urodzinach. W fazie tej niemowlę i małe dziecko zaczyna utrzymywać bliskość z figurą przywiązania – tu pojawia się wyobrażenie matki jako niezależnego obiektu poruszającego się na kontinuum czasowo-przestrzennym w przewidywany sposób. Obraz dziecka zaczyna nabierać więc większej złożoności, ponieważ uzyskuje ono wgląd w uczucia i motywy matki. Czwarta faza polega więc na formowaniu się związku partnerskiego z matką³⁸.

J. Bowlby zwraca więc uwagę na kilka procesów, ważnych z punktu widzenia prowadzonego tu wywodu. Doświadczenie przez małe dziecko krzepiącej i wspierającej matki wyposaża je w poczucie własnej wartości, wiarę w uczynność innych oraz korzystny model interakcji, na podstawie którego będzie ono budowało swoje związki w przyszłości. Ponadto, zdaniem J. Bowlby'ego, doświadczenia wyniesione przez matkę z rodziny pochodzenia okazują się prognostyczne w zakresie tego, jak będzie ona traktowała swoje dziecko. J. Bowlby odwołując się do wyników licznych badań empirycznych dowodzi, że dzieci, które miały bardziej responsywne matki rozwijają się inaczej niż dzieci, których matki były mniej responsywne. Wynika z tego, że to w jaki sposób matka traktuje dziecko odzwierciedla jej własne wstępne skłonności, które zostały ugruntowane, zmodyfikowane i wzmocnione³⁹. Wreszcie, J. Bowlby dowodzi, że wpływ na wzorce przywiązania mają doświadczenia krzywdzenia w dzieciństwie oraz wychowanie w pieczy instytucjonalnej. „Ogromny wpływ wczesnych doświadczeń dziecka na wzorce przywiązania, a tym samym na rozwój osobowości nigdzie nie jest tak, jak w głęboko zaburzonym zachowaniu społecznym dzieci, które doznały przemocy fizycznej ze strony rodzica lub które spędziły pierwsze lata swego życia w instytucji.”⁴⁰.

Jak pisze Chris Taylor: „Wciąż nie ma zupełnej jakości co do charakteru zaburzeń przywiązania (*attachment disorder*), ale powszechnie przyjmuje się, że są one wynikiem bardzo negatywnych doświadczeń związanych z opieką we wczesnych etapach życia. Diagnozę tego rodzaju zaburzeń stawia się na podstawie zbioru zachowań o charakterze głównie społecznym, które świadczą o tak poważnym zaburzeniu równowagi w podejściu do figury przywiązania, że jej wybór dokonuje się w sposób mało konsekwentny”⁴¹. W przypadku więzi zdeorganizowanej figura przywiązania staje się dla niemowlęcia źródłem strachu, a nie ochrony. Nie potrafi ono uwolnić się z tej relacji i odzyskać poczucia bezpieczeństwa. Dzieci wykazujące lękowe i zdeorganizowane wzorce przywiązania radzą sobie z nadmiernym pobudzeniem (nieuregulowanymi emocjami), które wynika z ciągłego poczucia zagrożenia albo za pomocą dysocjacji

³⁸ J. Bowlby, *Przywiązanie*, s. 300–301.

³⁹ J. Bowlby, *Przywiązanie*, s. 378.

⁴⁰ J. Bowlby, *Przywiązanie*, s. 400.

⁴¹ Ch. Taylor, *Zaburzenia przywiązania u dzieci i młodzieży. Poradnik dla terapeutów, opiekunów i pedagogów*, Sopot 2019, s. 34–35.

(czyli poprzez blokowanie połączeń między myślami, wspomnieniami, uczuciami, działaniami i tożsamością), albo zachowując nadmierną czujność (stale sprawdzając, czy w pobliżu nie czyha niebezpieczeństwo). Często również nieskutecznie kontrolują impulsy. Dzieci te doświadczają wielu problemów, których rozwiązania nie widzą⁴². Reaktywne zaburzenia przywiązania (*reactive attachment disorder*) to ciężki, ujęty w kategorii kliniczne przypadek przywiązania pozabezpiecznego. Cechują się one dysfunkcją umiejętności społecznych oraz poważnie zaburzonym i rozwojowo nieodpowiednim sposobem tworzenia relacji, który zaczyna się objawiać przed ukończeniem przez dziecko 5. roku życia. Reaktywne zaburzenia przywiązania pojawiają się w dwóch formach: zahamowanej i niehamowanej. Dziecko z zaburzeniami pierwszego typu z zasady nie potrafi wchodzić w interakcje społeczne ani reagować, a jego zachowania społeczne są zahamowane, naznaczone nadmierną przezornością, bardzo ambiwalentne i sprzeczne ze sobą. Dziecko prezentujące drugi typ zaburzeń cechuje się bezkrytyczną towarzyskością i brakiem wybiórczości w tworzeniu relacji przywiązania. Z wiekiem zaczyna prezentować postawę bezkrytycznej społecznej eksterwencji, traktując wszystkich jako najlepszych przyjaciół⁴³.

Od kiedy J. Bowlby wykazał, jakie konsekwencje dla zdrowia psychicznego dziecka wywołuje rozstanie z rodzicami, podjęto wiele badań nad zależnością między różnymi przyczynami rozbicia rodziny a rozwojem zaburzeń antyspołecznych u dzieci. Jedną z takich przyczyn jest pobyt rodzica w zakładzie karnym. Z badań wynika, że u dzieci tych obserwuje się takie objawy jak: stany depresyjne, nadpobudliwość psychoruchowa, zachowania agresywne, regres w rozwoju, zaburzenia snu i jedzenia, ucieczki z domu, popełnianie przestępstw⁴⁴. Dziecko może naśladować zachowania swojego rodzica. Pobyt osoby najbliższej w zakładzie karnym może też powodować stygmatyzację dziecka w otoczeniu społecznym. W przypadku pobytu w zakładzie karnym matki zwykle dochodzi do poważniejszych trudności, ponieważ ojcowie na ogół gorzej sobie radzą ze sprawowaniem opieki nad dzieckiem, zdarza się także, że nie są oni obecni w życiu dzieci, zatem jedynym rozwiązaniem jest umieszczenie małoletnich w pieczy zastępczej. Jak wynika z badań dzieci, które zostały przysposobione i wychowywane przez rodziców niebędących w konflikcie z prawem, w późniejszym okresie życia przejawiały symptomy zaburzeń psychicznych i wchodziły w konflikty z prawem⁴⁵.

Pomocne w rozumieniu tego procesu może być zjawisko transmisji międzypokoleniowej (*intergenerational transmission*) zdefiniowane w literaturze przedmiotu po raz pierwszy w 2016 r. na podstawie wyników wieloletnich badań. W piśmiennictwie stosuje się też rozwinięcia tego pojęcia takie jak transmisja międzypokoleniowa przemocy czy transmisja międzypokoleniowa traumy⁴⁶. Według tej koncepcji,

⁴² Ch. Taylor, *Zaburzenia...*, s. 164.

⁴³ Ch. Taylor, *Zaburzenia...*, s. 35–36.

⁴⁴ M. Radochoński, L. Perenc, A. Radochońska, *Rodzina a zachowania antyspołeczne* [w:] *Psychologia rodziny*, red. I. Janicka, H. Liberska, Warszawa 2014, s. 519.

⁴⁵ G. Poraj, *Agresja i przemoc* [w:] *Psychologia...*, s. 519.

⁴⁶ S. Besemer, *Transmission of Violence: a New Approach to Studying Intergenerational Transmission From Violent Versus Non-Violent Fathers: Latent Class Analysis*, "Journal of Quantitative Criminology" 2012/28(2), s. 245–263; J. Wagner, S. Jones, A. Tsaroucha, H. Cumbers, *Intergenerational Transmission of Domestic Violence: Practitioners' Perceptions and Experiences of Working with Adult Victims and Perpetrators in the UK*, "Child Abuse Review" 2019, Vol. 28, s. 39–51, <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1002/car.2541> (dostęp: 9.01.2020 r.).

zmiany biologiczne wynikające z narażenia na stres rodziców mają bezpośrednio wpływ na potomstwo, poprzez zmiany w gametach i w środowisku macicy kobiety ciężarnej. Początek transmisji międzypokoleniowej odbywa się w okresie życia wewnątrzmacicznego, kiedy matki przeżywające traumatyczne wydarzenia wydzielają duże ilości hormonów stresu, co ma wpływ na rozwój łożyska i płodu. Dochodzi wówczas do zmian epigenetycznych, w których ulega zmianie ekspresja genów, polegająca na chemicznej modyfikacji materiału jądrowego przy udziale specyficznych enzymów. Właśnie w ten sposób powstaje transmisja międzypokoleniowa i zmiany biologiczne u potomstwa w wyniku stresu dotyczącego rodziców. Zmiany epigenetyczne regulujące ekspresję genów polegają na chemicznej modyfikacji DNA i histonów oraz na zmianach wywołanych przez niekodujący RNA (*non-coding RNAs* – ncRNAs). Niekodujące RNA jest podatne na niekorzystne czynniki środowiskowe takie jak toksyny, nieprawidłowości w odżywianiu czy stres. Niskie stężenia kortyzolu i wysokie stężenia enzymu rozkładającego go powodują, że potomkowie rodziców, którzy przeżyli traumę, są bardziej podatni na PTSD (zespół stresu pourazowego – *Posttraumatic Stress Disorder*), lecz także na otyłość, nadciśnienie i cukrzycę. Zaobserwowano też, że głównie chorowanie matki na PTSD było przyczyną zwiększonego ryzyka rozwoju PTSD u dzieci, chorowanie zaś ojców na PTSD – przyczyną większego ryzyka zachorowania dzieci na zaburzenia depresyjne. Z badań wynika, że skutki traumatycznych doświadczeń z okresu dzieciństwa i dojrzewania mogą dotyczyć całego życia jednostki, a nawet przechodzić z pokolenia na pokolenie. Pamięć komórkowa – nazywana metaboliczną lub epigenetyczną – polega na tym, że komórki organizmu zapamiętują różne zmienne w środowisku takie jak: temperatura, ciśnienie, dostępność do pożywienia, lęk, agresja, trauma – w związku z tym również środowisko może wpłynąć na fizjologię potomstwa, i to bez zmiany sekwencji genomu⁴⁷.

Kontynuacja rodziny zachodzi zatem nie tylko na poziomie biologicznym, ale i psychicznym. Dzieje się tak, ponieważ doświadczenie rodziny (system wartości, norm i postaw) jest przechowywane w sposobach pełnienia ról czy radzenia sobie z trudnościami. Transmisja międzypokoleniowa zapewnia zatem wieloaspektową ciągłość rodziny, nadaje jej charakter ponadczasowy, a zarazem umożliwia adaptację rodziny i każdego z jej członków do kontekstu życiowego. Transmisja międzypokoleniowa w rodzinie jest określana jako ciągłość pokoleniowa w zakresie przekonań i wzorów zachowań, a jej zakres oddaje podobieństwa i różnice między rodzicami a dziećmi dotyczące cech psychofizycznych, w tym zarówno cech osobowości, wartości, norm, jak i koncepcji ról społecznych. Międzypokoleniowa transmisja w rodzinie jest wpleciona w proces socjalizacji, czyli w proces nabywania przez jednostkę wiedzy, systemów wartości, opanowywania języka, umiejętności społecznych i wrażliwości społecznej, który umożliwia jej zintegrowanie się ze społeczeństwem i adaptowanie się do jego zmian. Jest to proces, który zasadza się na interakcjach i relacjach oraz warunkuje przystosowanie społeczne. Transmisja międzypokoleniowa w rodzinie zachodzi przede wszystkim przez procesy naśladownictwa,

⁴⁷ *Trauma dziedziczna*. Wywiad M. Stelmach z prof. dr hab. med. J. Jośko-Ochojską, kierownik Katedry i Zakładu Medycyny i Epidemiologii Środowiskowej SUM w Katowicach nt. pamięci komórkowej i przyszłości epigenetyki, „Psychiatria po dyplomie” 2018/3, <https://podyplomie.pl/psychiatria/30766,trauma-dziedziczna> (dostęp: 10.01.2020 r.).

modelowania i identyfikacji⁴⁸. Warto wyjaśnić ich znaczenie. Otóż naśladownictwo jest mechanizmem uruchamianym przez wzorzec czynności; źródeł naśladownictwa szuka się w instynkcie naśladowczym, ponieważ wyjaśnia to podejmowanie przez małe dziecko czynności zaobserwowanych u innych ludzi w jego otoczeniu. Składnikiem instynktownym naśladownictwa jest dążenie do zgodności. Z kolei modelowanie jest procesem wzbudzonym przez przykład osobowy i umożliwia wytworzenie zachowań stanowiących symboliczne równoważniki zachowań modela. Proces ten kształtuje się między 5. a 10. rokiem życia, kiedy dziecko jest już zdolne do tworzenia wyobrażeń. Wreszcie, identyfikacja jest to tendencja, na ogół nie w pełni uświadomiona, do bycia takim samym jak model, który ma szansę stać się osobą wzbudzającą silne pozytywne uczucia. W odróżnieniu do naśladownictwa i modelowania, które są również uruchamiane w złej atmosferze, identyfikacja jest skutecznym mechanizmem transmisji międzypokoleniowej w rodzinie, w której panuje pozytywny klimat⁴⁹.

Istnienie zależności między zaniedbywaniem dziecka i stosowaniem wobec niego przemocy a rozwojem skłonności do zachowań antyspołecznych jest potwierdzone w literaturze przedmiotu. Do najbardziej znanych w tym zakresie należą badania przeprowadzone przez Cathy Spatz Widom w Indianapolis w USA⁵⁰. Autorka ta oparła się na dokumentach sądowych, odnoszących się do spraw 900 dzieci, które były ofiarami przemocy lub zaniedbania przez rodziców przed osiągnięciem 11. roku życia. Uzyskany materiał jednoznacznie potwierdził fakt, że osoby zaniedbywane w dzieciństwie lub będące ofiarami przemocy stosowanej przez rodziców częściej popadały w konflikt z prawem i były karane sędownie niż ich rówieśnicy reprezentujący populację ogólną. Do podobnych wniosków doszli badacze w innych krajach. Przykładowo, w Niemczech, M.K. Krischer i K. Sevecke⁵¹ stwierdzili, że nieletni przestępcy przejawiający cechy psychopatii byli w okresie dzieciństwa ofiarami przemocy i zaniedbania ze strony własnych rodziców. Podobne wyniki uzyskali S. Lang, B. Klintonberg i P.O. Alm w Szwecji⁵² oraz M.A. Campbell, S. Porter i D. Santor w Kanadzie⁵³.

4. OMÓWIENIE METODY I WYNIKÓW BADAŃ

4.1. Metodologia badań

Celem badań własnych była m.in. analiza wpływu świadomości izolacji osadzonych matek na więź z dzieckiem oraz występowanie zjawiska transmisji międzypokoleniowej. Badania zrealizowano w październiku 2019 r. w Domu dla matki i dziecka

⁴⁸ M. Farnicka, H. Liberska, *Transmisja międzypokoleniowa – procesy zachodzące na styku pokoleń* [w:] *Psychologia...*, s. 186–187.

⁴⁹ M. Farnicka, H. Liberska, *Transmisja...*, s. 187–189.

⁵⁰ C.S. Widom, *The cycle of violence*, "Science" 1989/244, s. 160–166, za: G. Poraj, *Agresja...*, s. 485–504.

⁵¹ M.K. Krischer, K. Sevecke, *Early traumatization and psychopathy in female and male juvenile offenders*, "International Journal of Law and Psychiatry" 2008/31, s. 253–262, za: G. Poraj, *Agresja...*, s. 485–504.

⁵² S. Lang, B. Klintonberg, P.O. Alm, *Adult psychopathy and violent behaviour in males with early neglect and abuse*, "Acta Psychiatrica Scandinavica" 2002/106, s. 93–100, za: G. Poraj, *Agresja...*, s. 485–504.

⁵³ M.A. Campbell, S. Porter, D. Santor, *Psychopathic traits in adolescent offenders. An evaluation of criminal history. Clinical, and psychosocial correlates*, "Behavioral Sciences and Law" 2004(22), s. 23–47, za: G. Poraj, *Agresja...*, s. 485–504.

w Zakładzie Karnym nr 1 w Grudziądzu za zgodą dyrektora jednostki. Uczestnictwo osadzonych w badaniach było dobrowolne. Ze względów proceduralnych w badaniu mogły wziąć udział kobiety skazane, natomiast nie te aresztowane. Każda z osadzonych została indywidualnie zapoznana z celem badań. Na udział w badaniach wyraziły zgodę wszystkie skazane przebywające w Domu dla matki i dziecka w okresie, w którym prowadzono badania (14–18.10.2019 r.), choć pierwotnie planowano realizację ok. 20 wywiadów. Osadzonym zagwarantowano anonimowość oraz wyłączne wykorzystanie zebranego materiału dla celów badawczych. Wszystkie rozmówczynie podpisały zgodę na udział w badaniach i zgodziły się na nagranie wywiadu. Ze względu na zachowanie bezpieczeństwa badaczki, w trakcie realizacji wywiadów w pomieszczeniu była obecna funkcjonariuszka służby więziennej. Teczki osobowo-poznawcze (część B) były analizowane po przeprowadzeniu wywiadów, pod nieobecność rozmówczyń, za zgodą administracji zakładu karnego.

W ramach badań przeprowadzono indywidualne wywiady pogłębione z 33 osadzonymi matkami (skazanymi), 4 wywiady z kadrą Domu dla matki i dziecka i 2 wywiady z sędziami rodzinnymi (łącznie 39). Wypowiedzi osadzonych kobiet oznaczono symbolami od O1 do O33. Komentarze personelu Domu dla matki i dziecka (kierowniczkę, wychowawczynie, pielęgniarki, oddziałowej) – oznaczono symbolami od K1 do K4, a opinie sędzi rodzinnych – symbolami S1 i S2. Wszystkie wypowiedzi pochodzące od badanych zapisano kursywą.

W ramach badań przeanalizowano też zawartość teczek osobowo-poznawczych (część B) 27. osadzonych objętych badaniem (z uwagi na toczące się postępowania w czasie realizacji badań nie były dostępne teczki sześciu z nich) zawierających: rozmowę wstępną, propozycję klasyfikacji osadzonej, projekt oceny okresowej, prognozę kryminologiczno-społeczną, opinie psychologiczną, indywidualny program oddziaływania, opinie o skazanej, informacje z rejestru karnego, opinię sądowo-psychiatryczną, ewentualne wnioski o wymierzenie kary porządkowej. Na podstawie powyższych danych dokonano rekonstrukcji sytuacji społecznej i prawnej osadzonych. Warto tu wyjaśnić, że podczas poddanej w toku badań analizie rozmowy wstępnej, przeprowadzanej w ciągu dwóch dni od przyjęcia do zakładu karnego, ustalane są informacje mające wpływ na dalszy przebieg odbywania kary oraz funkcjonowanie w warunkach izolacji. Odnotowuje się tu miejsce zamieszkania, do którego skazana zamierza udać się po zwolnieniu, środki utrzymania i sytuację materialną rodziny wraz ze zobowiązaniami finansowymi, posiadanie w depozycie pieniędzy i odzieży stosownej do pory roku oraz dokumentu tożsamości. Podawane przez osadzoną informacje, takie jak poziom wykształcenia, kwalifikacje zawodowe czy zainteresowania stanowią podstawę do ustalenia indywidualnego programu oddziaływania, którego realizacja może się przyczynić do resocjalizacji w trakcie odbywania kary i skutkować ułatwieniem readaptacji społecznej po zwolnieniu. Uzyskane w rozmowie wstępnej informacje są na bieżąco uzupełniane, a w przypadku zbliżającego się okresu przygotowującego do zwolnienia są aktualizowane przez wychowawcę do spraw postpenitencjarnych⁵⁴.

Przeprowadzone w ramach badań wywiady miały charakter indywidualnych wywiadów pogłębionych. Wywiady te stanowią jakościową technikę badawczą

⁵⁴ Por. M. Ciosek, B. Pastwa-Wojciechowska, *Psychologia...*, s. 552.

o charakterze eksploracyjnym. Pozwala ona na dotarcie do postaw i zachowań osób kluczowych z punktu widzenia celu badawczego, a także na zdobycie informacji na temat indywidualnych doświadczeń, które mogłyby pozostać nieujawnione. Atutem tej techniki jest również forma swobodnej wypowiedzi, pozwalająca na zebranie szerszych opinii i refleksji, pomijanych w technikach ilościowych. Z uwagi na podjętą przez autorkę tematykę badań i pytania o osobiste doświadczenia, zdecydowano o zastosowaniu tej techniki z uwagi na jej szczególne zalety – wywiad pogłębiony pozwala na dotarcie do pogłębionych informacji, często drażliwych i trudnych, daje możliwość zbudowania wzajemnego zaufania między badaczem i badanym, pozwala na pełne zrozumienie respondenta. Wywiady pogłębione mają ustalony schemat wątków tematycznych, poruszanych w trakcie rozmowy w celu uzyskania jak najwięcej szczegółowych informacji. Wywiad jakościowy prowadzony jest zgodnie ze wskazówkami, choć nie posiada struktury ściśle uporządkowanej. Pytania nie są standaryzowane, mają charakter otwarty, a o ich kolejności i sposobie formułowania decyduje osoba prowadząca wywiad. Otwiera to możliwość dokonywania modyfikacji procesu realizacji badań ze względu na doświadczenia, wiedzę czy kompetencje respondenta⁵⁵.

Wywiad z osadzonymi matkami otwierało pytanie: „Czy może Pani opowiedzieć o swoich dzieciach?”. Tu rozmówczynie zwykle podawały neutralne informacje dotyczące imion i wieku dzieci, mówiły o tym, gdzie przebywają i kto sprawuje nad nimi opiekę. Pytanie dotyczące przebiegu macierzyństwa i okoliczności odebrania dzieci wzbudzały u większości z nich wspomnienia i łzy. Tylko jedna z osadzonych na wstępie zastrzegła, że nie chce opowiadać o swoich dzieciach poza zakładem karnym, bo jest to dla niej trudne. Rozmówczynie chętnie opowiadały o dzieciach urodzonych w zakładzie karnym. Pytanie to pozwalało na wyciszenie emocji. Tu badane opowiadały o rytmie dnia codziennego, opieką nad dzieckiem, a także o kontaktach z innymi członkami rodziny podczas rozmów telefonicznych i widzeń. Rozmówczynie proszono o wyjaśnienie, jaka ich zdaniem jest „kochająca mama”. Następnie opowiadały o tym, jak dbają o relację z dzieckiem i czy mają kontakt z dziećmi przebywającymi poza zakładem karnym. Pytano je także o to, jak wyobrażają sobie przyszłość swoich dzieci.

Następnie osadzone były proszone o opisanie zdarzeń, które doprowadziły do umieszczenia w zakładzie karnym. W odpowiedzi na to pytanie rozmówczynie przechodziły często do kolejnego zagadnienia – opowieści o rodzinie pochodzenia, relacjach z osobami bliskimi i wspomnieniach z dzieciństwa. Badane były też proszone o opisanie swojego życia zanim trafiły do zakładu karnego. Z kolei pytania dotyczące pobytu w zakładzie karnym odnosiły się do sposobów radzenia sobie z izolacją, otrzymywanym wsparciem i kontaktami ze współosadzonymi. Na koniec rozmówczynie były proszone o przedstawienie swojej wizji życia po opuszczeniu murów więziennych – mówiły o tym, gdzie chciałyby mieszkać, jak wyobrażają sobie swoje życie rodzinne, kontakty z ojcem dziecka, bliższą i dalszą rodziną, a także o tym, czy planują podjęcie zatrudnienia i co ważne – czy chcą odzyskać opiekę nad starszymi dziećmi. Trzeba dodać, że wywiady były dla badanych bardzo trudne. Pytania poruszały bowiem kwestie wywołujące silne emocje. Większość

⁵⁵ Por. M. Nicpoń, R. Marzęcki, *Pogłębiony wywiad indywidualny w badaniach społecznych* [w:] *Przeszłość – Teraźniejszość – Przyszłość. Problemy badawcze młodych politologów*, Kraków 2010, s. 245–252.

rozmówczyń płakała opowiadając o swoich doświadczeniach życiowych, szczególnie o dotychczasowym macierzyństwie i życiu rodzinnym.

4.2. Sytuacja społeczna i prawna osadzonych

W czasie realizacji badań w Domu dla matki i dziecka w Grudziądzu przebywały 33 osadzone odbywające karę pozbawienia wolności. Analizie poddano 27 teczek osobowo-poznawczych. Najstarsza z badanych miała ukończonych 38 lat, najmłodsza – 20 lat (średnia wieku dla badanej zbiorowości: 27,9). Spośród badanych 3 miały status sprawczyni młodocianej. Osadzone legitymowały się głównie wykształceniem gimnazjalnym (10) i podstawowym (9). Kolejne cztery miały wykształcenie zawodowe (kierunki: rolnik, kucharz, sprzedawca), trzy średnie i jedna wyższe (ukończona studia pierwszego stopnia o profilu lingwistycznym). Zdecydowana większość badanych nie miała żadnego wyuczonego zawodu i/lub nigdy nie pracowała. Tylko 6 osadzonych zadeklarowało, że przed umieszczeniem w zakładzie karnym wykonywały jakąkolwiek pracę zarobkową: specjalistki produkcji poligraficznej, sprzedawczynie, salowej, kucharki, tartaczniczki, pracownicy biurowej, pracownicy budowlanej.

Jeśli chodzi o podstawy skazania, to analiza dokumentów skłania do przyjęcia, że wobec badanych zarządzono dość często wykonanie zastępczej kary pozbawienia wolności orzeczonej, z uwagi na uchylenie się skazanej od odbycia kary określonej w Kodeksie wykroczeń⁵⁶ (grzywna, wykonywanie nieodpłatnej kontrolowanej pracy na cele społeczne, areszt). Wobec kilku badanych orzeczono karę pozbawienia wolności uprzednio zawieszoną. Aż 7 z osadzonych kobiet odbywało karę w warunkach recydywy penitencjarnej.

W teczkach osobowo-poznawczych osadzonych odnotowano m.in. następujące podstawy wymierzenia kary pozbawienia wolności: art. 62 ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich⁵⁷ (posiadanie narkotyków), art. 119 Kodeksu karnego⁵⁸ (stosowanie przemocy lub groźby bezprawnej wobec grupy osób lub poszczególnej osoby z powodu jej przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, politycznej itd.), art. 157 k.k. (naruszenie czynności narządu ciała lub rozstrój zdrowia), art. 160 k.k. (narażenie na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu), art. 207 k.k. (znęcanie się), art. 275 k.k. (posługiwanie się cudzym dokumentem), art. 276 k.k. (niszczenie lub ukrywanie dokumentu), art. 278 k.k. (kradzież), art. 279 k.k. (kradzież z włamaniem), art. 280 k.k. (rozbój), art. 281 k.k. (kradzież rozbójnicza), art. 286 k.k. (oszustwo), art. 288 k.k. (zniszczenie cudzej własności). Jedna z osadzonych została skazana za zabójstwo (art. 148 k.k.) i orzeczono wobec niej karę 12 lat pozbawienia wolności. Kolejna została skazana za znęcanie się nad dziećmi ze szczególnym okrucieństwem (art. 207 par. 2 k.k.) i orzeczono wobec niej karę 7 lat pozbawienia wolności. Pozostałe osadzone odbywały kary kilku miesięcy, maksymalnie 3 lat więzienia, a więc miały perspektywę zakończenia odbywania klary pozbawienia wolności i opuszczenia zakładu wraz z dzieckiem. Jedna z badanych opuściła zakład karny wraz z dzieckiem w okresie, w którym realizowano badania.

⁵⁶ Ustawa z 20.05.1971 r. – Kodeks wykroczeń (Dz.U. z 2019 r. poz. 821).

⁵⁷ Ustawa z 26.10.1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich (Dz.U. z 2018 r. poz. 969 ze zm.).

⁵⁸ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1950 ze zm.) – dalej k.k.

Kwalifikację prawą czynów oraz wymiar kary pozbawienia wolności orzekanej wobec badanych ustalono na podstawie analizy dokumentów zawartych w teczkach osobowo-poznawczych. Warto odnotować, że skazane pytane o przyczyny ich umieszczenia w zakładzie karnym odpowiadały ogólnikowo i wypierały przebieg ścieżki życiowej, która doprowadziła do osadzenia:

Większość rozbojów tak naprawdę nie zrobiłam, ale byłam w tym towarzystwie. Wtedy miałam dziwne myślenie, żeby nic nie mówić w sądzie. Tak naprawdę nie powiedziałam prawdy, że to nie ja, tylko broniłam osób, które to zrobiły [O3]. Zmusiły mnie problemy finansowe ze względu na to, że wychowuję samotnie dzieci po prostu potrzebowałam pieniędzy [O5].

Siedzę tu przez moją mamę tak naprawdę i przez jej faceta. Moja mama też tu siedzi [O17].

Jestem tu przez moją babcię. Ona jest nastawiana przeciwko mnie i mojemu tacie przez swoją córkę, bo jak to ona stwierdziła, jeżeliby mnie albo mojego tatę zamknęli, to wtedy cały majątek przechodzi na moją babcię i ona wtedy mogłaby jej to przepisać [O15].

Osadzone w toku wywiadów podkreślały, iż zawsze musiały liczyć tylko na siebie i że ze wszystkim są w stanie sobie poradzić. Charakterystyczne dla wypowiedzi rozmówczyń było też używanie w odpowiedzi na to pytanie ogólnikowych stwierdzeń i wymijających odpowiedzi:

No głupota. Nie to towarzystwo [O1].

Byłam w nieodpowiednim miejscu i w nieodpowiednim czasie. No i tak wyszło [O28].

Tylko trzy spośród osadzonych dokładnie opisało okoliczności, które sprawiły, że znalazły się one w zakładzie karnym. Skazane te mówiły jednocześnie o poczuciu winy wobec osób poszkodowanych dokonaniem przez nie przestępstwem, traktowaniu kary pozbawienia wolności jako szansy na zmianę dotychczasowej ścieżki życiowej i dojrzałe macierzyństwo. Osadzone zwracały też uwagę na ciężący problem stygmatyzacji rodziny z powodu ich pobytu w zakładzie karnym oraz cierpienie wynikające z rozłąki z dziećmi.

Ja miałam złe towarzystwo i szłam w towarzystwo, nie w rodzinę. Sama się od rodziny odseparowałam. Ale to dopiero teraz do mnie dociera, jak już jestem starsza. Wtedy problem widziałam w rodzinie, nie u siebie [O6].

Kiedys zblądziłam i straciłam trójkę dzieci. Mam teraz córkę i zrobię wszystko, żeby akurat jej nie stracić. Chcę stąd wyjść i osiągnąć coś w życiu, dać jej to, czego ja w życiu nie dostawałam. Odsiedzę swoje i w końcu zaczynam normalne życie [O33].

4.3. Rodzina pochodzenia i dzieciństwo osadzonych

Analiza zebranego materiału badawczego skłania do przyjęcia kilku wniosków. Zasadnicza większość osadzonych pochodziła z rodzin ryzyka, w których występowały

liczne, często sprzężone problemy. Tylko trzy spośród wszystkich osadzonych opowiadając o swoim dzieciństwie i relacjach rodzinnych stwierdziło, że był to szczęśliwy okres w ich życiu. Kolejne 3 rozmówczynie wyznały, że były ofiarami przemocy seksualnej ze strony najbliższych członków rodziny:

Ciężkie miałam dzieciństwo. Stało się wtedy coś, o czym nie chcę mówić, bo boli mnie to, że mój biologiczny ojciec mógł coś takiego zrobić [O2].

Z odnotowanych wypowiedzi wynika, że osadzone w czasie swojego dzieciństwa nie miały zapewnionego poczucia bezpieczeństwa, były zagrożone przemocą, często jej doświadczały.

Dzieci wzrastające wśród przemocy w domu są często jej ofiarami, gdyż doznają przemocy nie tylko wtedy, gdy są bezpośrednio maltretowane lub drastycznie zaniedbywane przez rodziców lub opiekunów. Cierpią i są krzywdzone także wtedy, gdy tylko są świadkami przemocy dorosłych⁵⁹.

Rodzice badanych kobiet byli częstokroć osobami uzależnionymi od alkoholu, mającymi zatargi z prawem, zmagającymi się z chorobami psychiatrycznymi. Z przedstawianego przez osadzone obrazu wynikało, że w dzieciństwie cierpiały z powodu deficytów emocjonalnych, braku więzi z rodzicami, których cechowała niezaradność i niskie kompetencje społeczne oraz często brak dojrzałości intelektualnej i uczuciowej. Warto przytoczyć tu liczne wypowiedzi.

Matka była skupiona na pracy, na sobie. W ogóle miała ciężki charakter, bardzo ciężki. Wybuchowy taki. Ważna była dla niej praca albo odpoczynek. Oczywiście odpoczynek przy jakimś alkoholu. Tak to wyglądało [O3].

Mojej mamie zabrano prawa, mojemu ojcowi ograniczono. W trakcie alkoholu byłam zrobiona. Po alkoholu matka mnie urodziła. I w trakcie ciąży też piła. Gdy byłam mała, widziałam tylko alkohol, przemoc, jak ojciec bije mamę. Czasem szedł do mnie z ręką, bo był pod wpływem alkoholu. W rodzinie zastępczej byłam jedenaście lat [O13].

Rodzice pili. Bijatyki były, awantury wieczorami. Nie dało się znieść tego. Sąsiedzi dzwonili na policję. Cztery razy nas oddawano do domu dziecka. Sędzina za czwartym razem to już powiedziała, że nie zgadza się na nasz pobyt w domu rodzinnym, bo skoro trzy szanse były, to już czwartej nie da [O24].

No nie było kolorowo, bo mój tata pił. Bił mamę też. Dziadków, mnie. Przez to mam też ucisk na głowie. Jak się denerwuję, to albo mnie trzęsie, albo padaczki mogą dostać. Mama była chora. Na raka. Jak miałam 11 lat, to przejęłam wszystkie jej obowiązki [płacz][O15].

W domu miałam ciężką sytuację. Nie pamiętam, żeby rodzice mi mówili, że mnie kochają czy coś takiego. Były różne sytuacje, zebranie po ulicy. Tata ciągle nas wyzywał od różnych... Tam nie mogłam na nikogo liczyć [O33].

Nigdy w życiu moja mama nie pracowała. Ona twierdzi, że się nie nadaje, bo leczy się psychiatrycznie. Moja mama mnie oddała, bo nie chciała mnie w domu. Stwierdziła, że są ze mną nie wiadomo jakie problemy [O17].

⁵⁹ J. Mellibruda, *Psychologiczne aspekty przemocy domowej*, <http://www.psychologia.edu.pl/czytelnia/50-artykuly/712-psychologiczne-aspekty-przemocy-domowej.html> (dostęp: 10.01.2020 r.).

Choć powyższe wypowiedzi pochodzą od różnych kobiet, to są one do siebie bardzo podobne. Trudno uwierzyć, by jedna osoba mogła udźwignąć tak liczne i traumatyczne doświadczenia. Nasuwa się tu bardzo smutna refleksja – wzrastając w dysfunkcyjnym środowisku osadzone nie miały szans na inne życie.

W toku badań charakterystyczne były wypowiedzi świadczące o wypieraniu trudnych wspomnień i racjonalizowaniu krzywdy doznawanej ze strony najbliższych:

Dzieciństwa tak za bardzo nie pamiętam, bo tata swojego czasu bardzo dużo pił. Mama była chora na padaczkę. Nie jestem w stanie chyba nic powiedzieć o swoim dzieciństwie [O22].

Wszystkie powyższe wnioski potwierdzają tezę, że przemoc często jest związana z nietrzeźwością sprawców, choć rzecz jasna alkohol nie powinien być obarczony bezpośrednią i wyłączną odpowiedzialnością za przemoc. Osłabia on racjonalną kontrolę nad zachowaniem i nasila gotowość do reagowania złością oraz przyczynia się do zwiększenia liczby niepowodzeń życiowych, stanowiących źródła stresu i frustracji sprawcy. U ofiar przemocy domowej, które wielokrotnie ulegają intensywnej przemocy psychicznej, często rozwija się proces wiktymizacji, który w sposób degradujący zmienia poczucie tożsamości maltretowanej osoby. Powtarzająca się przemoc burzy utrwalaony obraz życia i własnej osoby, na którym opierała się dotychczasowa egzystencja. Maltretowana jednostka traci podstawowe poczucie bezpieczeństwa i zaufanie do siebie⁶⁰.

Badane – osadzone w Domu dla matki i dziecka w Grudziądzu w swoim dorosłym życiu niejednорodnie same wchodziły w rolę sprawczyni przemocy (3 spośród badanych zostały skazane na podstawie art. 207 k.k.), zmagaly się też z problemem uzależnienia od alkoholu i innych środków psychoaktywnych. Na występowanie u siebie uzależnienia od alkoholu wskazało 7 osadzonych, natomiast na uzależnienie od innych środków psychoaktywnych sześć. Niemniej jednak niektóre z badanych negowały występowania u siebie uzależniania:

Mówią, że stałam się nalogowcem, narkomanką. Wcale tak nie było. Ja paliłam do towarzystwa. Gdy towarzystwo było to mogłam zapalić. Gdy towarzystwa nie było, nie musiałam [O13].

Tu warto podkreślić, że swoje uzależnienie oraz fakt bycia sprawczynią przemocy negowała osadzona, skazana za podstawie art. 207 par. 2 k.k.

4.4. Doświadczenia w relacjach z partnerami życiowymi

Analizując przebieg dorosłego życia osadzonych nasuwa się wniosek, że wchodziły one w relacje z wieloma niewłaściwymi partnerami. Deklarowały, że ich dzieci pochodzą z wielu związków. Byli mężowie czy partnerzy borykali się z licznymi problemami – byli uzależnieni, bezrobotni, przemocowi, zwykle z kryminalną przeszłością. Z uwagi na nieobecność biologicznych ojców w życiu dzieci, osadzenie

⁶⁰ J. Mellibruda, *Psychologiczne aspekty...*

badanych w zakładzie karnym skutkowało umieszczeniem małoletnich w pieczy zastępczej:

On był nie do życia, nie pracował. Mielśmy panią kurator. Ja sobie też nie dawałam rady z trójką, bo on cały czas gdzieś wyjeżdżał do kolegów, popijał. Mnie zostawiał nieraz bez niczego. Musiałam się martwić o wszystko, tak załatwiać, kombinować dla dzieci, żeby było [O9].

To jest choleryk. On był zawsze ten najlepszy, a ja w ogóle nie miałam nic do powiedzenia w tej rodzinie. Była przemoc. W końcu trafił do więzienia [O14]. Partner trafił do zakładu karnego. Potem rozeszliśmy się, bo to nie miało sensu. Zero w ogóle pomocy jakiegokolwiek [O23].

Tylko dwie badane zadeklarowały, że ich dzieci przebywają pod opieką swoich ojców, przy czym z wypowiedzi osadzonych wynikało, iż relacje z byłym parterem są pozytywne z uwagi na dobro wspólnych małoletnich dzieci. Tak dojrzałych wypowiedzi w toku wywiadów nie odnotowano zbyt wiele:

Mamy ze sobą dobre relacje ze względu na dobro dziecka. To jest taki człowiek, z którym można porozmawiać na każdy temat, więc nie mam z tym problemu [O7].

Rozmawiamy normalnie. Staramy się jakoś dogadywać ze względu na dzieci. Było tak, że straciłam pracę, nie było na mieszkanie, więc dogadałam się z nim, żeby wziął dziecko do siebie na okres wakacji. Dostałam pismo o ustalenie miejsca pobytu. W sumie później dogadaliśmy się, że może na razie lepiej będzie, że dzieci będą z nim [O20].

Niektóre z badanych nie pozostawały już w relacji z ojcem dziecka urodzonego w zakładzie karnym – związki te rozpadały się najczęściej jeszcze przed porodem. Te rozmówczynie podkreślały, że mężczyźni ci byli nieodpowiedzialni, borykali się z wieloma problemami, a zakończenie toksycznych relacji było zdaniem badanych kobiet nie tylko w ich interesie, ale i w interesie dzieci:

Uciął nam się kontakt. Oświadczał, że będzie wszystko dobrze, że będzie pomagał, że nigdy córki nie zostawi, a tu proszę [O4].

Jak byłam w ciąży z nim już, trzeci czy czwarty miesiąc, to mnie uderzył. Zdarzały się awantury już wcześniej, ale wtedy uderzył mnie w brzuch. I to tak przeważało wszystko. Wzięłam najstarszą córkę, powiedziałam, że wychodzę na spacer i już nie wróciłam [O18].

Niektóre z badanych opowiadały także o tym, że ojcowie dzieci urodzonych w izolacji w przeszłości przebywali lub obecnie przebywają w zakładzie karnym. Tu wypada odkreślić, że sytuacja ta nie budziła ich refleksji nad powielanym modelem związku i ryzykiem, w jaki sposób deficyty partnera mogą wpływać na rodzinę:

Narzeczony niestety też w takim miejscu. Także jeszcze przez jakiś czas będzie trudno.

On ogólnie kradł już wcześniej. Odbýwał karę 6 lat pozbawienia wolności. Zamknęli go, jak miał 17 lat. Też niestety musi odpokutować za swoje [O26]. Partner też niedawno opuścił zakład karny. Nie wiem, jak się nie pozbiera, to nie mamy o czym mówić [O28].

Co trzecia rozmówczyni zadeklarowała, że pozostaje w satysfakcjonującym związku z ojcem najmłodszego dziecka – kontaktują się telefonicznie, korzystają z widzeń. Jedna z nich z dumą mówiła o tym, że jej mąż był obecny przy porodzie, na co zgodę wyraził dyrektor zakładu karnego. Te, których partnerzy nie widzieli jeszcze dziecka, np. z uwagi na trudności w zorganizowaniu widzenia, mówiły o tym ze smutkiem. Z ich wypowiedzi można było wnioskować o silnej więzi emocjonalnej łączącej je z partnerami. Podkreślały też, że są to mężczyźni odpowiedzialni za rodzinę, zaradni i opiekuńczy – dzięki tym relacjom ich życie zmieniło się, czują się akceptowane i wartościowe. Trzy spośród badanych zawarło związki małżeńskie już w czasie pobytu w izolacji. Zresztą, można było zaobserwować wśród osadzonych dążenie, aby mimo pozostawania w zakładzie karnym „normalizować” swoje życie – formalizować związki, planować śluby i chrzciny.

4.5. Dotychczasowe doświadczenia macierzyńskie, budowanie więzi z dzieckiem urodzonym w izolacji

Tylko dla trzech skazanych dziecko urodzone w warunkach izolacji było pierwszym dzieckiem, jedna z badanych urodziła w zakładzie karnym swoje dziewiąte dziecko. Aż siedemnaście osadzonych było matkami wielodzietnymi, dwie z nich miały już doświadczenia więziennego macierzyństwa. Małoletnie dzieci osadzonych przebywały w pieczy zastępczej (rodzinna spokrewniona i niespokrewniona oraz instytucjonalna), sporadycznie pod opieką biologicznych ojców, kilkoro zostało przysposobionych i osadzone nie miały wiedzy o ich dalszych losach. Najstarsze dziecko przebywające w pieczy zastępczej miało w chwili prowadzenia badań 17 lat, najmłodsze – 18 miesięcy. Kilkoro dzieci było już pełnoletnich i założyło własne rodziny (jedna z osadzonych była babcią). Sytuacja prawna małoletnich dzieci przebywających w pieczy była zróżnicowana – osadzone miały wobec nich zazwyczaj ograniczoną władzę rodzicielską, władzy wobec niektórych były one pozbawione. Jedna z osadzonych dodatkowo miała orzeczony zakaz kontaktu ze wszystkimi swoimi dziećmi przebywającymi w pieczy. Dzieci urodzone w izolacji i znajdujące się pod opieką matek miały kilka miesięcy, najstarsze miało 14 miesięcy, a najmłodsze 9 dni – wywiad przeprowadzono w drugim dnu po przeniesieniu matki z oddziału położniczego do Domu dla matki i dziecka.

Niektóre z badanych podkreślały, że świadomość urodzenia dziecka w zakładzie karnym stanowi dla nich duże obciążenie psychiczne, może być balastem dla ich najmłodszych dzieci w przyszłości, oraz iż stygmatyzuje starsze dzieci przebywające w pieczy:

To ciężka sytuacja, że dziecko rodzi się w zakładzie karnym. Dla mnie taki szok. Nigdy w życiu bym się nie spodziewała w ogóle, że mogę urodzić w zakładzie karnym [O9].

Z tą kwestią bezpośrednio wiąże się inne zagadnienie, dotyczące wiedzy dzieci (zarówno tych urodzonych w zakładzie karnym, jak i tych przebywających w pieczy), że ich mama odbywała karę pozbawienia wolności. Otóż większość kobiet zastanawiając się nad tą kwestią, skłaniała się do tego, by w przyszłości powiedzieć swoim dzieciom o pobycie w izolacji i wykorzystać to jednocześnie do tego, by przestrzec je przez błędami, jakie same popełniły:

Nie będę okłamywać dzieci. Będą w takim wieku, że uznam, że to jest odpowiedni moment, to usiądę i porozmawiam, i wyjaśnię dlaczego [O4].

Z pewnością przyjdzie taki czas, że na pewno usiądę i z nią na ten temat będę rozmawiać. Powiem, że popełniłam błąd i to wszystko, co robiłam dla niej, to ona to będzie pamiętać, że robiłam to nie z powodu, że miałam taki kaprys, ale chciałam ją ochronić od tego, żeby nie popełniała tych samych błędów co ja. [placz] Gdybym ja miała rodzinę normalną, która umiałaby usiąść i nauczyć mnie rozmowy o problemach i uczuciach, to mnie tutaj by nie było [O13].

Badane, mające kontakt z dziećmi przebywającymi w pieczy, będącymi w wieku od kilku do kilkunastu lat mówiły, że ich dzieci nie wiedzą, że odbywają one karę pozbawienia wolności. Kontaktując się z dziećmi utrzymują, że są w szpitalu lub pracują:

Mam ustalone z panią Dorotą [zastępcza mama], że dzieci wiedzą, że jestem w pracy. Nie chcę, żeby wiedziały o tym. Nie chcę, żeby jeździły po więzieniach i mnie tutaj widziały. Ale rozmawiam z nimi, wysyłają mi zdjęcia, rysunki. Dzisiaj na przykład za godzinę mogę zadzwonić do nich, bo mam wyznaczone godziny [O18].

Zadne dziecko nie wie. Nie chcę, żeby mała kiedyś o tym wiedziała. Na razie trzymam się wersji, że jestem w szpitalu, dzidzius jest mały i musi być ze mną tutaj. Wytlumaczenie na razie jest takie [O23].

Ważnym wątkiem dotyczącym doświadczeń macierzyńskich osadzonych są narracje dotyczące codzienności z dziećmi w zakładzie karnym. Przede wszystkim trzeba mieć na uwadze, że osadzone i ich dzieci mają zapewnioną kompleksową opiekę pielęgniarstwa i medyczną. Dom dla matki i dziecka jest wyposażony we wszystkie konieczne udogodnienia, sale bawialne są kolorowe i pełne zabawek. Z uwagi na specyfikę warunków, osadzone muszą więc dbać o porządek i sprawować bieżącą opiekę nad dziećmi. Nie mają tu wielu obowiązków, jakim musiałyby podołać na wolności (np. gotowanie posiłków, odrabianie lekcji z dziećmi, robienie zakupów itd.). Pobyt w zakładzie karnym ma ustalony rytm posiłków, zajęć edukacyjnych i terapeutycznych. Osadzone biorą udział w spotkaniach, uczestniczą w zajęciach sportowych i warsztatach artystycznych.

Każdy dzień jest inny. Wiadomo, jak wstaje dziecko rano, są obowiązki przy dziecku. Czytam jej bajki, wychodzimy na spacer, mamy różne programy [O33]. Moja córka żyje w takim rytuale, że o piątej wstaje, idziemy sobie do kuchni. Zrobię kawę, idziemy na bawialkę. Ja ogarniam siebie, dziecko karmię. Później ona się bawi, idziemy na spacer [O4].

Z wypowiedzi niektórych rozmówczyń można było wywnioskować, że pobyt w zakładzie karnym jest dla nich pierwszą szansą na świadome i dojrzałe macierzyństwo. Osadzone, wolne od nałogów, otoczone wsparciem, mogą skupić się na roli mamy i czerpią z tego radość:

Z dnia na dzień patrzę, jak ona rośnie. Wszystkim się cieszę. Jak teraz zabawkami próbuje chwycić, to zaraz mówię do mojej mamy, do babci i mówię, że na przykład wieszalam jej nad łóżeczkiem grzechotki i zaczynała gaworzyć i rączkami macha. Śmieje się od ucha do ucha. Nic nie jest piękniejszego niż spojrzenie rano u dziecka o uśmiech na twarzy [O6].

Córka zaczyna już 6 miesięcy. Rano daję jej jogurt. Później ona idzie spać. Ja w tym czasie zrobię coś koło siebie, składam rzeczy, sprzątam salkę czy idę zapalić, zjeść albo się umyć, pomaluję się. Później jak ona wstanie, to idziemy albo pooglądać coś, albo bawimy się, albo tańczymy, albo jej śpiewam. Będę musiała kupić gitarę jak wyjdę, bo umiem grać. Jak ona będzie starsza, to będę chciała ją nauczyć. Co jeszcze robimy? Dużo jej opowiadam, pokazuję jej zdjęcia mojego taty, a jej dziadka. Zabawkami się bawimy. Praktycznie gdzie się nie ruszę, to idę z nią [O15].

Opowiadając o zabawach z kilkumiesięcznymi dziećmi, osadzone podkreślały, że maluszki lubią oglądać bajki. Potwierdziły to wywiady z przedstawicielkami kadry. Niestety, w praktyce spędzanie czasu z dziećmi i zabawa polega na tym, że mamy włączają dzieciom bajki, a gdy te wpatrują się w migający ekran, one mają czas na wypicie kawy. Ta nieadekwatna stymulacja jest elementem ignorującego stylu wychowania charakterystycznego dla wielu więziennych matek.

Omawiając doświadczenia macierzyńskie osadzonych, trzeba omówić wątek umieszczenia ich starszych dzieci w pieczy zastępczej. Otóż znamienne było to, że w większości narracji badane bagatelizowały swój wpływ na fakt, iż odebrano im dzieci, co często miało miejsce na długo przed tym, zanim trafiły do zakładu karnego. Odebranie dzieci wynikało z problemowych postaw i zachowań matek oraz ich deficytów:

*Córka wypadła przez okno. Na szczęście jej się nic nie stało, miała tylko strzaskane biodro. To było tylko niedopilnowanie – wiadomo, piątka dzieci [O23].
Nocą wypilałam dwa piwa, no i dzieci trafiły do rodziny zastępczej [O27].
Odebrali mi dzieci, bo nie miałam warunków. A miałam wszystko [O15].*

Tylko kilka z osadzonych miało świadomość tego, że umieszczenie starszych dzieci w pieczy zastępczej wynikało z ich zaniedbań:

*Najstarszy syn jest u mojej mamy w rodzinie zastępczej, a dwójka poprzednich została mi zabrana przez moją własną głupotę – są w adopcji. To spowodowało towarzystwo moje złe. Wolalam szaleć, bawić się niż zajmować się dziećmi [O2].
To był najszcześliwszy dzień w moim życiu, kiedy dostałam tę zgodę [na pobyt z dzieckiem w ZK]. Idealną mamą na pewno nie jestem, bo jestem tutaj, ale jeśli chodzi o rolę mamy, to uważam, że bardzo dobrze się sprawuję [O33].*

Jak układały się relacje kobiet ze starszymi dziećmi? Niektóre z osadzonych, mające kontakt z dziećmi przebywającymi w pieczy zastępczej, opowiadały z dumą o ich sukcesach i postępach w nauce. Deklarowały, że po opuszczeniu zakładu karnego dołożą starań, by dzieci jak najszybciej mogły wrócić pod ich opiekę:

Dziewczynki radzą sobie dobrze. Jak bylam na wolności, uczęszczały na zajęcia dodatkowe. Staralam się im zapewnić jakiś wolny czas. Jedna gra w piłkę nożną, druga hiszpańskiego się uczy. Jeżdżą konno [O5].

Wysylam listy do dzieci, kartki, rysunki. Wczoraj moje dziecko mówiło – mamo, narysujesz mi plecak? Muszę narysować i mu wysłać [O23].

Niestety, większość badanych mówiąc o dzieciach będących w pieczy wykazywała się dystansem i chłodem emocjonalnym. Tę refleksję potwierdzili też pracownicy Domu dla matki i dziecka. Co więcej, mimo że kobiety dysponują środkami finansowymi pochodzącymi ze świadczenia rodzicielskiego w wysokości 1 000 zł miesięcznie⁶¹, nie płacą należności alimentacyjnych na rzecz starszych dzieci. Osadzone ogniskują całą swoją uwagę na nowo narodzonym dziecku, często nie interesując się losem starszych. Kobiety w toku wywiadów deklarowały np., że planują napisać list z wyjaśnieniami lub zadzwonić do nastoletnich dzieci. Jednocześnie jednak wskazywały, że w zakładzie karnym przebywają od pół roku i jeszcze tego nie zrobiły, bo nie jest to pilne, a one nie wiedzą, co miałyby napisać. Inne mówiły, że mają wiedzę na temat tego, co dzieje się z dziećmi, ponieważ ich aktualny partner co kilka miesięcy ma kontakt z babcią dzieci, sprawującą funkcję rodziny zastępczej. Same nie mają potrzeby, aby z dziećmi rozmawiać i uważają, że dla dzieci ten kontakt nie jest istotny. Jedna z mam stwierdziła, że trzyletni syn, którego nie widziała od ponad 2 lat z pewnością ją rozpozna. Można zatem podsumować ten wątek stwierdzeniem, że osadzone matki petryfikują stan dystansu emocjonalnego i zerwania więzi ze starszymi dziećmi pozostającymi w pieczy, skupiając się na najmłodszym dziecku. Zwykle nie mają one kontaktu ze starszymi dziećmi, mimo że jest to możliwe. Jednocześnie deklarują chęć odbudowania więzi i odzyskania dzieci po opuszczeniu zakładu karnego. W efekcie, starsze dzieci osadzonych w okresie, w którym kształtuje się ich osobowość, są pozostawione same sobie, doświadczają pustki uczuciowej, prowadzącej do deprywacji emocjonalnej⁶².

Osadzone proszone były też o wyjaśnienie w toku badań pojęcia „kochająca mama”. Co do zasady, mówiły one, że kochająca mama to mama, która zrobi dla dziecka wszystko. Rozważania dotyczące tego zagadnienia były dla osadzonych ewidentnie trudne. Utożsamiały one dobro dziecka z zaspokajaniem jego podstawowych potrzeb fizjologicznych (karmienie, kąpiel, przewijanie). Wiele z nich podkreślało, że dzieci mają *kolorowe ciuszki, są ładnie ubrane*. Tylko nieliczne osadzone wskazywały na konieczność stawiania przez matkę granic, rolę stanowczości

⁶¹ Na podstawie ustawy z 28.11.2003 r. o świadczeniach rodzinnych (Dz.U. z 2018 r. poz. 2220) świadczenie rodzicielskie w wysokości 1 000 zł nie jest uzależnione od kryterium dochodowego, przysługuje przede wszystkim rodzicom, którzy nie otrzymują zasiłku macierzyńskiego lub uposażenia macierzyńskiego. Są to m.in.: studenci, uczniowie, osoby bezrobotne niezależnie od tego, czy są zarejestrowane w urzędzie pracy, osoby pracujące na umowach cywilno-prawnych, jeśli nie posiadają uprawnień do zasiłku macierzyńskiego.

⁶² J.P. Louis, K. McDonald-Louis, *Potrzeby emocjonalne dziecka*, Sopot 2019, s. 87.

wobec dziecka i potrzebę zapewnienia mu poczucia bezpieczeństwa i stabilizacji. Poniższa wypowiedź była najbardziej poruszająca:

Kiedys popelnilam straszny blad. Mój syn był niepełnosprawny i ja poszłam w pieniądze, żeby było na terapię i na jego zajęcia. Przychodziły chwile, w których syn przychodził do mnie, chciał się przytulić, a ja go odpychałam i mówiłam, że nie mam czasu. Kiedy mi go zabrakło, to te wszystkie momenty zaczęły do mnie wracać. Postanowiłam sobie, że już nigdy w życiu nie będzie nic ważniejszego od przytulenia się do dziecka. Dlatego teraz nic nie jest ważne, tylko właśnie ta miłość, żeby dziecko wiedziało, że je kocham [O29].

Tu warto podkreślić, że osadzona, która sformułowała powyższe słowa powiedziała jako jedyna, iż kara pozbawienia wolności, jaką wobec niej orzeczono jest zbyt niska, w stosunku do popełnionego przez nią czynu.

4.6. Kontakty osadzonych z rodziną

Osadzone w toku badań chętnie opowiadały o swoich kontaktach z najbliższą rodziną. Najczęściej rozmówczynie utrzymują bliskie relacje z jednym z rodziców, mimo że w dzieciństwie nie wywiązywał się on należycie ze swojej roli. Osadzone podkreślały, że wraz z upływem lat wybaczyły, to co wydarzyło się w przeszłości, a matka lub ojciec jest obecnie jedną z niewielu osób, na które może liczyć. Jeśli chodzi o relacje z rodzeństwem, to tylko kilka osadzonych wskazywało na silną więź łączącą ją z bratem lub siostrą. Zwykle jednak biografie rodzeństwa potoczyły się podobnie jak biografie osadzonych:

*Myślę, że to jest ważne wsparcie psychiczne. Człowiek myślami gdzieś ucieka jakby to było w domu, że można było by na rady bliskich liczyć. A tak to tylko przez telefon, bo też do mnie tak często nie przyjeżdżają [O16].
Tata nie żyje, mama nie żyje. Mam siostrę. Mam dwóch braci. Z jednym tak słabo utrzymuję kontakt, drugi też przebywa w zakładzie karnym. Z siostrą mam tylko kontakt telefoniczny. Nie przyjeżdża na widzenie, bo ma swoje czworo dzieci. Siostra sobie też nie najlepiej poukladała życie. Też nie mogę na nią liczyć. Jej mąż obecnie przebywa w zakładzie karnym. Z tego co już się dowiedziałam przez telefon, to ma się rozwodzić [O28].*

Więzienne matki najcieplej opowiadały o swoich babciach – to one zastępowały dysfunkcyjnych rodziców, zwykle też pełniły funkcję opiekunów zastępczych. Staraly się zapewnić im to, czego nie potrafili dać rodzice.

4.7. Pobyt w zakładzie karnym, relacje ze współosadzonymi

Osadzone pytane o to, jak znoszą pobyt w zakładzie karnym podawały zbieżne odpowiedzi. Otóż są one nastawione na to, aby odbyć zasądzoną karę pozbawiania wolności. Mówiąc o sobie, czy sytuacji swoich partnerów zwykle mówiły *trzeba odsiedzieć swoje*. Kobiety podkreślały, że starają się nie analizować i nie roztrząsać, bo liczy się tylko to, by wyjść na wolność i wrócić do domu:

Moim celem jest przetrwać to wszystko. Jesteśmy zamknięte, mamy cały czas te same problemy. Głównie, jak tam jest na wolności, jak rodzina sobie radzi, czy są zdrowi. Myślami człowiek jest tam, nie tu [O2].

Chcę odbębnić swoje i wrócić do domu, do swoich przyjaciół, do swoich bliskich [O5].

Jeśli chodzi o relacje ze współosadzonymi, to rozmówczynie wyrażały podobne stanowisko. Otóż starają się one utrzymywać poprawne stosunki ze wszystkimi, jednak nie zwierzają się. Wiele z nich podkreślało, że o swoich problemach rozmawiają jedynie z kadrą Domu dla matki i dziecka, bo mają pewność, że omawiane kwestie pozostaną poufne:

Jesteśmy w takim miejscu, że musimy sobie nawzajem pomagać. Nie mamy tu drugiej połowy ani rodziców, żeby ktoś nam mógł pomóc. Z takimi rozmowami o rodzinach, co tam się dzieje, to ja na przykład bardziej ufam pani kierownik, pani psycholog, pani wychowawcy, bo wiem, że to, co powiem, to nie wyjdzie [O4]. Staram się nie angażować w takie znajomości, bo to nie jest nic dobrego według mnie. Każdy tu jest z jakiegoś powodu i na pewno nie z dobrego [O7].

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na wnioski płynące z wywiadów z kadrą Domu dla matki i dziecka. Otóż zdaniem funkcjonariuszy służby więziennej, mającymi codzienny kontakt z osadzonymi, unikanym tematem rozmów są losy dzieci przebywających na wolności.

4.8. Oczekiwania osadzonych matek dotyczące przyszłości

Właściwie każda matka przygotowująca się do opuszczenia zakładu karnego kreśli wizję swojego przyszłego życia razem z dzieckiem. Chce mu stworzyć dom, zrekompenzować okres wczesnego dzieciństwa – wierzy, że jej się to uda⁶³. Badane deklarowały, że najważniejsze jest dla nich opuszczenie zakładu karnego, bo to oznacza dla nich nowe życie. Ich plany dotyczyły kilku obszarów życia. Te osadzone, które wiedziały, że nie będą mogły wrócić do dotychczasowego miejsca zamieszkania, podkreślały, że jeszcze w czasie pobytu w zakładzie karnym skorzystają z pomocy w zapewnieniu im miejsca w Domu samotnej matki. Kobiety, które pozostawały w niesformalizowanych związkach ze swoimi partnerami deklarowały, że planują zawarcie małżeństwa. Z kolei osadzone, których starsze dzieci przebywają w pieczy zastępczej deklarowały, że po opuszczeniu zakładu karnego podejmą starania, aby je odzyskać. Jednak dopytywane o warunki, jakie będą w stanie zapewnić dzieciom bagatelizowały tę kwestię. Co więcej, wszystkie osadzone podkreślały, że chcą swoim dzieciom stworzyć *normalny dom, kochającą rodzinę* – tu jednakże nie potrafiły wyjaśnić co to oznacza:

Przed wszystkim muszę odzyskać swoje dzieci. Jak już je odzyskam, to przede wszystkim chcę zapewnić dla swoich dzieci odpowiednie warunki. Mieszkanie wynająć, żeby niczego im nie brakowało. Miłość im dać [O32].

⁶³ B. Jarzębowska-Baziak, *Problem macierzyństwa...*, s. 248.

Planuję założyć rodzinę przede wszystkim. Bardzo bym chciała założyć rodzinę, której ja nie miałam. Taką kochającą się, pełną miłości [O14].

Dwie osadzone zadeklarowały natomiast, że nie będą podejmowały starań o odzyskanie dzieci przebywających w pieczy zastępczej. Motywowały to dobrymi warunkami, jakie dzieci mają tam zapewnione i ich stabilną sytuacją w nowym środowisku:

W rodzinie zastępczej będą miały dobrze i tak już długo ich nie widziałam [O10]. Ogólnie to nie chciałabym już go stamtąd brać. Jeżeli on już ma stworzony nowy dom i przywiązany jest do tych obcych ludzi, to po prostu nie będę dzieciakowi zabierała tej miłości [O24].

Osadzone formułowały też plany dotyczące swojej przyszłości na rynku pracy. Choć większość z nich nigdy nie pracowała i nie miała doświadczenia zawodowego, to deklarowały, że po opuszczeniu zakładu karnego podejmą pracę.

Chcę otworzyć własny punkt gastronomiczny z jedzeniem wegetariańskim. Wszędzie są hamburgery, zapiekanki, kurczaki i takie inne rzeczy, ale nie ma nic typowo, żeby to było wegetariańskie. Nad tym się zastanawiam [O3]. Chodziłam do szkoły ekonomiczno-handlowej i chciałabym w handlu robić. Ale nieważne, co by nie było, to tego się złapię na początku. To jest najważniejsze. Będę musiała córkę utrzymać. Dać jej wszystko, czego potrzebuje [O4].

W toku wywiadów pojawiały się też prozaiczne marzenia i oczekiwania:

Chciałabym wziąć długą kąpiel w wannie [śmiech]. To jest takie moje marzenie [O5].

Jeśli chodzi o przyszłość swoich dzieci, to osadzone przede wszystkim podkreślały, że nie chcą, by dzieci w przyszłości poszły w ich ślady i powtórzyły ich błędy:

Cały czas będę jej poświęcała. Będę uczyła ją tego, czego ja nie umiem. Ja na przykład nie potrafię rozmawiać o własnych uczuciach, bo to boli. Boli mnie strasznie. A ją postaram się nauczyć [O13]. Marzenie mam jedno, żeby żyć ze swoimi córeczkami, żeby już ich nigdy nie stracić i żeby w końcu się wszystko ułożyło, żeby szcześnie się do mnie uśmiechnęło, bo już za dużo przeszłam w swoim życiu [O17].

Osadzone wskazywały też na potrzeby edukacyjne dzieci, korzyści wynikające z posiadania wykształcenia oraz stabilnej pracy. Deklarowały, że będą wspierały dzieci w dążeniach do stawianych sobie celów.

5. PODSUMOWANIE

W ciągu ostatnich lat w Polsce obserwujemy stałe doskonalenie konstrukcji kary pozbawienia wolności, metodyki diagnostycznej i resocjalizacyjnej, odrębności

traktowania kobiet czy osób z niepełnosprawnościami⁶⁴. Oddziaływania personelu Domu dla matki i dziecka zmierzają do kształtowania prawidłowych i odpowiedzialnych postaw przyjmowanych przez matki i dbałości o prawidłowy rozwój psychomotoryczny dziecka⁶⁵.

W tym miejscu można wyjaśnić dylemat wyłaniający się z wniosków empirycznych autorki w odniesieniu do rozważań teoretycznych. Otóż z jednej strony, zaburzenia przywiązania są efektem negatywnych doświadczeń związanych z opieką we wczesnych etapach życia. Dlatego też w interesie dziecka jest pozostawienie go pod opieką matki, która w kontrolowanych warunkach i wspomagana przez specjalistów będzie sprawować nad nim opiekę i w kluczowym okresie rozwoju pozwoli na wytworzenie się bezpiecznego modelu przywiązania, budując bezpieczne relacje z dzieckiem oparte na zaufaniu i miłości. Z drugiej strony jednak, trzeba pamiętać o obciążeniach wyniesionych przez matkę z rodzinnego pochodzenia, często dotkniętej licznymi problemami – przemocą, uzależnieniem, brakiem więzi emocjonalnych, niewydolnością wychowawczą i niezaradnością w sprawach opiekuńczych. Czy matka obciążona negatywnymi wzorcami modelowanymi w dysfunkcyjnym środowisku podoła temu, aby być właściwą figurą przywiązania? Jaką rolę w tym procesie pełni transmisja międzypokoleniowa? Czy ryzyko związane z międzypokoleniowym przeniesieniem negatywnych wzorców związanych m.in. z krzywdzeniem czy depryzacją emocjonalną może zostać zniwelowane? Czy wzrośnie ono po opuszczeniu przez matkę zakładu karnego, gdy pojawią się takie czynniki zagrażające jak powrót do rodziny ryzyka, do dysfunkcyjnego środowiska, w którym występują sytuacje o zabarwieniu negatywnym?⁶⁶.

Takich pytań nasuwa się wiele i odpowiedź na nie jest niejednoznaczna. Na niekorzyść przemawiają dane. Otóż przyjmuje się, że dzieci osób ukaranych więzieniem są sześciokrotnie bardziej narażone na ryzyko popełnienia w przyszłości poważnych przestępstw oraz skazania na karę pozbawienia wolności⁶⁷. Z kolei wśród osób, które leczą się psychiatrycznie co najmniej 50–60% to ofiary poważnego krzywdzenia w dzieciństwie (średnio w populacji to 7%). Wreszcie, dzieci będące ofiarami masywnego krzywdzenia są siedmiokrotnie częściej narażone na wystąpienie zaburzeń psychicznych⁶⁸. Na korzyść przemawia jednak przyjęcie założenia, które towarzyszy kadrze Domu matki i dziecka w Grudziądzu: gdyby resocjalizacja i wsparcie uzyskane podczas pobytu w izolacji doprowadziły do pozytywnej zmiany w życiu choć jednej osadzonej matki po opuszczeniu zakładu karnego, wówczas warto podjąć ten trud.

⁶⁴ M. Ciosek, B. Pastwa-Wojciechowska, *Psychologia...*, s. 502.

⁶⁵ H. Reczek, *Oddziaływanie wychowawcze...*, s. 483.

⁶⁶ W literaturze anglojęzycznej rodzina dysfunkcyjna nazywana jest rodziną ryzyka. Ewa Kantowicz definiuje ją jako rodzinę, która przeżywa wewnętrzne lub zewnętrzne napięcia, kryzysy, problemy m.in. na skutek dotykających ją kwestii społecznych takich jak: ubóstwo, bezrobocie, niepełnosprawność, bezdomność, patologie społeczne (uzależnienie, przemoc, przestępczość, samotne rodzicielstwo) i staje się potencjalnym lub rzeczywistym podmiotem zainteresowań i wsparcia w obszarze pracy socjalno-wychowawczej (E. Kantowicz, *Pedagogika (w) pracy socjalnej*, Olsztyn 2012, s. 77, za: I. Krasiejko, *Rodzina z dziećmi. Rodzina dysfunkcyjna*, Warszawa 2019, s. 57).

⁶⁷ M. Radochoński, L. Perenc, A. Radochońska, *Rodzina a zachowania antyspołeczne* [w:] *Psychologia...*, s. 519.

⁶⁸ *Kryzysy psychiczne u dzieci i młodzieży jako konsekwencja doświadczenia przemocy*. Wykład dr. n. med. K. Szwałcy podczas 16. Konferencji „Dziecko pokrzywdzone przestępstwem” (Warszawa, 21–22.10.2019 r.), <https://konferencja.fdds.pl/> (dostęp: 9.01.2020 r.).

Abstract

Magdalena Arczewska, *Imprisoned Mothers. Between Bonding Behaviour and Intergenerational Transmission*

According to the Polish law, pregnancy is not an attenuating circumstance, which is why children have been and will be present behind prison walls. The law on criminal sanctions provides that in order to enable imprisoned mothers to deliver continuous and direct care to their children, designated penitentiaries must have mother and child centres where, as approved by a guardianship court, children may stay with their mothers until they reach three years of age, unless, because of educational or health concerns as confirmed by a physician or a psychologist in the relevant opinion, the child should be separated from his or her mother or the period should be extended or shortened. In Poland, there are two such facilities: in Krzywianiec and Grudziądz. Before a female inmate can be sent to a mother and child centre, she must be admitted to Penitentiary No. 1 in Grudziądz, which is the only facility in Poland that includes a gynaecology and obstetrics ward inside prison walls. Since 1949, several thousand children have been born there. The aim of this article is to analyse the results of the studies carried out by the author in Grudziądz in October 2019 as part of her research project 'Motherhood of female inmates. Developing bonds with children by women serving prison sentences'. Among others, the project analysed the impact of isolation experienced by inmate mothers on the bond with the child and the prevalence of intergenerational transmission.

Keywords: motherhood, child welfare, penitentiary, bonding (attachment) behaviour, intergenerational transmission

Streszczenie

Magdalena Arczewska, *Więzienne matki. Pomędzy zachowaniem przywiązaniowym a transmisją międzypokoleniową*

W polskim prawie karnym ciąża kobiety nie jest okolicznością łagodzącą – dlatego też dzieci były i będą obecne za więziennymi kratami. Przepisy karnowykonalne stanowią, że w celu umożliwienia matce pozbawionej wolności sprawowania stałej i bezpośredniej opieki nad dzieckiem organizuje się przy wskazanych zakładach karnych Domy dla matki i dziecka, w których, za zgodą sądu opiekuńczego, dziecko może przebywać na życzenie matki do ukończenia 3. roku życia, chyba że względy wychowawcze lub zdrowotne, potwierdzone opinią lekarza albo psychologa przemawiają za oddzieleniem dziecka od matki albo za przedłużeniem lub skróceniem tego okresu. W Polsce funkcjonują dwie placówki tego typu – w Krzywiancu oraz w Grudziądzu. Zanim osadzona trafi do jednego z tych dwóch Domów dla matki i dziecka, jest przyjmowana do Zakładu Karnego nr 1 w Grudziądzu, w którym funkcjonuje jedyny w kraju więzienny Oddział ginekologiczno-położniczy. Od 1949 r. przyszło tam na świat kilka tysięcy dzieci. Celem artykułu jest analiza wyników badań zrealizowanych przez autorkę w Domu dla matki i dziecka w Grudziądzu w październiku 2019 r. w ramach projektu badawczego „Macierzyństwo osadzonych. Budowanie więzi z dziećmi przez kobiety odbywające karę pozbawienia wolności”. Celem projektu była m.in. analiza wpływu świadomości izolacji osadzonych matek na więź z dzieckiem oraz występowanie zjawiska transmisji międzypokoleniowej.

Słowa kluczowe: macierzyństwo, dobro dziecka, zakład karny, zachowanie przywiązaniowe, transmisja międzypokoleniowa

Literatura:

1. Besemer S., *Transmission of Violence: a New Approach to Studying Intergenerational Transmission From Violent Versus Non-Violent Fathers: Latent Class Analysis*, Journal of Quantitative Criminology 2012, nr 28(2);
2. Bowlby J., *Przywiązanie*, Warszawa 2016;
3. Campbell M.A., Porter S., Santor D., *Psychopathic traits in adolescent offenders. An evaluation of criminal history. Clinical, and psychosocial correlates*, Behavioral Sciences and Law 2004, nr 22;
4. Ciosek M., Pastwa-Wojciechowska B., *Psychologia penitencjarna*, Warszawa 2016;
5. Farnicka M., Liberska H., *Transmisja międzypokoleniowa – procesy zachodzące na styku pokoleń* [w:] *Psychologia rodziny*, red. I. Janicka, H. Liberska, Warszawa 2014;
6. Golus A., *Dzieciństwo w cieniu różgi, Historia i oblicza przemocy wobec dzieci*, Gliwice 2019;
7. Hołyst B., *Kryminologia*, Warszawa 2018;
8. Jarzębowska-Baziak B., *Problem macierzyństwa w zakładzie karnym* [w:] *Doświadczenia i perspektywy systemu penitencjarnego w Polsce*, red. T. Szymanowski, A. Rzepliński, Warszawa 1987;
9. Kantowicz E., *Pedagogika (w) pracy socjalnej*, Olsztyn 2012;
10. Koput M., Koba A., *Korzenie życia społecznego*, <http://www.psychologia.edu.pl/czytelnia/50-artykuly/228-przywiazanie-korzenie-zycia-spolecznego.html>;
11. Krischer M.K., Sevecke K., *Early traumatization and psychopathy in female and male juvenile offenders*, International Journal of Law and Psychiatry 2008, nr 31;
12. Kolarczyk T., Kubiak J.R., Wierzbicki P., *Przestępczość kobiet. Aspekty kryminologiczne i penitencjarne*, Warszawa 1984;
13. Krasiejko I., *Rodzina z dziećmi. Rodzina dysfunkcyjna*, Warszawa 2019;
14. Lang S., Klintonberg B., Alm P.O., *Adult psychopathy and violent behaviour in males with early neglect and abuse*, Acta Psychiatrica Scandinavica 2002, nr 106;
15. Louis J.P., McDonald-Louis K., *Potrzeby emocjonalne dziecka*, Sopot 2019;
16. Machel H., *Więzienie jako instytucja karna i resocjalizacyjna*, Gdańsk 2003;
17. Mellibruda J., *Psychologiczne aspekty przemocy domowej*, <http://www.psychologia.edu.pl/czytelnia/50-artykuly/712-psychologiczne-aspekty-przemocy-domowej.html>;
18. Nicpoń M., Marzęcki R., *Pogłębiony wywiad indywidualny w badaniach społecznych* [w:] *Przeszłość – Terażniejszość – Przyszłość. Problemy badawcze młodych politologów*, Kraków 2010;
19. Poraj G., *Agresja i przemoc* [w:] *Psychologia rodziny*, red. I. Janicka, H. Liberska, Warszawa 2014;
20. Radochoński M., Perenc L., Radochońska A., *Rodzina a zachowania antyspołeczne* [w:] *Psychologia rodziny*, red. I. Janicka, H. Liberska, Warszawa 2014;
21. Reczek H., *Oddziaływanie wychowawcze wobec osadzonych ciężarnych i matek* [w:] *Problemy więziennictwa u progu XXI wieku*, red. B. Hołyst, S. Redo, Warszawa 1996;
22. Szczechowicz K., *Zasady wykonywania kary pozbawienia wolności i tymczasowego aresztowania wobec kobiet w ciąży*, Studia Prawnoustrojowe UWM 2009, nr 10;
23. Szlęzak-Kawa E., *Wśród nocnej ciszy...*, Forum Penitencjarne 2014, nr 12;
24. Teleszewska M., *Wykonywanie kary pozbawienia wolności wobec kobiet. Rozprawa doktorska napisana pod kierunkiem prof. dr hab. Grażyny B. Szczygieł*, Wydział Prawa Uniwersytetu w Białymstoku, Białystok 2018, https://repozytorium.uwb.edu.pl/jspui/bitstream/11320/7112/1/M_Teleszewska_Wykonywanie_kary_pozbawienia_wolnosc_i_wobec_kobiet.pdf;
25. Wesołowska-Krzysztofek I., *Wpływ kontaktów z dziećmi na depryzację niektórych potrzeb u osadzonych kobiet* [w:] *Problemy więziennictwa u progu XXI wieku*, red. B. Hołyst, S. Redo, Warszawa 1996;
26. Taylor Ch., *Zaburzenia przywiązania u dzieci i młodzieży. Poradnik dla terapeutów, opiekunów i pedagogów*, Sopot 2019;
27. *Trauma dziedziczona*. Wywiad M. Stelmach z prof. dr hab. med. J. Jośko-Ochojską, kierownik Katedry i Zakładu Medycyny i Epidemiologii Środowiskowej SUM

- w Katowicach na temat pamięci komórkowej i przyszłości epigenetyki. *Psychiatria po dyplomie* 2018, nr 3, [https://podyplomie.pl/psychiatria/30766,trauma-dziedziczna](https://podyplomie.pl/psychiatria/30766,trauma-dziedziczna;);
26. Wagner J., Jones S., Tsaroucha A., Cumbers H., *Intergenerational Transmission of Domestic Violence: Practitioners' Perceptions and Experiences of Working with Adult Victims and Perpetrators in the UK*, *Child Abuse Review* 2019, vol. 28, <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1002/car.2541>;
27. Widom C.S., *The cycle of violence*, *Science* 1989, nr 244.

Monika Horna-Cieślak*

Zarządzenia wydawane przez sąd opiekuńczy na podstawie art. 109 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego jako forma pomocy rodzinie w świetle badania akt sądowych**

1. WPROWADZENIE

Celem artykułu jest prezentacja i ocena stosowania art. 109 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego¹ jako jednej z form świadczenia pomocy rodzinie w świetle wyników badania akt sądowych oraz zwięzłej analizy teoretycznej. Opracowanie skupia się na problematyce funkcjonowania rodziny i jej poszczególnych członków (małoletnich dzieci oraz ich rodziców), sądów opiekuńczych, a także instytucji pomocowych w sytuacji trudnej dla rodziny, tj. zagrożenia dobra dziecka. Artykuł koncentruje się na problematyce pomocy udzielonej rodzinie jako całości oraz jej poszczególnym członkom (matki, ojcowie, małoletnie dzieci). Przyjęcie takiego założenia pozwoliło na scharakteryzowanie problemów oraz potrzeb wszystkich członków rodziny, samych rodzin, a także na przedstawienie rzeczywistego zakresu oferowanej im pomocy.

2. ZAGADNIENIA WSTĘPNE – ART. 109 K.R.O.

W orzecznictwie² oraz literaturze³ przedmiotu powszechnie podnosi się, że jedną z form pomocy świadczonej rodzinie przez sąd opiekuńczy stanowią zarządzenia wydane na podstawie art. 109 k.r.o. Zgodnie z art. 109 § 1 k.r.o. sąd opiekuńczy jest zobowiązany orzec odpowiednie zarządzenie, jeżeli dobro dziecka jest zagrożone. Działanie sądu nie zostało nazwane wprost w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym ograniczeniem władzy rodzicielskiej. Jednak charakter zarządzeń wydawanych przez sąd, wpływa na istotę władzy rodzicielskiej, której część atrybutów, w przeciwieństwie do instytucji

* Mgr Monika Horna-Cieślak jest adwokatem, Polska, ORCID 0000-0001-6684-604X, e-mail: monika.horna@onet.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autorkę: 30.01.2020 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 4.03.2020 r.

¹ Ustawa z 25.02.1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. z 2019 r. poz. 2086) – dalej k.r.o.

² Np. postanowienia Sądu Najwyższego (dalej SN): z 28.04.2000 r., II CKN 452/00, LEX nr 52548; z 13.09.2000 r., II CKN 1141/00, LEX nr 51969.

³ Np. A. Łapiński, *Ograniczenia władzy rodzicielskiej w polskim prawie rodzinnym*, Warszawa 1975, s. 70; J. Ignatowicz [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2012; J. Gajda [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2018.

pozbawienia bądź zawieszenia władzy rodzicielskiej, pozostaje nadal przy rodzicach. Artykuł 109 k.r.o. prowadzi więc jedynie do ograniczenia autonomii rodziców i tym samym nigdy nie może prowadzić do całkowitego jej zniesienia bądź zawieszenia⁴.

Przesłanka „zagrożenia dobra dziecka” została wprost wymieniona w dyspozycji art. 109 § 1 k.r.o. Sędzia Jacek Ignaczewski wskazuje, że: „zagrożenie musi być poważne, a ponieważ chodzi o pewien stan hipotetyczny, kiedy dobro nie zostało jeszcze naruszone, zagrożenie musi być realne, niekoniecznie nieuniknione i bezpośrednie”⁵. Z powyższego wynika prewencyjny i zapobiegawczy charakter ograniczenia władzy rodzicielskiej, na co wprost zwraca uwagę Sąd Najwyższy w postanowieniu z 13.09.2000 r., II CKN 1141/00⁶: „z treści art. 109 § 1 KRO wynika dyrektywa profilaktycznego działania sądu, nakazująca podjęcie ingerencji w sferę władzy rodzicielskiej już w razie zagrożenia dobra dziecka, by zapobiec ujemnym skutkom niewłaściwego lub nieudolnego jej sprawowania”.

Artykuł 109 k.r.o. nie odnosi się w swojej treści bezpośrednio do pojęcia „naruszenie dobra dziecka”. Mimo to nie powinno budzić wątpliwości, że w takiej sytuacji sąd opiekuńczy, w sposób szczególny, zobligowany jest do podjęcia działań zmierzających do ochrony interesów osoby najmłodszej. Aktywność sądu będzie się koncentrować nie tylko na zapobieganiu dalszym negatywnym skutkom danego stanu rzeczy, ale także na zniwelowaniu powstałych już nieprawidłowości⁷. Z powyższego wynika zabezpieczający charakter ograniczenia władzy rodzicielskiej.

Ograniczenie władzy rodzicielskiej należy stosować w każdej sytuacji, w której doszło do zidentyfikowania różnych nieprawidłowości mogących mieć negatywny wpływ na funkcjonowanie dziecka w rodzinie i społeczeństwie⁸. Nieprawidłowości mogą dotyczyć zarówno jego interesów osobistych, jak i majątkowych⁹. Wskazuje się ponadto, aby miały one istotne znaczenie dla spraw dziecka¹⁰. W przypadku zaistnienia tych okoliczności, ustawodawca nałożył na sąd bezwzględny obowiązek działania przez wydanie odpowiednich zarządzeń. Sąd opiekuńczy może wydać każde zarządzenie, które w danych okolicznościach będzie celowe ze względu na ochronę dobra dziecka i jego konkretną sytuację, co zostało podkreślone przez użycie w art. 109 § 2 k.r.o. zwrotu „w szczególności”. Sąd jest zobowiązany do stosowania zasady subsydiarności¹¹, w myśl której powinien w pierwszej kolejności posłużyć się środkami najmniej wkraczającymi w prawa rodziców i życie rodziny.

⁴ J. Ignaczewski [w:] *Władza rodzicielska i kontakty z dzieckiem. Komentarz*, red. J. Ignaczewski, Warszawa 2012, s. 155–156; J. Gajda [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, wyd. 5, Warszawa 2018; J. Słyk [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Osajda, Warszawa 2018; K. Jagielski, *Istota i treść władzy rodzicielskiej*, „Studia Cywilistyczne” 1963, t. III, s. 150; postanowienie SN z 15.10.1970 r., III CRN 275/70, OSN 1971/6, poz. 108; uchwała SN z 17.01.1969 r., III CZP 124/68, OSN 1969/10, poz. 169; postanowienia SN: z 3.12.1998 r., II CKN 871/98, LEX nr 1215492; z 5.05.2000 r., II CKN 869/00, OSNC 2000/11, poz. 205.

⁵ J. Ignaczewski [w:] *Władza...*, s. 157.

⁶ LEX nr 51969.

⁷ I. Długoszewska, *Przesłanki oraz skutki ograniczenia i pozbawienia władzy rodzicielskiej*, Warszawa 2012, s. 178.

⁸ I. Długoszewska, *Przesłanki...*, s. 178.

⁹ J. Ignaczewski [w:] *Władza...*, s. 157.

¹⁰ J. Słyk [w:] *Kodeks rodzinny...*

¹¹ J. Słyk [w:] *Kodeks rodzinny...*; M. Domański, *Wybrane zagadnienia orzekania o umieszczeniu dziecka w pieczy zastępczej*, s. 2, https://www.iws.org.pl/pliki/files/IWS_Doma%C5%84ski%20M._Wybrane%20zagadnienia%20orzekania%20o%20umieszczeniu%20dziecka%20w%20pieczy%20zast%C4%99pczej%2028%29.pdf (dostęp: 3.12.2019 r.).

W literaturze przedmiotu¹² oraz orzecznictwie¹³ podkreśla się jednak, że zasada ta nie będzie obowiązywała, jeżeli w okolicznościach danej sprawy użycie środków łagodniejszych, ze względu na ochronę dobra dziecka, okaże się bezskuteczne oraz bezcelowe. Wydanie przez sąd opiekuńczy zarządzenia na podstawie art. 109 k.r.o. powoduje wszczęcie postępowania wykonawczego¹⁴, które ma przede wszystkim na celu ochronę interesów dziecka i reintegrację jego środowiska rodzinnego poprzez realizowanie postanowienia sądu.

Postępowanie wykonawcze w sprawach cywilnych, w tym w sprawach rodzinnych, w momencie dokonywania analiz empirycznych nie było (a także obecnie nie jest) kompleksowo uregulowane w polskim porządku prawnym. W czasie prowadzenia badania akt sądowych pobieżne wytyczne w tym zakresie można było odnaleźć w rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości Regulamin urzędowania sądów powszechnych¹⁵, w zarządzeniu Ministra Sprawiedliwości z 12.12.2003 r. w sprawie organizacji i zakresu działania sekretariatów sądowych oraz innych działów administracji sądowej¹⁶.

W latach 2012–2017, kiedy w badanych sprawach trwało postępowanie wykonawcze, sądy mogły organizować posiedzenia wykonawcze¹⁷ (w tym z udziałem, w szczególności, osoby objętej nadzorem, kuratora sprawującego nadzór, innych osób, których obecność sędziego lub asesora sądowego uznał za niezbędną)¹⁸. Dodatkowo, sąd rodzinny, sędzia, asesor sądowy podejmowali współpracę z kuratorem zawodowym, a za jego pośrednictwem – z kuratorem społecznym¹⁹. Sąd rodzinny, sędzia, asesor sądowy współpracował z organami, instytucjami i organizacjami społecznymi zajmującymi się na danym terenie problematyką rodziny, dzieci i młodzieży, sprawami oświaty i wychowania oraz zdrowia²⁰; sędzia mógł w drodze wywiadu środowiskowego zarządzić zebranie wiadomości o sytuacji rodzinnej oraz o zachowaniu się podopiecznego po wydaniu orzeczenia²¹.

Sąd wszczynał postępowanie z urzędu lub zawiadamiał o potrzebie wszczęcia postępowania prokuratora albo właściwą instytucję lub organizację społeczną

¹² J. Ignatowicz [w:] *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, red. J.S. Piątkowski, Wrocław 1985, s. 882; A. Zieliński, *Sądownictwo opiekuńcze w sprawach małoletnich*, Warszawa 1975, s. 191; I. Długoszewska, *Przesłanki...*, s. 188.

¹³ Postanowienie SN z 11.01.2000 r., I KKN 1072/99, LEX nr 39854; wyrok Sądu Apelacyjnego (dalej SA) w Białymstoku z 28.10.2010 r., I ACa 458/10, OSAB 2010/3, s. 35–42.

¹⁴ Art. 578¹ ustawy z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2019 r. poz. 1460 ze zm.).

¹⁵ W badanych sprawach postępowanie wykonawcze trwało w okresie od 2012 do 2017 r. W tym czasie obowiązywały trzy brzmienia Regulaminu urzędowania sądów powszechnych, tj.: rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 23.12.2015 r. Regulamin urzędowania sądów powszechnych (Dz.U. poz. 2316 ze zm.); rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 25.06.2015 r. Regulamin urzędowania sądów powszechnych (Dz.U. poz. 925); rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 23.02.2007 r. Regulamin urzędowania sądów powszechnych (Dz.U. z 2014 r. poz. 259).

¹⁶ Dz.Urz. MS z 2003 r. Nr 5, poz. 22 ze zm. – dalej zarządzenie Ministra Sprawiedliwości.

¹⁷ § 257 ust. 1 Regulaminu urzędowania sądów powszechnych z 23.12.2015 r. Regulacja ta obowiązywała także na gruncie § 235 ust. 1 rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 25.06.2015 r. Regulamin urzędowania sądów powszechnych.

¹⁸ § 257 ust. 1 Regulaminu urzędowania sądów powszechnych z 23.12.2015 r. Regulacja ta obowiązywała także na gruncie § 235 ust. 1 rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 25.06.2015 r. Regulamin urzędowania sądów powszechnych.

¹⁹ § 220 Regulaminu urzędowania sądów powszechnych z 23.12.2015 r. Regulacja ta obowiązywała także na gruncie poprzednich dwóch Regulaminów urzędowania sądów powszechnych.

²⁰ § 219 Regulaminu urzędowania sądów powszechnych z 23.12.2015 r. Regulacja ta obowiązywała także na gruncie poprzednich dwóch Regulaminów urzędowania sądów powszechnych.

²¹ § 259 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 23.12.2007 r. Regulamin urzędowania sądów powszechnych obowiązywał do 7.07.2015 r. Regulacja ta nie znalazła się w kolejnych brzmieniach Regulaminu urzędowania sądów powszechnych.

w sytuacji, gdy okoliczności wskazywały na potrzebę uregulowania innych problemów rodzinnych niż będące przedmiotem postępowania²². Sędzia podejmował także z urzędu czynności pozaprosesowe w razie ujawnienia, w związku z toczącą się sprawą, potrzeby udzielenia pomocy rodzinie w usunięciu trudności zagrażających jej dobru, np. zwracał się do określonych instytucji w celu uzyskania dla rodziny należnych świadczeń socjalnych²³.

Istota instytucji zarządzeń wydawanych przez sąd rodzinny na podstawie art. 109 k.r.o. sprowadza się do ochrony dziecka, z jednoczesnym udzielaniem wsparcia rodzicom²⁴. Celem jest nawiązanie współpracy z rodzicami, a nie ich karanie czy też stygmatyzowanie. Przepis art. 109 k.r.o. nie ma charakteru represyjnego, penalnego. Nie zmierza do antagonizowania rodziców wobec sądu opiekuńczego, ale do ukazania im tej instytucji jako niosącej pomoc i wsparcie.

3. WYNIKI BADANIA AKT SĄDOWYCH

3.1. Cel badania oraz metodologia badawcza

Podstawowym założeniem badawczym było scharakteryzowanie rodziny jako grupy społecznej, małoletnich dzieci, matek, ojców. Analiza rodziny, małoletnich dzieci, matek oraz ojców opierała się na wspólnej strukturze badawczej, polegającej na udzieleniu odpowiedzi na podobne pytania dotyczące przede wszystkim indywidulanych problemów rodzin, małoletnich dzieci, ojców, matek oraz zaangażowania służb pomocowych²⁵ w indywidualną pomoc rodzinie, małoletnim dzieciom, matkom, ojcom. Badanie nie skupiało się *sensu stricte* na problematyce ograniczenia władzy rodzicielskiej, ale na funkcjonowaniu rodziny i jej poszczególnych członków (małoletnich dzieci oraz ich rodziców), sądów opiekuńczych i instytucji pomocowych w sytuacji trudnej dla rodziny, tj. sytuacji zagrożenia dobra dziecka. Prowadzone analizy odnoszą się do wszystkich dzieci i ich rodziców, a nie jedynie do dzieci i rodziców objętych postępowaniem z art. 109 k.r.o.

Funkcjonowanie rodziny, sądu opiekuńczego i instytucji pomocowych zostało poddane analizie wyłącznie w sytuacjach, gdy członkowie rodziny pozostają w jednym środowisku. Takie założenie pozwalało na pełne spojrzenie na funkcjonowanie i reintegrację środowiska rodzinnego oraz na zasady udzielania jej pomocy przez osoby i instytucje trzecie. Poza zakresem analizy znalazły się więc te wszystkie sprawy, gdzie na mocy art. 109 § 2 pkt 5 k.r.o. dziecko zostało umieszczone w zastępczym środowisku opiekuńczo-wychowawczym.

Poza zakresem badawczym znalazły się także te sprawy, w których decyzja o ograniczeniu władzy rodzicielskiej była zawarta w wyroku orzekającym rozwód,

²² § 207 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 23.02.2007 r. Regulamin urzędowania sądów powszechnych obowiązywał do 7.07.2015 r. Regulacja ta nie znalazła się w kolejnych brzmieniach Regulaminu urzędowania sądów powszechnych.

²³ § 208 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 23.02.2007 r. Regulamin urzędowania sądów powszechnych obowiązywał do 7.07.2015 r. Regulacja ta nie znalazła się w kolejnych brzmieniach Regulaminu urzędowania sądów powszechnych.

²⁴ Postanowienia SN: z 28.04.2000 r., II CKN 452/00; z 13.09.2000 r., II CKN 1141/00.

²⁵ Przez służby/instytucje pomocowe określane są wszystkie podmioty świadczące wsparcie, w tym instytucje oświatowe/opiekuńcze.

separację albo unieważnienie małżeństwa. Chodziło o zbadanie całego procesu funkcjonowania rodzin z trudnościami, a nie wyłącznie jego wybranego fragmentu.

Badaniu poddano wyłącznie sprawy, w których postanowienie sądu w przedmiocie ograniczenia władzy rodzicielskiej zapadło po 31.12.2011 r. Powyższe miało na celu zbadanie, w jaki sposób sądy wykorzystywały narzędzia pomocy rodzinie przewidziane w ustawie o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej²⁶.

Przedstawione w dalszej części ustalenia badawcze zawsze były formułowane na podstawie całości akt²⁷ postępowania rozpoznawczego oraz wykonawczego i nie stanowią one wyniku subiektywnej oceny autorki artykułu.

Próba badawcza została przeprowadzona w drodze losowania, w wyniku którego wybrano 22 sądy rejonowe z całej Polski²⁸. Z takiej wylosowanej próby sądów zastosowano proporcjonalny dobór liczby spraw – dla próby 250 spraw. Ostatecznie do badania zakwalifikowano 193 sprawy. Analiza akt została przeprowadzona w II półroczu 2017 r. na podstawie kwestionariusza badań akt sądowych.

3.2. Charakterystyka rodzin, małoletnich dzieci, rodziców

3.2.1. Rodzina

Badaniem objęto 193 rodziny, które w chwili wszczęcia postępowania sądowego składały się z 190 matek, 207 ojców oraz 348 dzieci. Na zakończenie postępowania wykonawczego 193 rodziny składały się z 186 matek, 207 ojców oraz 348 dzieci.

3.2.1.1. Problemy rodzin w chwili wszczęcia procedur sądowych²⁹

Wobec 40 rodzin (20,7%) nie odnaleziono w aktach spraw żadnych informacji mogących świadczyć o trudnościach dotyczących całej rodziny. W pozostałych przypadkach zaobserwowano, że ponad połowa rodzin borykała się z problemami finansowymi (130 rodzin – 67,4%), a 31,6% rodzin miało złe warunki mieszkaniowe. Rodziny rzadko pozostawały w konflikcie z osobami trzecimi (18 rodzin – 9,3%).

3.2.1.2. Podmioty wspierające rodziny w trakcie trwania postępowania wykonawczego

Jedynie w 39,8% akt spraw udało się odnaleźć informacje dotyczące korzystania bądź niekorzystania przez rodziny z opieki instytucji pomocowych. Tylko 16,5% rodzin było otoczonych wsparciem jakiegokolwiek instytucji pomocowej³⁰.

²⁶ Ustawa z 9.06.2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 821), obowiązuje od 1.01.2012 r.

²⁷ Badaniu poddano w szczególności zeznania rodziców, innych świadków, wywiady i sprawozdania kuratorskie, pisma inicjujące postępowanie sądowe, opinie, zaświadczenia przekazane przez np. placówki oświatowe/opiekuńcze, poradnie uzależnień.

²⁸ Sądy rejonowe w: Bełchatowie, Będzinie, Brodnicy, Bytomiu, Chorzowie, Cieszynie, Częstochowie, Gdyni, Golubiu Dobrzyniu, Jastrzębiu Zdroju, Kętrzynie, Kolbuszowej, Krośnie Odrzańskim, Łęborku, Nowym Sączu, Pułtusk, Radomiu, Rawie Mazowieckiej, Sławnie, Tychach, Wejherowie, Warszawie Praga-Północ.

²⁹ Pytanie miało charakter wielokrotnego wyboru. Podane wyniki analizy odnoszą się do ogółu rodzin objętych badaniem, tj. 193 rodzin.

³⁰ Pytanie miało charakter wielokrotnego wyboru. Podane wyniki analizy odnoszą się do ogółu rodzin objętych badaniem, tj. 193 rodzin.

W trakcie postępowania wykonawczego rodziny najczęściej korzystały z oferty ośrodka pomocy społecznej³¹ (103 rodzin – 53,4%) w postaci wsparcia asystenta rodziny (26 rodzin – 13,5%), pomocy finansowej (59 rodzin – 31%) bądź też pracownicy ośrodka prowadzili z rodziną pracę socjalną (29 rodzin – 15%).

Ze wsparcia zespołów interdyscyplinarnych/grup roboczych korzystało 59 rodzin (30,6%), a policji 41 rodzin (21,2%). Z pomocy organizacji pozarządowych korzystało 6 rodzin (3,1%), a z poradni psychologiczno-pedagogicznych 5 rodzin (2,6%).

W pomoc rodzinie zaangażowane były także kościoły/związki wyznaniowe (8 rodzin – 4,1%) poprzez prowadzenie terapii rodzinnych oraz urząd miasta (1 rodzina – 0,5%) poprzez udzielenie pomocy w kwestiach mieszkaniowych.

3.2.2. Małoletnie dzieci

Przeprowadzone analizy dotyczyły 348 małoletnich dzieci, które wychowywały się w 193 rodzinach. Rodziny rzadko składały się z dzieci w wieku poniżej 1 roku (17 dzieci – 4,9%), a najczęściej składały z dzieci w wieku 13–15 lat (73 dzieci – 20,9%). Dzieci w wieku 1–3 lata było 62 (17,9%), zaś w wieku 4–6 lat – 48 (13,7%). W grupie wiekowej 7–9 lat znajdowało się 44 dzieci (12,7%), a w grupie wiekowej 10–12 lat występowało 50 dzieci (14,4%). Natomiast nastolatków (16–17 lat) było 54 (15,5%).

3.2.2.1. Problemy dzieci w chwili wszczęcia procedur sądowych³²

Głównym problemem dzieci dotyczącym ponad połowę z nich (200 dzieci – 57,4%), było uzależnienie rodziców/rodzica od alkoholu. Dzieci były bardzo często świadkami konfliktów rodzinnych (114 dzieci – 32,8%), miały trudności w nauce (110 dzieci – 31,6%), były świadkami stosowania przemocy domowej przez ojca na szkodę matki (109 dzieci – 31,3%).

Dzieci często opuszczały zajęcia szkolne (66 dzieci – 19% dzieci), doświadczały przemocy psychicznej ze strony rodziców/rodzica (49 dzieci – 14,1% dzieci) oraz braku zainteresowania z ich strony (61 dzieci – 17,5%). Cierpiały na różnego rodzaju zaburzenia (49 dzieci – 14,1%), do których zaliczono zachowania aspołeczne, zespół Aspergera, ADHD, samookaleczenia, próby samobójcze.

3.2.2.2. Rozstrzygnięcia sądów³³

Sądy w znikomym stopniu (7 dzieci – 2,1%) odnosiły się w swoim orzeczeniu bezpośrednio do osób najmłodszych, a jeżeli się tego podejmowały, to wyłącznie w zakresie poprawy zdrowia psychicznego oraz relacji rodzinnych dzieci. W jednej ze spraw sąd zobowiązał dziecko w wieku 14 lat (0,3%) do udziału w zajęciach

³¹ Najczęściej rodziny były wspierane przez asystenta rodziny (26 rodzin – 13,5%).

³² Pytanie miało charakter wielokrotnego wyboru. Podane wyniki analizy odnoszą się do ogółu dzieci objętych badaniem, tj. 348 dzieci.

³³ Pytanie miało charakter jednokrotnego wyboru. Podane wyniki analizy odnoszą się do ogółu dzieci objętych badaniem, tj. 348 dzieci.

Tabela 1

Problemy dzieci w chwili wszczęcia procedur sądowych

Rodzaj problemu	liczba	Procenty (348=100%)
Alkoholizm rodzica/rodziców	200	57,4
Świadek konfliktów rodzinnych	114	32,8
Trudności w nauce	110	31,6
Świadek stosowania przemocy na szkodę matki	109	31,3
Opuszczanie zajęć szkolnych	66	19,0
Brak zainteresowania/kontaktu/porzucenie przez rodzica	61	17,5
Ofiara stosowania przemocy psychicznej ze strony rodziców/rodzica	49	14,1
Zaburzenia rozwojowe, w tym zaburzenia psychiczne	49	14,1
Choroby przewlekłe	36	10,3
Konflikty z rodzicami	33	9,5
Ofiara stosowania przemocy fizycznej ze strony rodziców	32	9,2
Świadek stosowania przemocy na szkodę rodzeństwa	26	7,5
Przemoc rówieśnicza/konflikty z rówieśnikami	25	7,2
Konflikty z nauczycielami/wychowawcami	18	5,2
Przebywanie w zdemoralizowanym otoczeniu	18	5,2
Niepełnosprawność intelektualna	16	4,6
Brak zdiagnozowanych problemów	15	4,3
Niepełnosprawność fizyczna	11	3,2
Problemy z prawem	10	2,9
Spożywanie alkoholu	8	2,3
Spożywanie narkotyków	8	2,3
Świadek stosowania przemocy na szkodę ojca	3	0,9
Ciąża/posiadanie dziecka	2	0,6
Ofiara przemocy seksualnej	2	0,6

Źródło: opracowanie własne.

socjoterapeutycznych oraz kontynuowania leczenia psychiatrycznego. Kontrolę postanowienia sąd powierzył kuratorowi sądowemu ustanowionemu do nadzorowania wykonywania władzy rodzicielskiej. W innej sprawie sąd zobowiązał dziecko w wieku 15 lat (0,3%) do udziału w spotkaniach z psychologiem. Kontrolę postanowienia sąd powierzył kuratorowi sądowemu ustanowionemu do nadzorowania wykonywania władzy rodzicielskiej. W kolejnej sprawie sąd zobowiązał troje dzieci w wieku 13, 11, 9 lat (0,9%) do kontynuowania terapii rodzinnej. Kontrolę postanowienia sąd powierzył kuratorowi sądowemu ustanowionemu do nadzorowania wykonywania władzy rodzicielskiej. Obowiązek ten został nałożony w jednej rodzinie na wszystkie wychowujące się w niej małoletnie dzieci. W ostatniej ze spraw, w której sąd odniósł się w swoim orzeczeniu bezpośrednio do dziecka, sąd zobligował osobą najmłodszą w wieku 12 lat (0,3%) do uczestnictwa, wraz z matką, w terapii rodzinnej. Z akt nie wynikał sposób kontroli wykonania obowiązku nałożonego na dziecko.

3.2.2.3. Podmioty wspierające dzieci w trakcie postępowania wykonawczego³⁴

Jedynie w 17,2% akt spraw udało się odnaleźć informacje dotyczące korzystania bądź niekorzystania przez osoby najmłodsze ze wsparcia instytucji pomocowych. Zaledwie 6,8% dzieci korzystało z pomocy jakiejkolwiek instytucji.

Dzieci najczęściej korzystały ze wsparcia poradni psychologiczno-pedagogicznych (90 dzieci – 25,8%), placówek oświatowych (84 dzieci – 24,1%), placówek ochrony zdrowia (49 dzieci – 14,1%), a także placówek ochrony zdrowia psychicznego (35 dzieci – 10%). Z pomocy placówek wsparcia dziennego korzystało 16 dzieci (4,6%), a z ośrodka pomocy społecznej – 13 dzieci (3,7%). Pod opieką kuratora sądowego, a także sądu opiekuńczego w zakresie postępowania o demoralizację/czyn karalny znajdowało się każdorazowo 11 dzieci (3,2%).

W podobnym zakresie dzieci zostały otoczone wsparciem kościołów/związków wyznaniowych (10 dzieci – 2,9%), organizacji pozarządowych (8 dzieci – 2,9%), a także placówek leczenia uzależnień (8 dzieci – 2,9%). Dzieci sporadycznie korzystały z pomocy ośrodków interwencji kryzysowej (4 dzieci – 1,2%).

W pomoc osobom najmłodszym zaangażowały się również młodzieżowy ośrodek wychowawczy (8 dzieci – 2,3%), ośrodki wczesnego wspomaganie rozwoju dzieci (1 dziecko – 0,3%) oraz ośrodek wczesnej interwencji (1 dziecko – 0,3%).

3.2.3. Matki

Wszystkie dzieci wychowujące się w jednej rodzinie posiadały zawsze wspólną matkę. W chwili wszczęcia postępowania sądowego trzy matki nie żyły. Przeprowadzone badania dotyczyły więc 190 matek w chwili wszczęcia postępowania oraz 186 matek na zakończenie postępowania wykonawczego (w trakcie trwania procedur zmarły 4 matki).

Ustalenie wieku matek było możliwe we wszystkich sprawach. Najmłodsza kobieta miała 18 lat, najstarsza 59, a średnia wieku kobiet wynosiła 36,7 roku. Najwięcej kobiet (83 kobiety – 43,7%) było z przedziału wiekowego 31–40 lat, przy czym bardzo wysoki odsetek kobiet znajdował się także w przedziale wiekowym 41–50 lat (53 kobiety – 27,9%) oraz w przedziale wiekowym 21–30 lat (38 kobiet – 20%). Jedynie 4 kobiety (2,1%) było wieku do 20 lat, a 12 kobiet (6,3%) – między 51. a 60. rokiem życia.

3.2.3.1. Problemy matek w chwili wszczęcia procedur sądowych³⁵

Wszystkie matki w chwili wszczęcia procedur sądowych posiadały indywidualne trudności. W stosunku do ponad połowy matek (106 matek – 55,7%) ustalono, że miały one niskie kompetencje wychowawcze³⁶.

³⁴ Pytanie miało charakter wielokrotnego wyboru. Podane wyniki analizy odnoszą się do ogółu dzieci objętych badaniem, tj. 348 dzieci.

³⁵ Pytanie miało charakter wielokrotnego wyboru. Podane wyniki analizy odnoszą się do ogółu matek objętych badaniem, tj. 190 matek.

³⁶ Niskie kompetencje wychowawcze zostały scharakteryzowane jako m.in. nieumiejętności komunikacji z dzieckiem, rozwiązywania sytuacji konfliktów, egzekwowania obowiązków stawianych dziecku, a także niekontrolowanie czasu wolnego dziecka, nadopiekuńczość, stosowanie nieodpowiedniego systemu kar oraz pochwał.

Matki często zmagaly się z problemem alkoholowym męża/partnera (73 kobiety – 38,4%), były uczestnikami konfliktów rodzinnych (64 matki – 33,6%) oraz często były ofiarami przemocy domowej ze strony mężów/partnerów (58 matek – 30,5%). Około 1/5 matek borykało się z problemem samotnego macierzyństwa (41 matek – 21,5%), nadużywaniem alkoholu (40 matek – 21%) oraz długotrwałym bezrobociem (37 kobiet – 19,4%).

Tabela 2

Problemy matek w chwili wszczęcia procedur sądowych

Rodzaj problemu	Liczby	Procent (190=100%)
Niskie kompetencje wychowawcze	106	55,7
Alkoholizm męża/partnera	73	38,4
Uczestnik konfliktów rodzinnych	64	33,6
Ofiara przemocy ze strony męża/partnera	58	30,5
Samotne macierzyństwo	41	21,5
Alkoholizm	40	21
Długotrwałe bezrobocie	37	19,4
Świadek przemocy na szkodę małoletnich dzieci	30	15,8
Konflikty z małoletnimi dziećmi	20	10,5
Zaburzenia psychiczne	14	7,4
Choroba przewlekła	13	6,8
Brak zainteresowania/kontaktu/porzucenie dziecka	13	6,8
Karalność	12	6,3
Włóczęgostwo	6	3,1
Przebywanie w zdemoralizowanym środowisku	5	2,6
Niepełnosprawność intelektualna	4	2,1
Sprawca przemocy na szkodę męża/partnera	3	1,5
Sprawca przemocy na szkodę małoletnich dzieci	3	1,5
Niepełnosprawność fizyczna	2	1
Prostituowanie się	2	1
Narkomania	1	0,5
Nie wynikało z akt	1	0,5

Źródło: opracowanie własne.

3.2.3.2. Rozstrzygnięcia sądów³⁷

Sądy w stosunku do 245 dzieci (70,4%) ograniczył władzę rodzicielską matce i tym samym wobec 103 dzieci (29,6%) sąd nie ingerował w sposób sprawowania władzy rodzicielskiej przez matkę.

Praktycznie w każdym przypadku ograniczenie władzy rodzicielskiej matce polegało na ustanowieniu, nad sposobem jej wykonywania, nadzoru kuratora sądowego

³⁷ Pytanie miało charakter wielokrotnego wyboru. Podane wyniki analizy odnoszą się do ogółu małoletnich dzieci, wobec których sąd ograniczył władzę rodzicielską matce, tj. 245 dzieci.

(215 dzieci – 87,7%). Drugim sposobem ograniczenia władzy rodzicielskiej matce było zobowiązanie jej do podjęcia określonego działania (72 dzieci – 29,3%). Obowiązek działania był orzekany jako samodzielny środek (28 dzieci – 11,4%) bądź połączony z ustanowieniem nadzoru kuratora sądowego (44 dzieci – 17,9%). W zakresie orzekanych zobowiązań, sądy najczęściej decydowały o zobowiązaniu matek do podjęcia pracy z asystentem rodziny (25 dzieci – 10,4%).

Tabela 3

Sposób ograniczenia władzy rodzicielskiej matkom

Sposób ograniczenia władzy rodzicielskiej matkom	Liczby	Procenty (245=100%)
Ustanowienie nadzoru kuratora sądowego	215	87,7
Zobowiązanie do pracy z asystentem rodziny	25	10,2
Zobowiązanie do podjęcia leczenia psychiatrycznego	15	6,1
Zobowiązanie do uczestniczenia w warsztatach mających na celu podniesienie kompetencji rodzicielskich	13	5,3
Zobowiązanie do współpracy ze szkołą małoletniego	10	4,1
Zobowiązanie do uczestniczenia w terapii rodzinnej	8	3,3
Zobowiązanie do zapisania/kontynuowania leczenia dziecka	5	2
Zobowiązanie do podjęcia/kontynuowania leczenia odwykowego	5	2
Zobowiązanie do zapewnienia dziecku pomocy psychologicznej/psychiatrycznej	4	1,6
Zobowiązanie do zapewnienia dzieciom atmosfery spokoju i poczucia bezpieczeństwa	4	1,6
Zobowiązanie do nawiązania kontaktu z poradnią psychologiczno-pedagogiczną	3	1,2
Określenie obowiązków i uprawnień w stosunku do osoby dziecka	2	0,8
Zobowiązanie do poprawy warunków mieszkaniowych	1	0,4
Umieszczenie małoletniego w rodzinie zastępczej, rodzinnym domu dziecka albo instytucjonalnej pieczy zastępczej	1	0,4

Źródło: opracowanie własne.

3.2.3.3. Podmioty wspierające matki w czasie trwania postępowania wykonawczego³⁸

Jedynie w 20% akt spraw udało się odnaleźć informacje dotyczące korzystania bądź niekorzystania przez matki ze wsparcia instytucji pomocowych. Wyłącznie 3,9% matek korzystało z pomocy jakiejkolwiek instytucji.

Matki najczęściej korzystały z oferty wsparcia ośrodka pomocy społecznej (29 matek – 15,6%), poradni psychologiczno-pedagogicznych (19 matek – 10,2%), placówek ochrony zdrowia psychicznego (17 matek – 9,1%), placówek leczenia uzależnień (17 matek – 9,1%), placówek ochrony zdrowia (14 matek – 7,5%).

W znikomym stopniu matki były otoczone opieką placówek oświatowo/opiekuńczych ich dzieci (7 matek – 3,7%), ośrodków interwencji kryzysowych (6 matek – 3,2%), kuratora sądowego – karnego (6 matek – 3,2%), organizacji pozarządowych

³⁸ Pytanie miało charakter wielokrotnego wyboru. Podane wyniki analizy odnoszą się do ogółu matek objętych badaniem, tj. 186 matek.

(5 matek – 2,6%), ośrodka wsparcia rodziny (3 matki – 1,6%), a także gminnych komisji rozwiązywania problemów alkoholowych (3 matki – 1,6%).

Sporadycznie matki korzystały z pomocy urzędu pracy (1 matka – 0,5%), kościoła/związku wyznaniowego (1 matka – 0,5%), młodzieżowego ośrodka wychowawczego (1 matka – 0,5%).

3.2.4. Ojcowie

W zdecydowanej większości spraw (159 spraw – 82,4%), wszystkie dzieci wychowujące się w jednej rodzinie posiadały zawsze wspólnego ojca. W 21 sprawach (10,9%) dzieci wychowujące się w jednej rodzinie miały dwóch różnych ojców, a w 2 sprawach (1%) – trzech różnych ojców (2 sprawy – 1%). Nie żyło/bądź nie ustalono ojcostwa wobec 11 ojców (5,7%). Przeprowadzone badania dotyczyły więc 207 ojców.

Średnia wieku mężczyzn wynosiła 40,9 lat, przy czym najmłodszy mężczyzna miał 21, a najstarszy – 71 lat. Ojcowie najczęściej mieli 41–50 lat (34,8%). Jednakże bardzo wysoki odsetek mężczyzn znajdował się także w przedziale wiekowym 31–40 lat (32,4%). W przedziale wiekowym 21–30 lat było 23 ojców (11,1%), a w wieku 51–60 lat – 16 ojców (7,7%). Jedynie 4 mężczyzn (2%) miało między 61 a 70 lat, a 71 lat i więcej miał 1 mężczyzna (0,5%).

3.2.4.1. Problemy ojców w chwili wszczęcia procedur sądowych³⁹

Około połowa ojców posiadała niskie kompetencje wychowawcze (115 ojców – 55,5%) lub problem alkoholowy (90 ojców – 43,5%).

Wielu ojców było uczestnikami konfliktów rodzinnych (58 ojców – 28%), dopuszczało się przemocy na szkodę swojej żony lub partnerki (58 ojców – 28%), nie wykazywało zainteresowania dzieckiem lub porzuciło je (48 ojców – 23,1%), a także było wcześniej karanych (42 ojców – 20,2%).

3.2.4.2. Rozstrzygnięcia sądów⁴⁰

Sądy w stosunku do 115 dzieci (33%) nie ingerowały w sposób sprawowania władzy rodzicielskiej przez ojców. Wobec 2 dzieci (0,6%) sąd pozbawił ojców władzy rodzicielskiej, a wobec 231 dzieci (66,4%) – ograniczył władzę rodzicielską ojcom.

W zdecydowanej większości przypadków ograniczenie władzy rodzicielskiej ojcom polegało na ustanowienie nadzoru kuratora sądowego (181 dzieci – 78,4%). Drugim sposobem ograniczenia władzy rodzicielskiej ojcom było zobowiązanie do podjęcia określonego działania (79 dzieci – 34,1%). Zobowiązanie to było orzekane bez nadzoru kuratora sądowego w 16% przypadków (37 dzieci) bądź w 18% przypadków (42 dzieci) było ono połączone z ustanowieniem nadzoru kuratora sądowego.

³⁹ Pytanie miało charakter wielokrotnego wyboru. Podane wyniki analizy odnoszą się do ogółu ojców objętych badaniem, tj. 207 ojców.

⁴⁰ Pytanie miało charakter wielokrotnego wyboru. Podane wyniki analizy odnoszą się do ogółu małoletnich dzieci, wobec których sąd ograniczył władzę rodzicielską ojcom, tj. 231 dzieci.

Tabela 4

Problemy ojców w chwili wszczęcia procedur sądowych

Rodzaj problemu	Liczby	Procenty (207=100%)
Niskie kompetencje wychowawcze	115	55,5
Alkoholizm	90	43,5
Uczestnik konfliktów rodzinnych	58	28
Sprawca przemocy na szkodę żony/partnerki	58	28
Brak zainteresowania/kontaktu/porzucenie dziecka	48	23,1
Karałość	42	20,2
Sprawca przemocy na szkodę małoletnich dzieci	30	14,5
Konflikty z małoletnimi dziećmi	28	13,5
Alkoholizm żony/partnerki	27	13
Długotrwale bezrobocie	16	7,3
Zaburzenia psychiczne	13	6,3
Nie wynikało z akt	14	6,8
Samotne ojcostwo	9	4,3
Przebywanie w zdemoralizowanym otoczeniu	5	2,4
Choroba przewlekła	5	2,4
Ofiara przemocy ze strony żony/partnerki	4	1,9
Niepełnosprawność fizyczna	4	1,9
Niepełnosprawność intelektualna	3	1,4
Włóczęgostwo	3	1,4
Narkomania	2	0,9
Brak zdiagnozowanych problemów	2	0,9
Świadek przemocy na szkodę małoletnich dzieci	0	0

Źródło: opracowanie własne.

3.2.4.3. Podmioty wspierające ojców w trakcie trwania postępowania wykonawczego⁴¹

Zaledwie w 8,2% akt spraw udało się odnaleźć informacje dotyczące korzystania bądź niekorzystania przez ojców ze wsparcia instytucji pomocowych. Wyłącznie 4,4% ojców korzystało z pomocy jakiegokolwiek instytucji.

Ojcowie najczęściej szukali pomocy w placówkach leczenia uzależnień (37 ojców – 17,9%), byli nadzorowani przez kuratorów sądowych w związku z wykonaniem wyroku karnego bądź zobowiązania do podjęcia leczenia odwykowego (31 ojców – 15%) lub otrzymywali wsparcie w placówkach ochrony zdrowia psychicznego (18 ojców – 8,7%).

Szesnastu ojców (7,7%) było zobowiązanych do podjęcia leczenia odwykowego, a 10 ojców (4,8%) korzystało ze wsparcia gminnych komisji rozwiązywania

⁴¹ Pytanie miało charakter wielokrotnego wyboru. Podane wyniki analizy odnoszą się do ogółu ojców objętych badaniem, tj. 207 ojców.

Tabela 5

Sposób ograniczenia władzy rodzicielskiej ojcom

Sposób ograniczenia władzy rodzicielskiej ojcom	Liczby	Procenty (231=100%)
Ustanowienie nadzoru kuratora sądowego	181	78,4
Zobowiązanie do podjęcia/kontynuowania leczenia odwykowego	17	7,4
Określenie obowiązków i uprawnień w stosunku do osoby dziecka	15	6,5
Zobowiązanie do podjęcia leczenia psychiatrycznego	13	5,6
Zobowiązanie do uczestniczenia w terapii rodzinnej	11	4,8
Zobowiązanie do pracy z asystentem rodziny	9	3,9
Zobowiązanie do uczestniczenia w warsztatach mających na celu podniesienie kompetencji wychowawczych	9	3,9
Zobowiązanie do powstrzymania się od spożywania alkoholu	8	3,5
Zobowiązanie do współpracy ze szkołą małoletniego	7	3
Zobowiązanie do zapewnienia dzieciom atmosfery spokoju i poczucia bezpieczeństwa	4	1,7
Zobowiązanie do nawiązania kontaktu z poradnią psychologiczno-pedagogiczną	3	1,3
Zobowiązanie do zapewnienia dziecku pomocy psychologicznej /psychiatrycznej	3	1,3
Zobowiązanie do zapewnienia dziecku opieki medycznej	2	0,9

Źródło: opracowanie własne.

problemów alkoholowych. Ośmiu ojców (3,9%) było objętych pomocą placówek ochrony zdrowia, 7 ojców (3,4%) poradni psychologiczno-pedagogicznych, a 5 ojców (2,4%) – organizacji pozarządowych. Czterech ojców (1,9%) uzyskało wsparcie od ośrodka pomocy społecznej, a także kościoła/związku wyznaniowego (4 ojców – 1,9%). Incydentalnie ojcowie korzystali z pomocy ośrodka wsparcia dziecka i rodziny (2 ojców – 1%), powiatowego centrum pomocy rodzinie (2 ojców – 1%), placówek oświatowych/opiekuńczych (2 ojców – 1%), a także ośrodka interwencji kryzysowej (1 ojciec – 0,5%).

3.3. Charakterystyka czynności podejmowanych przez sądy w odniesieniu do rodzin, kuratorów sądowych oraz instytucji pomocowych

3.3.1. Postępowanie rozpoznawcze

Postępowanie dowodowe jest niezwykle ważnym elementem procedury udzielania pomocy rodzinie w sytuacji zagrożenia dobra dziecka. To od poczynionych, przez sąd, w tym zakresie ustaleń uzależnione jest podjęcie decyzji, czy i w jaki sposób udzielić rodzinie pomocy. Postępowanie to wskazuje też, z jakimi podmiotami oraz osobami współpracuje sąd w ww. zakresie.

W zdecydowanej większości spraw informacje o rodzinie sądy pozyskiwały na skutek wywiadu środowiskowego przeprowadzonego przez kuratorów sądowych (183 spraw – 94,8%) a także na skutek zeznań składanych przez rodziców (matki zostały przesłuchane w 168 sprawach – 87%, a ojcowie w 131 – 67,9%). Sądy bardzo rzadko korzystały

z możliwości wysłuchania dzieci (8 spraw – 4,1%), przesłuchania pozostałych członków rodziny (15 spraw – 8,7%) oraz pracowników instytucji pomocowych (7 spraw – 3,6%). Sądy niezbyt często pozyskiwały bezpośrednie informacje o rodzinie od placówek oświatowych oraz instytucji pomocowych, co może być spowodowane faktem, że kuratorzy sądowi, na potrzeby sporządzenia wywiadu środowiskowego, nawiązywali osobisty kontakt z ww. podmiotami.

Tabela 6

Dowody przeprowadzone przez sądy w toku postępowania rozpoznawczego⁴²

Rodzaj dowodu	Liczby	Procenty (193=100%)
Wywiad środowiskowy przeprowadzony przez kuratora sądowego	183	94,8
Zeznania matki	168	87
Zeznania ojca	131	67,9
Dowód z dokumentu np. akt zgonu, akt urodzenia	129	66,9
Wniosek o wgląd w sytuację rodziny	85	44
Informacja o rodzinie przekazana przez policję	53	27,5
Opinia szkoły/przedszkola	49	25,4
Dowód z akt innej sprawy sądowej	38	19,7
Opinia OPS o rodzinie	39	20,1
Opinia RODK/OZSS	20	10
Dowód z dokumentu prywatnego	19	9,8
Dokumentacja medyczna	18	9,3
Zeznania pozostałych krewnych	13	6,7
Wysłuchanie małoletniego	8	4,1
Zeznania osób z instytucji pomocowych – np. OPS, policja	7	3,6
Zeznania dorosłych dzieci	4	2
Zeznania sąsiadów	2	1
Opinia poradni psychologiczno-pedagogicznej	2	1
Nie wynikało z akt	1	0,5

Źródło: opracowanie własne.

3.3.2. Postępowanie wykonawcze⁴³

3.3.2.1. Współpraca sądów z instytucjami pomocowymi⁴⁴

Sądy opiekuńcze w znikomym stopniu współpracowały z instytucjami pomocowymi w celu zwiększenia wykonalności wydanego przez siebie orzeczenia i reintegracji środowiska rodzinnego.

⁴² Pytanie miało charakter wielokrotnego wyboru. Podane wyniki analizy odnoszą się do ogółu badanych spraw.

⁴³ Badanie koncentrowało się na działaniach sądu skierowanych wobec rodzin, instytucji pomocowych oraz kuratorów sądowych. Nie obejmowało więc działań organizacyjnych sądu, jak np. skierowanie pisma do zespołu kuratorskiej służby sądowej (ZKSS) ze zleceniem objęcia nadzoru w sprawie, a także samodzielnej kontroli akt postępowania wykonawczego. Celem analizy było wykazanie z kim i jak współpracuje sąd na etapie postępowania wykonawczego i jak mobilizuje rodziny do zmiany sytuacji rodzinno-wychowawczej.

⁴⁴ Pytanie miało charakter wielokrotnego wyboru. Podane wyniki analizy odnoszą się do ogółu badanych spraw, tj. 193 spraw.

W 175 sprawach (90,7%) nie odnotowano żadnej działalności sądów dotyczącej ww. podmiotów. W pozostałych sprawach sądy najchętniej współpracowały z policją (7 spraw – 3,6%), a następnie z ośrodkami pomocy społecznej (6 spraw – 3,1%), placówkami oświatowymi (5 spraw – 2,6%), prokuraturą (2 sprawy – 1%), biegłymi sądowymi (2 sprawy – 1%), świetlicą środowiskową (1 sprawa – 0,5%), ośrodkiem interwencji kryzysowej (1 sprawa – 0,5%). Sądy nie współpracowały z takimi podmiotami jak np.: zespoły interdyscyplinarne/grupy robocze, gminne komisje rozwiązywania problemów alkoholowych.

Współpraca sądów z instytucjami pomocowymi polegała wyłącznie na uzyskiwaniu informacji o osobie bądź rodzinie (17 spraw – 8,8%) albo na składaniu przez sąd opiekuńczy zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstwa (2 sprawy – 1%).

Same instytucje pomocowe też bardzo rzadko zwracały uwagę sądu opiekuńczego na potrzebę udzielenia wsparcia rodzinie bądź zmiany jej formy w toku postępowania wykonawczego. Jedynie w pojedynczych sprawach zwracały się one bezpośrednio do sądu z wnioskiem o zmianę zarządzeń opiekuńczych bądź z ponownym wnioskiem o wgląd w sytuację rodziny.

3.3.2.2. *Współpraca sądów z rodzinami*⁴⁵

Sądy opiekuńcze w znikomym stopniu podejmowały współpracę z rodzinami. Najczęstszą aktywnością sądów było uzyskiwanie informacji od podopiecznych na temat wykonania przez nich obowiązków nałożonych przez sądy (14 spraw – 7,2%). W 7 sprawach (3,6%) sądy orzekły wobec rodziców dodatkowe zobowiązanie do określonego postępowania, a w 6 sprawach (3,1%) wezwały rodziców do wykonania nałożonego przez sądy obowiązku postępowania. W 2 sprawach (1%) sądy rozpatrzyły wniosek rodziców o przywrócenie władzy rodzicielskiej, zaś w 1 sprawie (0,5%) sąd wezwał dziecko do stawieństwa w instytucji pomocowej wskazanej w orzeczeniu. Sądy incydentalnie nawiązywały bezpośrednią relację z podopiecznymi – w 6 sprawach (3,1%) sądy spotkały się z rodzinami /rodzicami, a w 3 sprawach (1,5%) z rodzicami i kuratorem sądowym.

3.3.2.3. *Współpraca sądów z kuratorami sądowymi*⁴⁶

Działalność sądów opiekuńczych skierowana wobec kuratorów sądowych polegała przede wszystkim na dwóch aktywnościach, tj. przeprowadzeniu z udziałem kuratorów sądowych posiedzeń wykonawczych oraz zwracaniu się do ZSKK o przeprowadzenie wywiadu środowiskowego.

W przypadku 38 spraw (21,1%) sądy przeprowadziły posiedzenie wykonawcze z udziałem kuratorów sądowych, a w trzech sprawach (1,6%) z udziałem kuratorów sądowych oraz rodziców. Łącznie kuratorzy sądowi uczestniczyli w 110 posiedzeniach wykonawczych.

Kuratorzy sądowi w przypadku 25 spraw (13,9%) otrzymali od sądów zlecenie w przedmiocie przeprowadzenia wywiadu środowiskowego. Łącznie kuratorzy sądowi zrealizowali 51 wywiadów środowiskowych. W 6 sprawach (3,3%) sąd wezwał kuratora do przedłożenia sprawozdania z nadzoru.

⁴⁵ Pytanie miało charakter wielokrotnego wyboru. Podane wyniki analizy odnoszą się do ogółu badanych spraw, tj. 193 spraw.

⁴⁶ Pytanie miało charakter wielokrotnego wyboru. Podane wyniki analizy odnoszą się do ogółu spraw, w których ustanowiony został nadzór kuratora sądowego, tj. 179 spraw.

3.4. Charakterystyka czynności podejmowanych przez kuratorów sądowych w odniesieniu do rodzin, sądów oraz instytucji pomocowych w toku postępowania wykonawczego⁴⁷

3.4.1. Współpraca kuratorów sądowych z rodzinami⁴⁸

Kuratorzy sądowi pozostawali w stałej relacji zarówno z podopiecznym, jak i z ich rodzinami. Ich działania koncentrowały się na utrzymywaniu bezpośredniego kontaktu (telefonicznego bądź osobistego) z podopiecznymi (176 spraw – 98,3%), przeprowadzeniu rozmów (telefonicznych bądź osobistych) z członkami rodzin podopiecznego (163 sprawy – 91%), a także na przeprowadzaniu rozmów osobistych z sąsiadami podopiecznego (94 sprawy – 52,5%). Kuratorzy sądowi dokonywali rozmów ostrzegawczych z podopiecznymi w siedzibie ZSKK (38 spraw – 21,2%), a w 6 sprawach (3,4%) rozmowy ostrzegawcze kuratorzy sądowi zrealizowali z członkami rodzin podopiecznego.

3.4.2. Współpraca kuratorów sądowych z instytucjami pomocowymi⁴⁹

Kuratorzy sądowi w 166 sprawach (92,7%) podejmowali współpracę z instytucjami pomocowymi na rzecz poprawy sytuacji rodziny podopiecznego i jej poszczególnych członków.

Nawiązanie przez kuratora sądowego współpracy z instytucjami było każdorazowo uzależnione od indywidualnej sytuacji rodziny i jej członków (np. posiadane problemy, gotowość nawiązania i podtrzymywania kontaktu z instytucjami), ale także otwartości kuratora sądowego i instytucji w zakresie inicjowania i kontynuowania współpracy oraz lokalnych zasobów pomocy rodzinie.

Kuratorzy sądowi najczęściej współpracowali z placówkami oświatowymi/opiekuńczymi, tj. szkołą, przedszkolem, żłobkiem (137 spraw – 76,5%), OPS (77 spraw – 43%), a także policją (65 spraw – 36,3%). Z pozostałymi instytucjami kuratorzy sądowi współpracowali jedynie na poziomie kilkunastu/kilku procent.

Współpraca kuratorów sądowych z instytucjami oświatowymi/opiekuńczymi opierała się przede wszystkim na systematycznym utrzymywaniu kontaktu osobistego bądź telefonicznego z wychowawcami, psychologami, pedagogami szkolnymi i wymianie informacji na temat funkcjonowania dziecka w szkole, zaangażowania rodziców w proces edukacyjny dziecka. We współpracy tych instytucji można było zauważyć dążenie do wypracowania wspólnego stanowiska w zakresie tego, jak można pomóc dziecku i jego rodzinie.

Współpraca z pracownikami OPS opierała się bądź na systematycznej wymianie informacji o rodzinie, bądź wyłącznie na jednorazowym/kilkurazowym kontakcie dotyczącym ustalenia tego, z jakich form wsparcia może korzystać rodzina. Nie w każdym

⁴⁷ Pomoc sądu opiekuńczego w analizowanych sprawach opierała się przede wszystkim na ustanawianiu nadzoru kuratora sądowego. W takiej sytuacji niezbędne okazało się scharakteryzowanie i ocenienie aktywności przedstawicieli tej instytucji w toku postępowania wykonawczego. Analiza koncentrowała się na ocenie działań podejmowanych przez kuratorów sądowych wobec rodzin, sądu opiekuńczego oraz instytucji pomocowych. Nie obejmowała więc aktywności „wewnętrznych”, jak np. przeprowadzenie kontroli prowadzonego nadzoru, a wyłącznie aktywności „zewnątrzne” nakierunkowane na współpracę z osobami i instytucjami.

⁴⁸ Pytanie miało charakter wielokrotnego wyboru. Podane wyniki analizy odnoszą się do ogółu spraw, w których ustanowiony został nadzór kuratora sądowego, tj. 179 spraw.

⁴⁹ Pytanie miało charakter wielokrotnego wyboru. Podane wyniki analizy odnoszą się do ogółu spraw, w których ustanowiony został nadzór kuratora sądowego, tj. 179 spraw.

przypadku współpraca tych instytucji opierała się na systematyczności i dążeniu do ustalenia planu pomocy rodzinie.

Współpraca z policją opierała się wyłącznie na wymianie informacji na temat funkcjonowania rodziny, w szczególności w zakresie tego, czy w rodzinie nie dochodziło do interwencji policji. We współpracy tych instytucji rzadko można było zauważyć dążenie do wypracowania wspólnego planu pomocy dziecku i rodzinie. Zauważalna była jednak systematyczność kontaktów.

Współpraca instytucji bardzo często polegała wyłącznie na przekazywaniu informacji na temat funkcjonowania rodziny. Natomiast w znikomym zakresie odbywały się spotkania lokalnych przedstawicieli służb pomocy rodzinie w celu omówienia sytuacji rodziny. Ponadto zauważono, że współpraca służb nie opierała się na zasadzie interdyscyplinarności, a główną osobą, posiadającą szczegółowe informacje o rodzinie, był kurator sądowy, i tym samym to na jego osobie skupiały się cechy koordynatora służb pomocy rodzinie. Dodatkowo, we współpracy na rzecz pomocy rodzinie bardzo rzadko były zaangażowane instytucje wyspecjalizowane takie jak np. poradnie uzależnień.

Tabela 7

Współpraca kuratorów sądowych z instytucjami pomocowymi

Instytucja	Liczba spraw	Procenty (179)
Placówki oświatowe/opiekuńcze	137	76,5
OPS	77	43
Policja	65	36,3
Asystent rodziny	26	14,5
Placówki leczenia uzależnień	21	11,7
Zespoły interdyscyplinarne/grupy robocze	16	8,9
Poradnie pedagogiczno-psychologiczne	16	8,9
Gminna komisja rozwiązywania problemów alkoholowych	12	6,7
Kurator karny	11	6,1
Placówki zdrowia	7	3,9
Kontakt z sądem rodzinnym – leczenie odwykowe	7	3,9
Urząd miasta	7	3,9
Organizacje pozarządowe	5	2,7
Młodzieżowy ośrodek wychowawczy	3	1,6
Prokuratura	3	1,6
Ośrodek interwencji kryzysowej	2	1,1
Ośrodek wsparcia dziecka i rodziny	2	1,1
Świetlica środowiskowa	1	0,5
Kurator dla nieletnich	1	0,5
Izba wytrzeźwień	1	0,5
Sąd karny	1	0,5
Ośrodek wczesnego wspomagania rozwoju dzieci	1	0,5
Ośrodek rehabilitacji i readaptacji	1	0,5
Ośrodek wsparcia rodziny	1	0,5
Rodzinne pogotowie opiekuńcze	1	0,5
Specjalistyczna placówka wsparcia dziennego	1	0,5
Kościoty/związki wyznaniowe	0	0

Źródło: opracowanie własne.

3.4.3. Współpraca kuratorów sądowych z sądem⁵⁰

Działania kuratorów sądowych opierały się przede wszystkim na zgłaszaniu wniosków w przedmiocie zakończenia postępowania wykonawczego poprzez jego umorzenie albo przez przywrócenie rodzicom pełnej władzy rodzicielskiej (164 sprawy – 91,6%).

Pozostałe aktywności oscylowały jedynie na poziomie kilkunastu/kilku procent i polegały na składaniu wniosków w przedmiocie: zmiany formy ograniczenia władzy rodzicielskiej (19 spraw – 10,6%), przeprowadzenia z podopiecznym rozmowy ostrzegawczo-pouczającej (4 sprawy – 2,2%), wyznaczenia posiedzenia wykonawczego (3 sprawy – 1,6%), skierowania członków rodziny na badania do RODK/OZSS (2 sprawy – 1,1%), a także pozbawienia rodzica władzy rodzicielskiej (1 sprawa – 0,5%).

Analizując powyższe dane, należy pamiętać, że kuratorzy sądowi uczestniczyli też w posiedzeniach wykonawczych, podczas których wyrażali oni swoje stanowisko dotyczące funkcjonowania danej rodziny⁵¹.

4. WNIOSKI I REKOMENDACJE

4.1. Wnioski

Przeprowadzone badania empiryczne pozwalają na wyróżnienie następujących obserwacji oraz wniosków dotyczących art. 109 k.r.o. jako jednej z form pomocy rodzinie:

- w chwili wszczęcia postępowania sądowego ponad połowa rodzin (67,4%) miała problemy finansowe, a blisko 1/3 rodzin – złe warunki mieszkaniowe. Ponad połowa dzieci (57,4%) borykała się z problemem uzależnienia od alkoholu rodziców/rodzica. Dzieci często były także świadkami konfliktów rodzinnych (32,8%), posiadały trudności w nauce (31,6%) oraz obserwowały stosowanie przemocy domowej przez ojca na szkodę matki (31,3%). Jedynie 4,3% małoletnich dzieci nie posiadało żadnych indywidualnych problemów oraz trudności. Najczęstszymi problemami kobiet było posiadanie przez nie niskich kompetencji wychowawczych (55,7%), zmaganie się z problemem alkoholowym męża/partnera (38,4%), uczestniczenie w konfliktach rodzinnych (33,6%), doświadczanie przemocy domowej ze strony mężów/partnerów (30,5%). Wszystkie kobiety borykały się z indywidualnymi problemami oraz trudnościami. Natomiast ojcowie najczęściej posiadali niskie kompetencje wychowawcze (55,5%), zmagali się z problemem alkoholowym (43,5%), uczestniczyli w konfliktach rodzinnych (28%), dopuszczali się przemocy na szkodę swojej żony lub partnerki (28%), nie wykazywali zainteresowania dzieckiem lub porzucili je (23,1%);

⁵⁰ Pytanie miało charakter wielokrotnego wyboru. Podane wyniki analizy odnoszą się do ogółu spraw, w których został ustanowiony nadzór kuratora sądowego, tj. 179 spraw.

⁵¹ Więcej na ten temat w rozdziale 3.3.2.3.

- sądy w stosunku do 70,4% dzieci ograniczyły władzę rodzicielską matce, a w stosunku do 66,4% dzieci ograniczyły władzę rodzicielską ojcu. Ograniczenie władzy rodzicielskiej i tym samym udzielenie pomocy rodzinie przez sąd w zdecydowanej większości przypadków polegało na ustanowieniu nadzoru kuratora sądowego (wobec matek – 87,7%, a wobec ojców – 78,4%). Sądy bardzo rzadko decydowały się na inne formy udzielania pomocy rodzinie. Sądy w znikomym stopniu (2,1%) odnosiły się w swoich orzeczeniach bezpośrednio do osoby dziecka;
- w aktach spraw brakowało informacji na temat udzielenia pomocy rodzinie, dzieciom, matkom, ojcom przez instytucje pomocowe. Brak informacji oscylował na poziomie ok. 90%. W pozostałym zakresie badania wykazały, że rodzina, dzieci, matki, ojcowie w znikomym stopniu korzystali ze wsparcia instytucji pomocowych. Ustalono, że małoletnie dzieci najczęściej korzystały z pomocy placówek oświatowych/opiekuńczych, poradni psychologiczno-pedagogicznych, placówek ochrony zdrowia, placówek ochrony zdrowia psychicznego. Matki przeważnie znajdowały się pod opieką ośrodków pomocy społecznej, placówek ochrony zdrowia psychicznego, poradni psychologiczno-pedagogicznych, placówek zdrowia, ośrodków interwencji kryzysowej, placówek leczenia uzależnień. Ojcowie byli objęci wsparciem przede wszystkim placówek leczenia uzależnień, kuratora sądowego, placówek ochrony zdrowia psychicznego, placówek ochrony zdrowia, poradni psychologiczno-pedagogicznych, sądu opiekuńczego w przedmiocie obowiązkowego leczenia odwykowego. Natomiast w udzielenie pomocy rodzinie były najczęściej zaangażowane ośrodki pomocy społecznej, policja, zespoły interdyscyplinarne/grupy robocze;
- decyzję o tym, czy i w jaki sposób sądy opiekuńcze powinny pomóc rodzinie podejmowane były przede wszystkim w oparciu o informacje przekazywane przez kuratorów sądowych (dla których przeprowadzenie wywiadu środowiskowego bardzo często było pierwszym kontaktem z rodziną) oraz informacje przekazywane przez rodziców. Sądy jedynie wyjątkowo przeprowadzały wysłuchania dzieci i wyjątkowo korzystały z pomocy specjalistów (biegli sądowi, RODK/OZSS) mogących przekazać im wiadomości na temat deficytów, potrzeb rodziny oraz najbardziej adekwatnych form udzielania jej pomocy;
- sądy opiekuńcze nie były organami inicjującymi i podtrzymującymi kontakt z instytucjami pomocowymi, a także z rodzinami. Aktywność sądów w postępowaniu wykonawczym sprowadzała się przede wszystkim do współpracy z kuratorami sądowymi ustanowionymi na podstawie art. 109 k.r.o.;
- instytucje pomocowe bardzo rzadko zwracały uwagę sądu opiekuńczego na potrzebę udzielenia wsparcia rodzinie bądź zmiany jej formy w toku postępowania wykonawczego;
- współpraca instytucji pomocowych bardzo często opierała się wyłącznie na przekazywaniu informacji na temat funkcjonowania rodziny;
- w znikomym zakresie odbywały się spotkania lokalnych przedstawicieli służb pomocy rodzinie w celu omówienia sytuacji rodziny. Współpraca służb nie opierała się na zasadzie interdyscyplinarności.

- główną osobą, posiadającą szczegółowe oraz bieżące informacje o rodzinie był kurator sądowy;
- kuratorzy sądowi byli w całości odpowiedzialni za utrzymywanie bezpośredniego kontaktu z podopiecznym, jego rodzinami oraz instytucjami pomocowymi (wszystkie podkr. – autorki). W sytuacji ustanowienia kuratora, sąd nie inicjował i nie utrzymywał kontaktu z rodziną oraz instytucjami pomocowymi.

4.2. Rekomendacje

Dokonane ustalenia umożliwiają sformułowanie następujących rekomendacji:

- brakuje rozwiązań skupiających się na rozwijaniu umiejętności wychowawczych rodziców. Konieczne jest wprowadzenie rozwiązań profilaktycznych podnoszących świadomość rodziców w zakresie konstruktywnych metod wychowawczych oraz pozytywnego rodzicielstwa. Konieczne wydaje się upowszechnianie wiedzy o dobrym rodzicielstwie poprzez np. organizowanie kampanii społecznych, wprowadzenie do programu „Szkół rodzenia”, wiadomości dotyczących wychowywania dzieci, ich potrzeb oraz systemu funkcjonowania rodziny, przekazywanie rodzicom (w szkołach, przedszkolach, żłobkach) informacji o warsztatach, szkoleniach dotyczących dobrego rodzicielstwa, a także bezpośrednie przekazywanie im publikacji w ww. zakresie. Inspiracją tworzonych działań może być program *Triple P – Positive Parenting Program* (Program Pozytywnego Rodzicielstwa) wdrożony m.in. w Austrii, Nowej Zelandii, Stanach Zjednoczonych, Wielkiej Brytanii, Belgii, Niemczech, Holandii;
- brakuje rozwiązań podnoszących wiedzę oraz umiejętności komunikacyjne. Konieczne jest wprowadzenie rozwiązań profilaktycznych odnoszących się do mediacyjnych sposobów rozwiązywania sporów, zarządzania konfliktami i nieporozumieniami. Powyższe może zostać zrealizowane przez organizowanie kampanii społecznych, wprowadzenie do systemu edukacji zajęć w ww. zakresie;
- niezbędne jest dalsze prowadzenie działań profilaktycznych odnoszących się do wskazywania negatywnych skutków spożywania alkoholu oraz promujących zdrowy styl życia;
- placówki oświatowe i opiekuńcze powinny opracować oraz stosować procedury zgłaszania podejrzeń oraz podejmowania interwencji w sytuacji krzywdzenia dziecka lub zagrożenia jego bezpieczeństwa ze strony osób obcych, członków rodziny, personelu placówki oraz rówieśników;
- powinien zostać wprowadzony lokalny system pomocy rodzinie, zrzeszający przedstawicieli różnych instytucji pomocowych skoncentrowanych na pracy z dzieckiem oraz rodziną. Celem lokalnego systemu pomocy rodzinie byłaby identyfikacja rodzin przeżywających trudności bądź zagrożonych tymi trudnościami, a następnie zaoferowanie im kompleksowej i adekwatnej formy pomocy. System pomocy rodzinie opierałby się na zasadzie interdyscyplinarności, z jednoczesnym uwzględnieniem koordynatora tych służb;
- sądy opiekuńcze powinny chętniej korzystać z posiadanego wachlarza rozwiązań udzielania pomocy rodzinie. Obecnie pomoc udzielana przez sąd

skupia się przede wszystkim na ustanawianiu nadzorów kuratorów sądowych. Sądy zbyt rzadko decydują się na skierowanie rodzin do innych służb pomocowych oraz skorzystania z innych form pomocy rodzinie;

- sądy opiekuńcze w przypadku stwierdzenia stosowania w rodzinie przemocy powinny obligatoryjnie zobowiązywać sprawców do udziału w specjalistycznych zajęciach korekcyjno-edukacyjnych;
- niezbędne jest wszechstronne określenie udziału sądów w postępowaniu wykonawczym, w tym sprecyzowanie współpracy sądów z osobami i instytucjami trzecimi, a także – przede wszystkim – z samą rodziną. Obecnie obowiązujące regulacje prawne zawierają jedynie pobieżne wytyczne w tym zakresie. Należy więc całkowicie poprzeć wyrażane w tym zakresie stanowiska prezentowane przez Sąd Najwyższy⁵² oraz Stowarzyszenie Sędziów Rodzinnych w Polsce⁵³.

Abstract

Monika Horna-Cieślak, Orders Issued by a Guardianship Court on the Basis of Article 109 of the Family and Guardianship Code as a Form of Support for a Family, in the Light of Case File Studies

The article presents the results of court files studies related to orders issued by guardianship courts on the basis of Article 109 of the Family and Guardianship Code, as one of forms of supporting the family. The analyses focused on the functioning of a family and its particular members (minors and their parents), guardianship courts and support institutions in situations which are difficult for the family, i.e. in cases of a threat to the child's best interests. In the course of the studies, it was determined inter alia that, in most cases, the support granted to the family by guardianship courts consisted in appointing a court guardian to supervise the family; that rulings of guardianship courts contained a negligible number of direct references to the child; as well that the decision whether and how guardianship courts should help the family were made mainly based on information passed on by court guardians and only in exceptional cases was the child interviewed and only exceptionally was expert's supports sought, where said experts were able to provide information on a given family's deficits and needs, and the most adequate forms of support for the family.

Keywords: *child's best interests, threat to the child's best interests, support for family, family law*

Streszczenie

Monika Horna-Cieślak, Zarządzenia wydawane przez sąd opiekuńczy na podstawie art. 109 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego jako forma pomocy rodzinie w świetle badania akt sądowych

Artykuł stanowi prezentację wyników badania akt sądowych dotyczących zarządzeń wydawanych przez sąd opiekuńczy na podstawie art. 109 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego jako jednej z form świadczenia pomocy rodzinie. Przeprowadzone analizy koncentrowały się

⁵² Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego, *Uwagi o stwierdzonych nieprawidłowościach i lukach w prawie*, Warszawa 2017, s. 55.

⁵³ Uchwała XVII Kongresu Stowarzyszenia Sędziów Rodzinnych w Polsce, Zakopane, 10.09.2015 r., <http://www.sssrwp.pl/aktualnosci.php?typ=uc&art=150&start=0&irek=26> (dostęp: 3.12.2019 r.).

na problematyce funkcjonowania rodziny i jej poszczególnych członków (mалоletnich dzieci oraz ich rodziców), sądów opiekuńczych i instytucji pomocowych w sytuacji trudnej dla rodziny, tj. sytuacji zagrożenia dobra dziecka. W toku prowadzonych badań aktowych ustalono m.in., że udzielenie pomocy rodzinie przez sąd opiekuńczy w zdecydowanej większości przypadków polegało na ustanowieniu nadzoru kuratora sądowego; sądy opiekuńcze w znikomym stopniu odnosiły się w swoich orzeczeniach bezpośrednio do osoby dziecka, a także iż decyzję o tym, czy i w jaki sposób sądy opiekuńcze powinny pomóc rodzinie podejmowane były przede wszystkim w oparciu o informacje przekazywane przez kuratorów sądowych, a jedynie wyjątkowo przeprowadzano wysłuchania dzieci i wyjątkowo korzystano z pomocy specjalistów mogących przekazać im wiadomości na temat deficytów, potrzeb rodziny oraz najbardziej adekwatnych form udzielania jej pomocy.

Słowa kluczowe: dobro dziecka, zagrożenie dobra dziecka, pomoc rodzinie, prawo rodzinne

Literatura:

1. Długoszewska I., *Przesłanki oraz skutki ograniczenia i pozbawienia władzy rodzicielskiej*, Warszawa 2012;
2. Domański M., *Wybrane zagadnienia orzekania o umieszczeniu dziecka w pieczy zastępczej*, https://www.iws.org.pl/pliki/files/IWS_Doma%C5%84ski%20M._Wybrane%20zagadnienia%20orzekania%20o%20umieszczeniu%20dziecka%20w%20pieczy%20zast%C4%99pczej%282%29.pdf;
3. Gajda J. [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2018;
4. Ignaczewski J. [w:] *Władza rodzicielska i kontakty z dzieckiem. Komentarz*, red. J. Ignaczewski, Warszawa 2012;
5. Ignatowicz J. [w:] *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, red. J.S. Piątowski, Wrocław 1985;
6. Ignatowicz J. [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2012;
7. Jagielski K., *Istota i treść władzy rodzicielskiej*, *Studia Cywilistyczne* 1963, t. III;
8. Łapiński A., *Ograniczenia władzy rodzicielskiej w polskim prawie rodzinnym*, Warszawa 1975;
9. Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego, *Uwagi o stwierdzonych nieprawidłowościach i lukach w prawie*, Warszawa 2017;
10. Słyk J. [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Osajda, Warszawa 2018;
11. A. Zieliński A., *Sądownictwo opiekuńcze w sprawach małoletnich*, Warszawa 1975.

Rafał Łukasiewicz*

Dane przesłaniające w akcie urodzenia dziecka w świetle najnowszego orzecznictwa NSA – potencjalne wyzwania i zmiany prawa**

1. WSTĘP

Prawo o aktach stanu cywilnego w ścisły sposób sprzężone jest z regulacjami Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego¹ dotyczącymi filiacji. Reguły prawa rodzinnego opierają się na biologicznie uzasadnionym założeniu, że dziecko pochodzi zawsze od kobiety (matki) i mężczyzny (ojca). Dane rodziców są wpisywane do aktu urodzenia dziecka, przy czym ojciec – w przeciwieństwie do kobiety, której macierzyństwo jest ustalane na podstawie zasady *mater semper certa est* – jest wskazywany na podstawie uprzednio ustalonego macierzyństwa. Polskie prawo stoi na stanowisku, że akt urodzenia dziecka powinien zawierać dane obojga rodziców (ojca i matki), nawet jeżeli oboje rodzice albo ojciec są nieznani. Ustawa z 28.11.2014 r. – Prawo o aktach stanu cywilnego posługuje się w takich sytuacjach konstrukcją tzw. danych przesłaniających². Jeśli nieznany jest ojciec dziecka, a więc nie zastosowano domniemania pochodzenia dziecka od męża matki, nie nastąpiło uznanie ojcostwa albo sądowe ustalenie ojcostwa, wówczas w akcie urodzenia zamieszcza się jako imię ojca imię wskazane przez osobę zgłaszającą urodzenie, a w razie braku takiego wskazania w akcie urodzenia zamieszcza się jako imię ojca imię wybrane przez kierownika urzędu stanu cywilnego; jako nazwisko ojca i jego nazwisko rodowe zamieszcza się nazwisko matki z chwili urodzenia dziecka, z adnotacją o wpisaniu nazwiska matki i wybranego imienia jako danych ojca (art. 61 p.a.s.c.). Jeśli natomiast nieznani są oboje rodzice, np. dziecko zostało znalezione w tzw. oknie życia, wówczas sąd opiekuńczy ustala dane dotyczące urodzenia dziecka po zasięgnięciu opinii osoby, pod opieką której dziecko się znajduje, nadaje dziecku nazwisko i imię oraz określa, jakie imiona rodziców i nazwiska rodowe będą zamieszczone w akcie urodzenia. Nazwisko nadane dziecku zamieszcza się jako nazwisko rodziców. W przypadku

* Autor jest doktorem nauk prawnych w Instytucie Nauk Prawnych Kolegium Nauk Społecznych Uniwersytetu Rzeszowskiego, Polska, ORCID 0000-0003-4054-7492, e-mail: lukasiewiczrafal@op.pl; rlukasiewicz@ur.edu.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 13.03.2020 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 28.05.2020 r.

¹ Ustawa z 25.02.1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. z 2019 r. poz. 2086).

² Ustawa z 28.11.2014 r. – Prawo o aktach stanu cywilnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r. poz. 2224 ze zm.) – dalej p.a.s.c.

nieustalenia miejsca urodzenia dziecka za miejsce urodzenia uznaje się miejsce znalezienia dziecka (art. 62 p.a.s.c.).

Celem niniejszego artykułu jest skonfrontowanie zasad, na których opiera się konstrukcja tzw. danych przesłaniających z konsekwencjami ostatnich orzeczeń Naczelnego Sądu Administracyjnego (dalej NSA). Przyczynkiem do przedstawionej analizy jest niedawna uchwała 7 sędziów NSA z 2.12.2019 r., która wyraża dominujące do tej pory przekonanie o niemożliwości transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia dziecka, w którym jako rodzice zostały wpisane dwie kobiety³. Równocześnie orzeczenie to dopuściło możliwość wydania dziecku, którego dotyczy zagraniczny akt urodzenia, polskich dokumentów takich jak paszport oraz nadanie mu numeru PESEL. Wypada jednak podnieść, że wskazana uchwała NSA nie prowadzi w praktyce do pełnego rozwiązania trudności z uzyskaniem polskich dokumentów przez dziecko, którego rodzicami w świetle zagranicznego aktu urodzenia są rodzice jedнопłciowi⁴. W opracowaniu analiza danych przesłaniających obejmować będzie także odpowiedź na pytanie, jakie dane rodziców mają być wpisywane w toku poszczególnych postępowań administracyjnych, w sytuacji, w jakiej nie doszło do transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia ze względu na inny niż naturalny (mężczyzna i kobieta) układ rodziców wskazanych w tym akcie.

Rozstrzygnięcia przedstawione w uchwale NSA z 2.12.2019 r. trudno nie skonfrontować z niedawnymi orzeczeniami NSA, które dopuszczały transkrypcję aktu urodzenia w przypadkach, w których do tej pory nie było to aprobowane. Mowa tu o wyroku NSA z 10.10.2018 r. dotyczącym dopuszczalności częściowej transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia, w którym jako rodziców wskazano dwie kobiety oraz wyroku NSA z 29.08.2018 r., który umożliwił transkrypcję aktu urodzenia dziecka urodzonego przez matkę zastępczą, w którym jako rodzica wpisano wyłącznie rodzica (ojca) intencyjnego⁵. Orzeczenia te w istotny sposób mogły wpływać na dotychczasowe zasady sporządzania aktów stanu cywilnego w zakresie tzw. danych przesłaniających. Dotykają one też wielu innych problemów badawczych, na których analizę nie pozwala zakres niniejszego artykułu⁶.

³ Uchwała NSA z 2.12.2019 r., II OPS 1/19, LEX nr 2746435. Analiza problematyki transkrypcji aktu urodzenia uwzględniająca wskazaną uchwałę NSA w: P. Mostowik, *O żądaniach wpisu w polskim rejestrze stanu cywilnego zagranicznej fikcji prawnej pochodzenia dziecka o „rodziców jedнопłciowych”*, „Forum Prawnicze” 2019/6(56), s. 3–29.

⁴ Wskazują na to opisywane w mediach problemy z wydaniem dokumentów, które miały miejsce już po uchwale NSA z 2.12.2019 r., <https://wyborcza.pl/7,75398,25913483,wiktor-ma-juz-niemal-piec-lat-ale-swoich-dokumentow-wciaz-nie.html> (dostęp: 28.05.2020 r.); <https://www.polityka.pl/tygodnikpolityka/spoleczenstwo/1941964,1,victor-nie-dostanie-polskiego-paszportu-bo-ma-dwie-mamy.read> (dostęp: 28.05.2020 r.).

⁵ Wyroki NSA: z 10.10.2018 r., II OSK 2552/16, LEX nr 2586953; z 29.08.2018 r., II OSK 2129/16, LEX nr 2563851.

⁶ M.in. zastosowania klauzuli porządku publicznego; relacji art. 107 i 104 ust. 5 p.a.s.c.; szczególnych spraw administracyjnych powiązanych z takimi kwestiami jak obywatelstwo dziecka czy uzyskanie paszportu lub dowodu osobistego. Szerzej P. Mostowik, *Problem rejestracji w polskich aktach urodzenia dziecka od „rodziców jedнопłciowych” na tle orzecznictwa sądów administracyjnych w 2018 r.*, Warszawa 2019; P. Mostowik, *Głos do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 10 października 2018 r. (sygn. akt II OSK 2552/16, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2019/4(85), s. 132–148; P. Mostowik, *Problem obywatelstwa dziecka prawdopodobnie pochodzącego od obywatela polskiego niebędącego mężem surrogate mother. Uwagi aprobujące wyroki NSA z 6 maja 2015 r. (II OSK 2372/13 oraz II OSK 2419/13)*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” MMXVIII, vol. XVI, s. 55–75; M. Pilich, *Mater semper certa est? Kilka uwag o skutkach zagranicznego macierzyństwa zastępczego z perspektywy stosowania klauzuli porządku publicznego*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” MMXVIII, Vol. XVI, s. 7–37; P. Kasprzyk [w:] *Podręcznik Urzędnika Stanu Cywilnego*, t. 2, *Obrót prawny z zagranicą w zakresie rejestracji stanu cywilnego*, red. P. Kasprzyk, Lublin 2019, s. 308–310.*

W związku z tym uwaga zostanie skoncentrowania jedynie na zagadnieniu danych wpisywanych do polskiego aktu urodzenia (ewentualnie innych dokumentów) w sytuacji, gdy zagraniczny akt urodzenia dziecka zawiera dane rodziców jedno- i dwójki albo jedynie dane ojca. Przedstawione zostaną także wyzwania, przed jakimi mogą w niedalekiej przyszłości stanąć polskie organy administracyjne oraz sądy, jak również potencjalne kierunki zmian prawa polskiego.

2. BRAK ZASTOSOWANIA TZW. DANYCH PRZESŁANIAJĄCYCH W NAJNOWSZYM ORZECZNICTWIE NSA

We wspomnianej uchwale z 2.12.2019 r. Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, że transkrypcja zagranicznego aktu urodzenia, w którym jako rodzice wpisane są dwie kobiety jest niedopuszczalna⁷. Równocześnie uznano, że brak transkrypcji nie stoi na przeszkodzie wydaniu paszportu czy nadaniu numeru PESEL⁸. W kontekście analizowanej problematyki danych przesłaniających, należy zwrócić uwagę, że w paszporcie nie zostają wpisane dane rodziców osoby, dla której paszport ten został wydany⁹. Wobec tego nie pojawia się tu wątpliwość, co zrobić, gdy w zagra-

⁷ Por. wyroki NSA: z 17.12.2014 r., II OSK 1298/13, LEX nr 1772336; z 20.06.2018 r., II OSK 1808/16, LEX nr 2513922; a także wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego (dalej WSA) w Gliwicach z 6.04.2016 r., LEX nr 2035383; wyrok WSA w Krakowie z 10.05.2016 r., III SA/Kr 1400/15, LEX nr 2056842 (nieprawom.); wyrok WSA w Warszawie z 14.04.2016 r., IV SA/Wa 182/16, LEX nr 2459345 (nieprawom.). Zgodnie z opinią Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 10.04.2019 r. (wniosek nr P16–2018–001) brak w świetle art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r. [Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.]) konieczności uznania relacji między dzieckiem a małżeństwem przez wpis do rejestru stanu cywilnego treści zagranicznego aktu urodzenia.

⁸ Należy przy tym zauważyć, że pogląd o obligatoryjnym wymogu przedstawienia polskiego aktu urodzenia (transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia) w razie ubiegania się o polski dokument tożsamości lub ubiegania się o numer PESEL (zob. też druk sejmowy nr 2620, s. 49, Sejm VII kadencji) może być oparty nie tylko na treści podnoszonego w analizowanych sprawach art. 104 ust. 5 p.a.s.c., ale także na innych podstawach normatywnych. Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy z 24.09.2010 r. o ewidencji ludności (tekst jedn.: Dz.U. z 2019 r. poz. 1397 – dalej u.e.l.) w rejestrze PESEL gromadzone są dane obywateli polskich zamieszkujących na terytorium RP oraz poza granicami RP w związku z ubieganiem się o polski dokument tożsamości. Zgodnie z art. 8 u.e.l. w rejestrze PESEL i rejestrach mieszkańców gromadzone są m.in. następujące dane: imiona i nazwiska rodziców (pkt 3) oraz oznaczenie aktu urodzenia i urzędu stanu cywilnego, w którym został on sporządzony (pkt 8). To z kolei może wskazywać, że polski akt urodzenia jest niezbędny, aby zostały wpisane wszystkie dane, które powinien obejmować rejestr PESEL. O zagranicznym akcie urodzenia, który nie podlega transkrypcji trudno bowiem mówić, że został sporządzony w urzędzie stanu cywilnego (polskim), choć przecież na podstawie art. 1138 Kodeksu postępowania cywilnego (ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego [Dz.U. z 2019 r. poz. 1460 ze zm.] – dalej k.p.c.) powinien być traktowany na równi z polskim aktem urodzenia. Użycie koniunkcji „i urzędu stanu cywilnego, w którym został on sporządzony” wydaje się jednak wyrażać intencję ustawodawcy wskazania polskiego aktu stanu cywilnego. Zgodnie natomiast z art. 12 pkt 1 lit. h ustawy z 6.08.2010 r. o dowodach osobistych (tekst jedn.: Dz.U. z 2019 r. poz. 653 – dalej u.d.o.) jako jeden z elementów dowodu osobistego wymienia on numer PESEL. Na powiązanie szczególnych postępowań z kwestią transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia wskazują też kolejne przepisy. W myśl § 9 ust. 2 *in principio* rozporządzenia MSWiA z 7.01.2020 r. w sprawie wzoru dowodu osobistego, jego wydania i odbioru oraz utraty, uszkodzenia, unieważnienia i zwrotu (Dz.U. z 2020 r. poz. 31) w przypadku, gdy dane zawarte we wniosku nie są zgodne z danymi zawartymi w Rejestrze Dowodów Osobistych lub rejestrze PESEL, organ gminy może, w celu wyjaśnienia niezgodności, żądać od wnioskodawcy skróconego odpisu polskiego aktu urodzenia. Na uwagę zasługuje także § 3 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia MSWiA z 16.08.2010 r. w sprawie dokumentów paszportowych (Dz.U. z 2010 r. Nr 152, poz. 1026), zgodnie z którym osoba ubiegająca się o wydanie paszportu albo paszportu tymczasowego składa odpis skrócony lub zupełny polskiego aktu urodzenia – w przypadku ubiegania się o dokument paszportowy za granicą przez osoby nieposiadające numeru PESEL (wszystkie podkr. – autora).

⁹ Choć podanie danych rodziców jest wymagane we wniosku o wydanie paszportu (art. 13a ust. 1 pkt 5 ustawy z 13.07.2006 r. o dokumentach paszportowych [tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r. poz. 1919] – dalej u.d.p.) oraz są one gromadzone w Centralnej ewidencji wydanych i unieważnionych dokumentów paszportowych (art. 46 ust. 3 pkt 3 u.d.p.).

nicznym akcie urodzenia wpisani są jako rodzice osoby jednej płci. W analizowanym stanie faktycznym zastosowanie ma art. 1138 k.p.c., zgodnie z którym zagraniczne dokumenty urzędowe mają moc dowodową na równi z polskimi dokumentami urzędowymi i w związku z tym można na podstawie zagranicznego aktu urodzenia wydać dokument paszportowy¹⁰. Warto przy tym przypomnieć, że to odmowa wydania paszportu, wynikająca z braku transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia – innymi słowy brak polskiego aktu urodzenia – było początkiem tej i podobnych spraw rozstrzyganych przez polskie sądy.

Rozważania na temat danych przesłaniających pozostają jednak aktualne w odniesieniu do innych dokumentów, w których wpisywani są rodzice dziecka, w szczególności dowodu osobistego. Zgodnie z art. 12 pkt 1 u.d.o. w dowodzie osobistym zamieszcza się dane dotyczące osoby, m.in. imiona rodziców (lit. d), co może rodzić trudności¹¹. Jeżeli zagraniczny akt urodzenia zawiera w miejscu przeznaczonym na dane rodziców np. dwie osoby tej samej płci lub zawiera tylko dane ojca, to trudno uzupełnić dane w dowodzie osobistym. Dane rodziców, które się w nim znajdują są bowiem ustalane zazwyczaj w oparciu o polski akt urodzenia, w którym widnieją dane matki i ojca, ewentualnie zagraniczny akt urodzenia na podstawie art. 1138 k.p.c. Rodzicami w świetle prawa polskiego mogą być tylko osoby odmiennej płci, wobec czego niemożliwe byłoby wpisanie do dowodu dwóch kobiet (dwóch mężczyzn). W razie, gdy w zagranicznym akcie urodzenia znajdują się tylko dane ojca także powstaje problem, jakie imię matki powinno zostać wpisane do dowodu osobistego. Brak jest przepisu, który umożliwiałby wpisanie w takich sytuacjach danych przesłaniających, zaś prawo polskie nie przewiduje możliwości istnienia dokumentów, w których miejsce przeznaczone na dane jednego z rodziców pozostaje puste.

Można zatem przyjąć, że uchwała NSA z 2.12.2019 r. nie rozwiązała wszystkich problemów pojawiających się w związku z próbą uzyskania dokumentów dla dziecka, którego rodzicami w świetle prawa obcego są osoby jednej płci (oraz innych zbliżonych stanów faktycznych). Zanegowanie dopuszczalności transkrypcji i zaaprobowanie możliwości uzyskania paszportu i numeru PESEL stanowi próbę ochrony dotychczasowych zasad sporządzania aktów stanu cywilnego, przy równoczesnej ochronie interesu dziecka w uzyskaniu polskich dokumentów. Wciąż bez odpowiedzi pozostaje jednak pytanie, jakie dane rodziców mają być używane w toku poszczególnych spraw administracyjnych, np. we wnioskach o wydanie dokumentów czy w samej treści dowodu osobistego. Z tego względu wydaje się uzasadnione przytoczenie argumentacji podnoszonej w związku z przywołanymi na wstępie dwoma pozostałymi orzeczeniami NSA, które dotyczą problematyki transkrypcji aktu urodzenia. Dotyczy ona bowiem tego, w jaki sposób uzupełnić dane rodziców w akcie urodzenia. Choć sformułowane w uchwale NSA z 2.12.2019 r. zapatrywanie o niemożności transkrypcji może świadczyć o nieaktualności problematyki danych

¹⁰ Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego (dalej SN) z 20.11.2012 r., III CZP 58/12, OSNC z 2013/5, poz. 55, akt stanu cywilnego sporządzony za granicą stanowi wyłączny dowód zdarzeń w nim stwierdzonych także wtedy, gdy nie został wpisany do polskich ksiąg stanu cywilnego.

¹¹ Wniosek o wydanie dowodu osobistego zawiera m.in. imię rodowe wnioskodawcy, imię ojca oraz imię i nazwisko rodowe matki (art. 28 u.d.o.). Zgodnie z art. 56 u.d.o. dane te są przechowywane w Rejestrze dowodów osobistych.

przesłaniających, to jednak problem ten powraca w kontekście innych postępowań, w których należy wskazać, kto jest rodzicem dziecka.

W wyroku z 10.10.2018 r. Naczelny Sąd Administracyjny opowiedział się za transkrypcją brytyjskiego aktu urodzenia, w którym jako rodzice wpisane zostały dwie kobiety mające obywatelstwo polskie. Wyrok ten został już wykonany, w rezultacie czego nastąpiła transkrypcja zagranicznego aktu urodzenia. W rubryce „matka” wpisano kobietę, która urodziła dziecko, zaś rubrykę „ojciec” pozostawiono pustą. Informację o drugiej matce (w świetle prawa brytyjskiego) wpisano w rubryce „adnotacje”¹². Powyższe rozstrzygnięcie opiera się na koncepcji zakładającej możliwość dokonania częściowej transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia.

Transkrypcja częściowa ma zasadnicze zalety. Po pierwsze, dzięki niej Rejestr stanu cywilnego zawiera dane dotyczące polskiego obywatela, innymi słowy, obejmuje informacje, że urodziło się dziecko, które ma polskie obywatelstwo. Po drugie, według dominującego do niedawna stanowiska umożliwia uzyskanie dokumentów takich jak paszport czy dowód osobisty. Po trzecie, ma walor praktyczny polegający na tym, że nie jest konieczne każdorazowe tłumaczenie zagranicznego aktu urodzenia w celu wykazania stosunku pokrewieństwa z dzieckiem¹³. Nie można przy tym zapominać, że w świetle prawa polskiego drugi z rodziców jedнопłciowych, którego dane są wpisane w adnotacjach, nie może wykazać swojego prawnego pokrewieństwa z dzieckiem na podstawie polskiego aktu urodzenia sporządzonego w drodze transkrypcji. Jak zauważa M. Pilich: „zasadą powinno być dokonanie przepisania z poinformowaniem wnioskodawcy, że akt niezawierający wszystkich danych przewidzianych prawem ma zmniejszoną moc dowodową”¹⁴. Przyjęte w uchwale NSA z 10.10.2018 r. stanowisko znajduje swoją podstawę w przekonaniu, że choć transkrypcja częściowa nie jest wiernym odtworzeniem zagranicznego aktu urodzenia, to przy alternatywie brak transkrypcji w ogóle albo transkrypcja częściowa należy opowiedzieć się za tym drugim rozwiązaniem.

Z drugiej strony, przyjęcie stanowiska o dopuszczalności częściowej transkrypcji narażone jest na podniesienie następujących uwag krytycznych. Przede wszystkim, prowadzi ono do tego, że w obrocie prawnym mogą się pojawić odpisy aktów urodzenia opartych na aktach urodzenia sporządzonych na nieznaną do tej pory zasadach, a więc dopuszczających pozostawienie rubryki przeznaczonej dla jednego z rodziców pustej. Konsekwencją tego jest zatarcie w praktyce reguł, na których opiera się rejestrowanie urodzenia dziecka w Polsce. Ponadto, dążenie do transkrypcji aktu urodzenia ma prowadzić w istocie do osiągnięcia skutków o charakterze bardziej szczegółowym takich jak uzyskanie paszportu czy dowodu osobistego. Nawet przy przyjęciu odrzuconego w uchwale NSA z 2.12.2019 r. poglądu, że nie można zrealizować tych celów bez transkrypcji aktu urodzenia, należałoby prawdopodobnie dążyć do tego, aby zmienić przepisy wymagające przedstawienia odpisu polskiego aktu urodzenia, aniżeli akceptować transkrypcję, która nie odpowiada dotychczasowym regułom rejestracji stanu cywilnego.

¹² Informacja podana za uzasadnieniem uchwały NSA z 2.12.2019 r., II OPS 1/19.

¹³ P. Kasprzyk, *Rejestracja zdarzenia mającego miejsce za granicą a transkrypcja zagranicznych dokumentów stanu cywilnego*, „Metryka” 2016/1, s. 149. Tak Uzasadnienie do projektu ustawy – Prawo o aktach stanu cywilnego, druk sejmowy nr 2620, s. 49.

¹⁴ M. Pilich, *Mater semper...*, s. 22–23.

W wyroku z 29.08.2018 r. NSA rozpoznał sprawę transkrypcji hinduskiego aktu urodzenia dziecka, które przyszło na świat dzięki zastosowaniu macierzyństwa zastępczego. W akcie urodzenia został wpisany wyłącznie ojciec intencyjny, natomiast w miejscu na dane matki znajduje się jedynie informacja „imię i nazwisko matki nieznane”, gdyż matka zastępcza na mocy hinduskiego prawa nie została wpisana do dokumentów jako matka dziecka. Naczelny Sąd Administracyjny orzekł, że: „w okolicznościach rozpoznawanej sprawy należałoby rozważyć możliwość dokonania transkrypcji w ten sposób, aby w rubryce nr 2: «dane rodziców» w miejscu: «ojciec» wpisać R.Z., a rubryka: «matka» pozostałaby pusta. (...) Skoro hinduski akt urodzenia nie wskazuje danych matki (dane są nieznane), to taki zapis należałoby umieścić w polskim akcie urodzenia bądź w ogóle tę rubrykę pominąć”. W analizowanej sprawie NSA dokonując oceny, podzielił badany stan faktyczny na dwa etapy – przed i po urodzeniu dziecka. Dzięki temu samo uznanie umów o macierzyństwo zastępcze za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego nie musi oznaczać zanegowania wszystkich skutków prawnych dokonanej za granicą surrogacji, w szczególności, że trudno dopatrywać się w takich przypadkach naruszenia zasady dobra dziecka¹⁵.

Wskutek cytowanego wyroku nie doszło do częściowej transkrypcji w tym sensie, że dane jednego z rodziców pominięto (wpisano jedynie do adnotacji), ale transkrypcja doprowadziła do braku uzupełnienia rubryki przeznaczonej dla matki, która w świetle prawa polskiego powinna być zawsze uzupełniona albo danymi kobiety, która dziecko urodziła, albo danymi przesłaniającymi w razie, gdy rodzice dziecka są w ogóle nieznani. Brak przy tym podstawy prawnej do tego, aby wpisać dane przesłaniające, gdy ojciec dziecka jest znany, natomiast matka dziecka nie jest znana, tak jak wskazano w hinduskim akcie urodzenia.

3. SKUTKI BRAKU POSŁUŻENIA SIĘ KONSTRUKCJĄ DANYCH PRZESŁANIAJĄCYCH W NAJNOWSZYCH ORZECZENIACH NSA

W świetle uchwały NSA z 2.12.2019 r. transkrypcja zagranicznego aktu urodzenia nie jest niezbędna do uzyskania paszportu oraz numeru PESEL. Wskazano już jednak, że prawo polskie wciąż niejednokrotnie wymaga wskazania rodziców dziecka, którymi mogą być jedynie mężczyzna i kobieta (niezależnie, czy dane te są prawdziwe czy przesłaniające). W związku z tym pojawia się pytanie, jak rozwiązać praktyczne problemy, gdy w zagranicznym akcie urodzenia wpisany jest inny układ rodziców niż ojciec i matka.

Z jednej strony, w ww. sytuacjach można wpisać dane tylko jednego z rodziców (najlepiej rodzica biologicznego), a miejsce przeznaczone w polskim akcie urodzenia (innych dokumentach) dla drugiego rodzica (odmiennej płci) pozostawić puste. Wówczas dane drugiego z rodziców wpisanych do zagranicznego aktu urodzenia można byłoby wpisać w akcie urodzenia w adnotacjach. Takie stanowisko zostało przyjęte w powyższych orzeczeniach Naczelnego Sądu Administracyjnego¹⁶. Należy

¹⁵ M. Pilich, *Mater semper...*, s. 33.

¹⁶ We wspomianej uchwale NSA z 2.12.2019 r. nie wyrażono tego *expressis verbis*, choć można bardzo ostrożnie przyjąć, że akceptacja możliwości uzyskania dokumentów przez dziecko wiąże się z taką koniecznością.

jednak podkreślić, że *de lege lata* rozwiązanie to wymyka się znanym dotychczas zasadom rejestracji stanu cywilnego. W świetle art. 61 i 62 p.a.s.c. w akcie urodzenia (a co za tym idzie i w innych dokumentach) dziecka zawsze wpisane są dane obojga rodziców.

Z drugiej strony – pogląd o możliwości wpisania tzw. danych przesłaniających w przypadku rodziców jednopłciowych również napotyka daleko idące trudności¹⁷. W sytuacji dwóch kobiet sprawa wydaje się o tyle prostsza, że jedna z kobiet może być wpisana jako matka, w miejscu ojca zaś mogą być wpisane dane przesłaniające. Znacznie bardziej problematyczne są przypadki, w których w zagranicznym akcie urodzenia wpisany jest wyłącznie ojciec, a dane matki nie są wpisane, jak również gdy w zagranicznym akcie urodzenia wpisani są jako rodzice dwaj mężczyźni. Należy bowiem pamiętać, że na gruncie prawa polskiego ojcostwo mężczyzny jest zawsze ustalane w oparciu o macierzyństwo kobiety. Prawo polskie nie zna sytuacji, w której można wpisać dane przesłaniające matki, przy jednoczesnym wpisaniu niefikcyjnych (nieprzesłaniających) danych ojca dziecka, z wyjątkiem przypadku tzw. przysposobienia singularnego przez mężczyznę¹⁸. W odniesieniu do ustalenia pochodzenia dziecka, dane przesłaniające są bowiem stosowane w dwóch stanach faktycznych – albo nieznanomości obojga rodziców (art. 62 p.a.s.c.), albo nieznanomości ojca (61 p.a.s.c.). Rozciągnięcie *per analogiam* instytucji danych przesłaniających też na przypadki, gdy znany jest ojciec, a nieznana jest matka jest dyskusyjne, nawet pamiętając, że konstrukcja taka ma zastosowanie w odniesieniu do danych matki dziecka przysposobionego singularnie przez mężczyznę (dane matki są wówczas fikcyjne).

Ponadto, w odniesieniu do zagranicznego aktu urodzenia, w którym jako rodzice są wpisani dwaj mężczyźni, wątpliwości może budzić to, który z nich jest ojcem genetycznym dziecka, a co za tym idzie, którego z nich wpisać w polskim akcie urodzenia w miejscu przeznaczonym dla ojca, a którego w miejscu na adnotację¹⁹. Problem ten uwidacznia się zarówno w razie pozostawienia miejsca na dane matki pustego, jak i wpisania tam (niezgodnie z prawem) danych przesłaniających.

Mając na względzie uchwałę NSA z 2.12.2019 r., można się spodziewać, że w podobnych stanach faktycznych będzie następowała odmowa transkrypcji

¹⁷ Jak wskazano w wyroku NSA z 17.12.2014 r., II OSK, 1298/13, LEX nr 1772336, przeszkodą przy transkrypcji aktu urodzenia rodziców jednopłciowych są nie tylko wzory druków, ponieważ „nawet gdyby druki miały rubrykę *rodzic*, to przez *rodziców* rozumie się w Polsce w sposób jednoznaczny ojca i matkę, zaś w aktualnym stanie prawnym niedopuszczalne jest wpisanie do aktu stanu cywilnego dwóch kobiet, jako ojca i matki lub jako rodziców”.

¹⁸ Zgodnie z art. 71 ust. 3 p.a.s.c., jeżeli przysposabia osoba niepozostająca w związku małżeńskim lub małżonek przysposabia dziecko niepochodzące od drugiego małżonka, to w akcie urodzenia przysposobionego wskazuje się przysposabiającego jako rodzica dziecka. Jako imię drugiego z rodziców zamieszcza się imię wskazane przez przysposabiającego, a w razie braku takiego wskazania, imię wybrane przez kierownika urzędu stanu cywilnego; jako nazwisko drugiego z rodziców i jego nazwisko rodowe zamieszcza się nazwisko przysposabiającego.

¹⁹ Jak zauważa P. Mostowik: „w razie akceptacji rozwiązania polegającego na częściowej transkrypcji, (...) potrzebny byłby na przykład przepis mówiący, że jeżeli w zagranicznym dokumencie wpisano jako rodziców dwie kobiety, transkrypcji częściowej dokonuje się poprzez umieszczenie danych osobowych matki, która dziecko urodziła. Jeżeli w zagranicznym dokumencie wpisano jako rodziców dwóch mężczyzn, dokonuje się transkrypcji częściowej poprzez umieszczenie danych mężczyzny, od którego dziecko biologicznie pochodzi. Wykazanie urodzenia oraz pochodzenia może nastąpić przy użyciu każdego środka dowodowego”. P. Mostowik, *Problem obywatelstwa...*, s. 36–37; P. Mostowik, *Glosa...*, s. 137–138.

zagranicznego aktu urodzenia dziecka, w którym jako rodzice są wpisane osoby tej samej płci. Niezależnie jednak od braku transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia, problem danych rodziców pojawi się w szczególności w odniesieniu do dowodu osobistego. W uchwale NSA z 2.12.2019 r. podkreślono prawo obywatela polskiego do uzyskania dowodu osobistego, równocześnie nie rozstrzygając, jakie dane miałyby być podane w miejscu przeznaczonym na dane ojca. W związku z tym powyższe uwagi odnoszące się do danych wpisanych do aktu urodzenia będą dotyczyć także innych dokumentów, w których widnieją dane rodziców albo do których uzyskania potrzebne jest wskazanie danych rodziców.

4. POTENCJALNE KIERUNKI ZMIAN PRAWA W ZAKRESIE TZW. DANYCH PRZESŁANIAJĄCYCH

Przeprowadzona w niniejszej publikacji analiza najnowszego orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego prowadzi do wniosku, że aktualny stan prawny wymaga ponownej, pogłębionej refleksji nad konstrukcją tzw. danych przesłaniających. Postulat spójności prawa powinien leżeć u podstaw każdego systemu prawnego. Rozbieżności w zakresie zasad sporządzania aktów stanu cywilnego lub innych dokumentów nie są jedynie kwestią techniczną, ale stanowią wyraz zajętej przez ustawodawcę oraz judykaturę postawy aksjologicznej i prawnej wobec nowych zjawisk z dziedziny filiacji.

Wątpliwości w zakresie aktualnego stanu prawnego dotyczącego tzw. danych przesłaniających nie oznaczają automatycznej negacji stanowisk zajętych w rozważanych orzeczeniach NSA. Wszystkie cytowane wyżej orzeczenia opierają się na słusznym przeświadczeniu o konieczności zagwarantowania dziecku ochrony jego praw niezależnie od tego, jak kształtuje się jego sytuacja prawno-rodzinna w świetle obcego systemu prawnego. Jednocześnie nie ulega jednak wątpliwości, że polskie ustawodawstwo *de lege lata* stoi na stanowisku, że niezależnie od sytuacji prawno-rodzinnej dziecka powinno nastąpić określenie danych obojga jego rodziców, choćby były to dane fikcyjne. Nie dopuszcza się więc możliwości pozostawienia rubryki przeznaczonej na dane jednego z rodziców pustej.

Uwzględniając potrzebę określenia jednolitych zasad, można przedstawić trzy potencjalne kierunki regulacji.

1. Stosowanie tzw. danych przesłaniających w każdym przypadku.
2. Wprowadzenie do polskiego porządku prawnego możliwości pozostawienia pustej rubryki przeznaczonej dla jednego z rodziców.
3. Takie ujęcie przepisów, aby nie wymagały one podawania danych obojga rodziców w poszczególnych sprawach administracyjnych.

Argumentując pogląd o konieczności wpisywania danych przesłaniających (imienia i nazwiska) nieznanego ojca do aktu urodzenia dziecka, Józef Litwin stwierdził, że: „licząc się z realiami życia, a mianowicie z tym elementarnym faktem, że imię ojca figuruje prawie we wszystkich rejestrach ewidencji administracyjnej i że brak jego powoduje niezawinione cierpienia moralne dziecka, stanowiąc *plamę*, (...) ustawodawca winien zapewnić dzieciom pozamałżeńskim tę równość startu w drodze utworzenia fikcyjnego uzupełnienia stanu cywilnego przez dodanie brakującego

elementu – imienia ojca”²⁰. Autor zauważa, że: „gdybyśmy *per maxime inconcessum* stwierdzili, że na obszarze Polski zdarzył się wypadek sporządzenia aktu urodzenia dziecka, którego ojciec jest znany a matka nieznana, (...) logika życia musiałaby stoczyć zacięty bój z suchą literą prawa”²¹. Próby poszukiwania optymalnego rozwiązania dla nakreślonych kwestii jest tego wyrazem.

Stosowanie tzw. danych przesłaniających opiera się na założeniu, że takie rozwiązanie najlepiej służy dobru dziecka, gdyż jego dokumenty nie różnią się niczym od dokumentów dziecka, które zna swojego ojca. Ma to swój pozytywny wydźwięk przede wszystkim w sferze emocjonalnej dziecka, które nie jest stygmatyzowane ze względu na swoją sytuację rodzinną.

Niewykłuczone jest przyjęcie, że *de lege lata* wpisanie danych przesłaniających w akcie urodzenia sporządzonym w oparciu o wyrok z 20.10.2018 r. znajdowałoby uzasadnienie prawne (art. 61 p.a.s.c.). Można byłoby podjąć próbę obrony poglądu, że w sprawie rozstrzygniętej w uchwale z 2.12.2019 r., pomimo braku transkrypcji, tzw. dane przesłaniające ojca powinny być *per analogiam* wpisane w innych dokumentach, np. w dowodzie osobistym. Trzeba przy tym mieć na względzie, że tzw. dane przesłaniające są stosowane na gruncie ustawy – Prawo o aktach stanu cywilnego, a nie ustawy o dowodach osobistych, zaś w standardowych sytuacjach umieszczenie danych przesłaniających w dowodzie osobistym jest jedynie konsekwencją zastosowania ich uprzednio w obszarze aktów stanu cywilnego. Nie ma natomiast wątpliwości, że brak jest podstawy prawnej do wpisania tzw. danych przesłaniających w akcie urodzenia sporządzonym w wykonaniu wyroku NSA z 29.08.2018 r., gdyż doprowadziłoby to do naruszenia zasady *mater semper certa est*²².

Konkurencyjnym poglądem mogłoby być przyjęcie, że prawo polskie dopuszcza pozostawienie jednej z rubryk w akcie urodzenia pustej, co jest zresztą rozwiązaniem prawnym dość powszechnym w różnych systemach prawa²³. Postulat spójności prawa wymagałby jednak, aby takie rozwiązanie stosować nie tylko w tak specyficznych przypadkach jak te będące przedmiotem niniejszego artykułu, ale także w odniesieniu do sytuacji, gdy nieznany jest ojciec dziecka. Takie ujednolicenie mogłoby jednak narazić się na zarzut dostosowywania regulacji dotyczącej zjawiska powszechnego (brak znanego ojca) do sytuacji, które mają znacznie mniejszą skalę (zagraniczny akt urodzenia z dwoma jednopłciowymi rodzicami albo tylko danymi

²⁰ J. Litwin, W sprawie usunięcia pewnych znamion dyskryminacji prawnej, dotyczących dzieci, których ojciec jest nieznany, „Państwo i Prawo” 1950/3, s. 61; J. Litwin, Od oznaczenia „NN” do imienia przesłaniającego, „Państwo i Prawo” 1951/2, s. 266–273.

²¹ J. Litwin, W sprawie..., s. 61.

²² W doktrynie prezentowany jest także pogląd, że brak danych matki w transkrybowanym akcie urodzenia nie jest podstawą do podważenia ojcostwa mężczyzny wpisanego jako ojciec. Brak wpisu w rubryce „matka” żadnej osoby nie powinno być uznane, zdaniem przedstawicieli takiego stanowiska, za sprzeczne z zasadami porządku prawnego RP, co najwyżej zaś jedynie z zasadami sporządzania polskich aktów stanu cywilnego. Zob. P. Kasprzyk, P. Mostowik, P. Skubiszewski, *Przewodnik z zakresu międzynarodowego obrotu prawnego dla urzędników stanu cywilnego*, red. P. Kasprzyk, Warszawa 2018, s. 178–180. O ile różnica ta ma znaczenie w kontekście zastosowania klauzuli porządku publicznego, o tyle ma rolę drugorzędą dla ustalenia, że brak danych w rubryce przeznaczonej dla matki prowadzi do istnienia na gruncie jednego systemu prawnego aktów stanu cywilnego sporządzanych w oparciu o różne zasady.

²³ W wielu innych ustawodawstwach istnieje możliwość braku wpisu danych rodzica do aktu urodzenia, np. we Włoszech akt urodzenia (*atto di nascita*) może nie zawierać danych rodzica. Również w prawie angielskim w przypadku, gdy ojciec jest nieznany nie wpisuje się w akcie urodzenia (*birth certificate*) danych przesłaniających, przekreślając linią miejsce na jego dane. Co do próby wykreślenia tzw. danych przesłaniających w prawie polskim zob. wyrok WSA w Łodzi z 13.09. 2017 r., III SA/Łd 316/17, LEX nr 2377920.

ojca). Poza tym pojawia się pytanie, czy brak danych rodzica w akcie urodzenia byłoby zgodne z dobrem dziecka. Pozostawienie pustej rubryki w akcie urodzenia w miejscu przeznaczonym na dane matki, przy wpisaniu danych ojca, również naraża się na zarzut ustalenia ojcostwa w oderwaniu od uprzedniego ustalenia macierzyństwa. Stanowisko takie byłoby aktualnie nie tylko w razie przyjęcia poglądu o dopuszczalności transkrypcji częściowej, ale też w razie jego negacji. Wówczas pozostawienie pustego miejsca nie dotyczyłoby aktu urodzenia, ale i innych dokumentów np. dowodu osobistego.

Można byłoby zaproponować także rozwiązanie zbliżone, które byłoby swego rodzaju kompromisem. Miałoby ono zastosowanie zarówno przy przyjęciu stanowiska opowiadającego się za niedopuszczalnością transkrypcji częściowej, jak i stanowiska w ogóle odrzucającego możliwość transkrypcji. Posługiwanie się zagranicznym aktem urodzenia na podstawie art. 1138 k.p.c. nie rozwiązuje bowiem dylematu, jakie dane powinny być wpisane np. do dowodu osobistego dziecka, którego zagraniczny akt urodzenia jako rodziców wymienia np. dwie matki. Dotyczy to też wniosków o wydanie różnego rodzaju dokumentów np. paszportu, w których należy podać dane rodziców. Niezależnie od tego, czy supremację uzyska w przyszłości pogląd o transkrypcji częściowej czy stanowisko całkowicie negujące transkrypcję (które aktualnie zostało przyjęte w uchwale NSA) wątpliwości nadal będą towarzyszyć temu, jakie dane rodziców powinny być podawane w różnego rodzaju sytuacjach, które tego wymagają. Nawet transkrypcja częściowa nie rozwiązuje tego problemu, gdyż prowadzi do uznania relacji prawno-rodzinnej tylko z jednym z rodziców, a zatem drugi nie może być traktowany w świetle prawa jako rodzic dziecka. Jak już podkreślono wyżej, trudna jest odpowiedź na pytanie, jakie dane rodziców wpisać np. do dowodu osobistego czy do innych dokumentów (wnioskach o ich wydanie). Rozwiązaniem mogłoby być takie znowelizowanie przepisów dotyczących m.in. ewidencji ludności, dowodów osobistych oraz dowodów paszportowych, aby nie tylko w sposób bezdyskusyjny uznać brak wymogu transkrypcji aktu urodzenia dla uzyskania np. numeru PESEL czy dowodu osobistego, ale także, by nie było wymagane wskazywanie w celu ich uzyskania danych rodziców dziecka.

W razie, gdyby nastąpiła transkrypcja częściowa, sporządzony w ten sposób akt urodzenia miałby znaczenie pod wieloma względami, chociażby umożliwiałby rejestrację wszystkich istotnych – z punktu widzenia rejestracji stanu cywilnego – zdarzeń takich jak narodziny, małżeństwo czy zgon dotyczących obywatela polskiego. W przypadku zaś, gdyby do transkrypcji nie doszło, brak byłoby praktycznych problemów, które ujawniają się w wielu procedurach, a w których wymagane jest wskazanie danych rodziców.

Poglądem całkowicie sprzecznym z przyjętą linią orzeczniczą jest uznanie, że *de lege lata* możliwe jest wpisanie do aktu urodzenia jako rodziców osób tej samej płci. Z tego względu jedynie sygnalizacyjnie należy się odnieść do prezentowanego, m.in. przez Rzecznika Praw Obywatelskich, poglądu o konieczności zmiany przepisów w ten sposób, aby w aktach stanu cywilnego rubryki „matka” i „ojciec” zostały zastąpione dwoma rubrykami „rodzic”, bez wyróżnienia płci²⁴. W oczywisty

²⁴ Wystąpienie Rzecznika Praw Obywatelskich z 11.03.2019 r., XI.534.4.2016.MA, <https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Wyst%C4%85pie%C5%84nie%20o%20dowodzie%20osobistym%20i%20paszporcie%20mieszka%C5%82cy%20w%20Polsce%20z%20wykonywaniem%20wyroku%20NSA%20o%20transkrypcji%20aktu%20urodzenia%20w%20parze%20jednop%2C5%82ciowej.pdf> (dostęp: 12.03.2020 r.).

sposób taka nowelizacja usunęłaby pojawiające się na tle analizowanych spraw administracyjnych trudności związane ze wskazaniem obojga rodziców na potrzeby np. procedury związanej z nadaniem numeru PESEL, dokumentu paszportowego czy dowodu osobistego. Trzeba jednak zwrócić uwagę, że ewentualne przyjęcie takiego rozwiązania musiałoby zostać połączone z odpowiednim unormowaniem sytuacji prawno-rodzinnej dziecka. Biorąc pod uwagę aktualnie istniejące regulacje z zakresu prawa rodzinnego, nie do przyjęcia byłoby uznanie za trafne twierdzenia, że dwie osoby tej samej płci wpisane do aktu urodzenia jako rodzice mogą np. sprawować władzę rodzicielską nad dzieckiem. Doszłoby zatem do rozszczępienia pojęcia rodziców w świetle prawa o aktach stanu cywilnego z pojęciem rodziców, którymi w świetle prawa polskiego mogą być łącznie tylko dwie osoby odmiennej płci.

5. POTENCJALNE WYZWANIA DOTYCZĄCE PROBLEMATYKI DANYCH PRZESŁANIAJĄCYCH

Współczesne przeobrażenia w zakresie stosunków filiacyjnych na świecie rodzą wiele nowych problemów badawczych. Są one rezultatem szeregu przemian społecznych związanych przede wszystkim z odejściem od tradycyjnego modelu rodziny. W wielu państwach rodzicami mogą być już nie tylko osoby jednej płci, ale także więcej niż dwie osoby. Ponadto różne mogą być relacje genetyczne w takim układzie. Poniżej zostaną przedstawione przykłady stanów faktycznych, które w niedalekiej przyszłości mogą być przedmiotem rozstrzygnięć polskich organów administracyjnych oraz sądów.

Doskonałym przykładem powyżej nakreślonych zjawisk może być tzw. kasus „Baby Uma”, który jest interesujący z wielu powodów²⁵. Po pierwsze, dziecko zostało urodzone przez matkę zastępczą, która w chwili przyjścia dziecka na świat osiągnęła 61 lat. Po drugie, kobieta urodziła dziecko dla rodziców intencyjnych, którzy są małżeństwem jedнопłciowym. Jeden z mężczyzn tworzących ten związek małżeński jest zarazem synem matki zastępczej. Po trzecie, komórki rozrodcze zastosowane w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji pochodziły od małżonka będącego synem matki zastępczej oraz od siostry drugiego z mężczyzn pozostających w jedнопłciowym małżeństwie. Należy zauważyć, że dziecko urodzone wskutek zastosowania ww. macierzyństwa zastępczego jest genetycznie spokrewnione z obydwojma ojcami intencyjnymi. Jeden z nich jest jego genetycznym ojcem, drugi zaś – jego genetycznym wujem.

W akcie urodzenia jako matkę początkowo wpisano faktyczną babkę dziecka, gdyż prawo stanu Nebraska przyjmuje – tak jak prawo polskie – zasadę, że matką dziecka jest kobieta, która je urodziła. Następnie zaś, drugi z jedнопłciowych małżonków przysposobił dziecko. Niezależnie od przyjętych, szczegółowych rozwiązań w prawie stanu Nebraska, przypadek taki mógł mieć miejsce w wielu innych systemach prawnych. To, co jest ważne w kontekście niniejszych rozważań dotyczy

²⁵ Określenie „Baby Uma” nawiązuje do pierwszej amerykańskiej sprawy dotyczącej uznania macierzyństwa zastępczego, określanej jako „Baby M” (wyrok Sądu Najwyższego New Jersey z 3.02.1988 r., 109 N.J. 396 (1988)537 A.2d 1227, <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1988/109-n-j-396-1.html>) (dostęp: 12.03.2020 r.). Na temat przypadku „Baby Uma”, który miał miejsce 25.03.2019 r. w Omaha w stanie Nebraska, <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-47780124> (dostęp: 12.03.2020 r.), <https://uk.reuters.com/news/picture/nebraska-grandmother-acts-as-surrogate-fidUSRTS2GI0N> (dostęp: 12.03.2020 r.), <https://www.theguardian.com/us-news/2019/apr/06/us-woman-61-says-being-surrogate-was-gift-for-her-son-and-his-husband> (dostęp: 12.03.2020 r.).

treści zagranicznego aktu urodzenia. Można sobie wyobrazić przypadek, w którym obywatele polscy, biorący udział w podobnej procedurze, wróciliby do Polski z aktem urodzenia, w którym jako rodziców wpisano jednopłciowych małżonków.

Orzeczenia, które są przedmiotem analizy w tym artykule dotyczyły sytuacji wpisania do zagranicznego aktu urodzenia jako rodziców osób jednej płci oraz sytuacji macierzyństwa zastępczego. Sprawa „Baby Uma” stanowi ich kombinację. Równocześnie pod wieloma względami sprzeczna jest z polskim porządkiem prawnym. Po pierwsze, prawo polskie wyklucza rodzicielstwo dwóch osób tej samej płci względem tego samego dziecka. Po drugie, macierzyństwo zastępcze nie jest dopuszczalne na gruncie prawa polskiego, biorąc pod uwagę powszechne uznawanie tego typu umów za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego (58 § 2 Kodeksu cywilnego²⁶)²⁷. Po trzecie, w sprawie tej doszło do jawnego (ściślej rzecz ujmując wewnątrzrodzinnego) dawstwa komórek rozrodczych, które w świetle ustawy o leczeniu niepłodności jest niedopuszczalne²⁸.

Gdyby wziąć pod uwagę orzeczenia Naczelnego Sądu Administracyjnego z 10.10.2018 r. oraz z 29.08.2018 r., to w sprawie „Baby Uma” powinno dojść do transkrypcji aktu urodzenia, w którym jako jednego rodzica wpisano by jednego z ojców, a drugiego ojca – do adnotacji. Ewentualnie, gdyby przyjąć, biorąc pod uwagę uchwałę NSA z 2.12.2019 r., że sama transkrypcja jest niemożliwa, dziecko mogłoby uzyskać PESEL oraz paszport.

Innym zjawiskiem, z którym w przyszłości być może będzie musiało zmierzyć się polskie orzecznictwo jest tzw. *tri-parenting*, a więc sytuacja, w której w akcie urodzenia wpisanych jest trzech rodziców²⁹. Takie akty urodzenia zostały sporządzone m.in. w Argentynie³⁰ czy w USA (np. stan Kalifornia)³¹. Sprawy te mają

²⁶ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1145 ze zm.).

²⁷ Wypada nadmienić, że samo uznanie umów o macierzyństwo zastępcze za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego wcale nie wykluczało w przeszłości nieformalnych umów, w których najpierw dochodziło do dawstwa komórek rozrodczych przez rodziców intencyjnych matce zastępczej, a następnie wyrażenia przez nią zgody na przysposobienie przez tę parę. Faktyczną barierę dla macierzyństwa zastępczego (gestacyjnego) przeprowadzanego na terenie Rzeczypospolitej Polskiej stanowi zakaz dawstwa jawnego, który wynika z przyjęcia, że komórki rozrodcze mogą być pobierane od dawcy w celu dawstwa innego niż partnerskie, gdy następuje na rzecz anonimowej biorczyni (art. 31 ust. pkt 1 ustawy z 25.06.2015 r. o leczeniu niepłodności [tekst jedn.: Dz.U. z 2017 r. poz. 865] – dalej u.l.n.).

²⁸ Zgodnie z art. 31 ust. pkt 1 u.l.n. dawstwo heterologiczne komórek rozrodczych może być jedynie dawstwem anonimowym, a więc takim, w którym dawca i biorczyni nie znają swojej tożsamości ani w chwili rozpoczęcia procedury medycznie wspomaganej prokreacji, ani nie mogą poznać jej w przyszłości. Wyklucza to dawstwo jawne, a więc takie, w którym już w chwili rozpoczęcia procedury medycznie wspomaganej prokreacji dawca jest znany parze biorącej udział w dawstwie heterologicznym. Poza tym wyłączenie dawstwa jawnego uniemożliwia przeprowadzenie, zgodnie z prawem, procedury macierzyństwa zastępczego gestacyjnego (przy założeniu, że osoby zainteresowane chciałyby taką procedurę przeprowadzić, pomimo braku ważności umowy macierzyństwa zastępczego jako sprzecznej z zasadami współżycia społecznego). J. Gajda, R. Łukasiewicz, *Umowy o zastępcze macierzyństwo a przysposobienie: zarys problematyki* [w:] *Fundamentalne prawne problemy surrogate motherhood. Perspektywa krajowa*, red. P. Mostowik, Warszawa 2019, s. 457–471.

²⁹ Termin ten używany jest także w szerszym znaczeniu, m.in. D. Cutas, *On triparenting. Is having three committed parents better than having only two?*, „Journal of Medical Ethics” 2011/37, vol. 37, s. 735–738. Na temat przypadków aktów urodzenia obejmujących dane trzech rodziców zob. w: C.M. Quinn, *Mom, Mommy & Daddy and Daddy, Dad & Mommy: Assisted Reproductive Technologies & the Evolving Legal Recognition of Tri-Parenting*, „Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers” 2018/1, vol. 31, s. 198–199.

³⁰ <https://www.advocate.com/world/2015/05/03/argentina-makes-history-three-parent-birth-certificate> (dostęp: 12.03.2020 r.).

³¹ Sprawa M.C. tocząca się w Kalifornijskim Sądzie Apelacyjnym [M.C. 195 Cal.App.4th 197 (2011)] była przyczynkiem do wprowadzenia w 2013 r. zmian w prawie. Umożliwiły one wpisanie pod pewnymi warunkami do aktu urodzenia trzech rodziców [§ 7612(c) Kalifornijskiego Kodeksu cywilnego (CA Fam Code § 7612.c (2018)), <https://law.justia.com/codes/california/2018/code-fam/division-12/part-3/chapter-2/section-7612.a/>] (dostęp: 12.03.2020 r.).

– przynajmniej z punktu widzenia zagadnienia tzw. danych przesłaniających – o tyle mniej problematyczne konsekwencje, że dotyczą układu: dwie osoby tej samej płci oraz jedna osoba płci odmiennej. Oznacza to, że technicznie istnieje możliwość wpisania do aktu urodzenia danych matki i danych ojca, choć oczywiście stosunek poszczególnych systemów prawnych może być do takiego rozwiązania zróżnicowany. Przykładowo, omawiane zjawisko ma miejsce, gdy w akcie urodzenia zostały wpisane dwie kobiety tworzące związek małżeński (partnerski), z których jedna jest matką genetyczną dziecka oraz mężczyzna, który był dawcą nasienia. Przedstawiony stan rzeczy jest więc sprzeczny z prawem polskim nie tylko dlatego, że do aktu urodzenia wpisano trzech rodziców, w tym rodziców jednopłciowych, ale także dlatego, iż posłużono się konstrukcją dawstwa jawnego, a nie dawstwa anonimowego, które jest jedynym dopuszczalnym rodzajem dawstwa heterologicznego w Polsce³².

Gdyby tego typu stany faktyczne rozstrzygnąć przy uwzględnieniu treści wyroku NSA z 10.10.2018 r., wtedy mogłoby dojść do transkrypcji aktu urodzenia. W polskim akcie urodzenia dziecka jako rodzice zostaliby wpisani rodzice genetyczni, zaś informacja o trzecim rodzicu znalazłaby się w adnotacjach. Gdyby zaś przyjąć stanowisko zajęte w uchwale NSA z 2.12.2019 r., wówczas, co prawda, dziecko nie miałoby polskiego aktu urodzenia, ale mogłoby uzyskać numer PESEL oraz paszport (dowód osobisty).

Kolejnym problematycznym przypadkiem może być tzw. *reception of oocytes from a partner* (ROPA). W procedurze tej uczestniczą dwie kobiety pozostające w sformalizowanym związku. Jedna z nich jest dawczynią komórki jajowej, druga zaś jest kobietą, która urodzi dziecko z zastosowaniem nasienia od anonimowego dawcy³³. Następuje wobec tego koniunkcja dawstwa jawnego komórki jajowej oraz dawstwa anonimowego nasienia na rzecz kobiety, która urodzi dziecko, ale nie będzie z nim genetycznie spokrewniona. Równocześnie uzasadnione jest twierdzenie, że sytuacja ta jest bardziej zbliżona do dawstwa heterologicznego, aniżeli do macierzyństwa zastępczego dlatego, że kobieta, która rodzi dziecko nie czyni tego z zamiarem oddania go innym osobom, ale w celu uzyskania prawnego statusu rodzica. Z kolei dawczyni komórki jajowej nie czyni tego w celu poczęcia dziecka przez inną parę, ale dla własnych celów (zostania rodzicem). Wobec tego status matki może mieć w świetle prawa obcego zarówno matka genetyczna, jak i matka biologiczna (kobieta, która urodzi dziecko).

Uwzględniając stanowisko zajęte w orzeczeniu NSA z 10.10.2018 r., w sytuacji zastosowania procedury ROPA z udziałem obywateli polskich, mogłoby dojść do częściowej transkrypcji aktu urodzenia, do którego w miejscu przeznaczonym dla matki zostałaby wpisana tylko jedna z kobiet. Biorąc pod uwagę istniejącą w świetle prawa polskiego zasadę *mater semper certa est*, należałoby przyznać prymat macierzyństwu kobiety, która nie jest genetyczną matką, ale urodziła dziecko. Wiązałoby się to z jednoczesnym zanegowaniem na gruncie prawa polskiego

³² Niemniej jednak wskazany przypadek jest problematyczny z punktu widzenia zaklasyfikowania go do dawstwa heterologicznego, bo dawca nasienia również w świetle prawa jest rodzicem dziecka, a więc jest to sytuacja zbliżona do dawstwa homologicznego.

³³ K. Bączyk-Rozwadowska, *Prokreacja medycznie wspomagana. Studium z dziedziny prawa*, Toruń 2018, s. 233–234. Zob. szerzej K. Zeiler, A. Malmquist, *Lesbian Shared Biological Motherhood: The Ethics of IVF with Reception of Oocytes from Partner*, "Medicine, Health care and Philosophy" 2014/3, vol. 17, s. 347–355; B.J. Woodward, W.J. Norton, *Lesbian intra-partner oocyte donation: A possible shake-up in the Garden of Eden?*, "Human Fertility" 2006/4, vol. 9, s. 217–222.

macierzyństwa matki genetycznej. Kolizja taka była zresztą przedmiotem badań w odniesieniu do relacji matka intencyjna – matka zastępcza. Różnica sprowadza się jednak do tego, że w przypadku stosowania procedur ROPA obie kobiety zostają uznane w świetle prawa obcego za matki dziecka, podczas gdy w przypadku macierzyństwa zastępczego dochodzi do uznania relacji dziecka tylko z jedną z kobiet.

6. UWAGI KOŃCOWE

Niniejszy artykuł dotyczy tylko jednego z problemów pojawiających się w związku z występowaniem w obrocie prawnym zagranicznych aktów urodzenia, których treść w daleko idący sposób odbiega od polskich reguł rejestracji stanu cywilnego. Mobilność oraz różne postawy etyczne obywateli polskich prowadzą do tego, że nieuniknione jest stykanie się polskiego systemu prawnego z coraz to bardziej skomplikowanymi stanami faktycznymi. Ochrona dobra dziecka uniemożliwia jednak ignorowanie takich zjawisk. Choć polski system prawny nie musi respektować prawa osób jednej płci do zawierania związków małżeńskich lub partnerskich, rodzicielstwa osób tej samej płci, macierzyństwa zastępczego czy innych podobnych stanów rzeczy, nie może tym uzasadniać dyskryminującego traktowania dzieci urodzonych w ramach takich układów. Prowadzi to do istotnych napięć między próbą ochrony obecnego kształtu polskiego systemu prawa rodzinnego a próbami wkraczania na grunt polski rozwiązań prawnych o zagranicznej proveniencji.

Dyskusja nad ujednoliceniem reguł dotyczących danych przesłaniających sama w sobie nie będzie raczej głównym aspektem debaty nad przyszłym kształtem rozwiązań normatywnych, dotyczących rodzicielstwa osób tej samej płci czy macierzyństwa zastępczego. Aktualnie można postulować albo o unifikację zasad w zakresie danych przesłaniających, albo zaakceptować, że w polskim obrocie prawnym będą funkcjonować również dokumenty bez danych jednego z rodziców. Obecnie przyjętym przez NSA stanowiskiem jest wykluczenie możliwości transkrypcji aktów urodzenia w przedstawionych w niniejszej publikacji oraz podobnych stanach faktycznych. Uwzględniając jednak potrzebę ochrony dobra dziecka, należałoby w taki sposób sformułować przepisy administracyjne, aby możliwe było uzyskanie niezbędnych dla dziecka dokumentów bez wskazywania danych rodziców. Rozwiązanie takie ma walor praktyczny, gdyż umożliwia realizację celów, które były przyczynkiem rozstrzyganych przed Naczelnym Sądem Administracyjnym spraw. Nie można przy tym tracić z pola widzenia okoliczności, że zaprezentowane rozwiązanie nie będzie prawdopodobnie satysfakcjonujące dla wszystkich stron konfliktu dotyczącego współczesnego modelu rodzicielstwa. Pozwala jednak zaspokoić te potrzeby, które wymagają natychmiastowej ochrony i które niewątpliwie są zgodne z realizacją zasady dobra dziecka.

Abstract

Rafał Łukasiewicz, *Fictitious Parent's Particulars in Birth Certificates in the Light of Recent Judgments of the Polish Supreme Administrative Court: Potential Challenges and Legal Amendments*

The purpose of this article is to compare legal regulations concerning fictitious parents' particulars to legal effects of recent judgments of the Polish Supreme Administrative Court.

Such data are written in a child's birth certificate and they include invented first name and surname of an unknown parent or parents. This paper analyses two judgments of the Polish Supreme Administrative Court concerning transcription of British birth certificates in which two lesbian couples (Polish citizens) were written as parents. In addition, there is an analysis of the judgment of the Polish Supreme Administrative Court concerning the transcription of an Indian child's birth certificate, in which only the intended Polish father's first name and surname were stated.

The aforementioned judgments could have a great impact on current legal principles of creating birth certificates in Poland. Furthermore, this article presents possible legal problems which could happen in the nearest future, as well as potential directions for changing the Polish legal system in the area in question.

Keywords: birth certificate, same-sex couples, surrogate motherhood

Streszczenie

Rafał Łukasiewicz, Dane przesłaniające w akcie urodzenia dziecka w świetle ostatniego orzecznictwa NSA – potencjalne wyzwania i zmiany prawa

Celem niniejszego artykułu jest porównanie regulacji prawnych dotyczących tzw. danych przesłaniających ze skutkami prawnymi ostatnich orzeczeń Naczelnego Sądu Administracyjnego. Dane przesłaniające obejmują fikcyjne imię i nazwisko rodzica lub rodziców, które są wpisywane do aktu urodzenia dziecka. Poddane analizie zostały dwa orzeczenia NSA dotyczące transkrypcji brytyjskich aktów urodzenia, w których jako rodziców wpisano dwie kobiety (obywatelki Polski). Ponadto, rozważono treść orzeczenia NSA dotyczącego transkrypcji indyjskiego aktu urodzenia, w którym zostały wpisane wyłącznie dane intencyjnego ojca będącego obywatelem Polski.

Wskazane orzeczenia mogą mieć ogromny wpływ na aktualne zasady sporządzania aktów urodzenia w Polsce. Niniejszy artykuł prezentuje także potencjalne kierunki zmian polskiego systemu prawnego w analizowanym obszarze.

Słowa kluczowe: akt urodzenia, pary jedнопłciowe, macierzyństwo zastępcze

Literatura:

1. Bączyk-Rozwadowska K., *Prokreacja medycznie wspomagana. Studium z dziedziny prawa*, Toruń 2018;
2. Cutas D., *On triparenting. Is having three committed parents better than having only two?*, *Journal of Medical Ethics* 2011/12, Vol. 37;
3. Gajda J., Łukasiewicz R., *Umowy o zastępcze macierzyństwo a przysposobienie: zarys problematyki* [w:] *Fundamentalne prawne problemy surrogate motherhood. Perspektywa krajowa*, red. P. Mostowik, Warszawa 2019;
4. Kasprzyk P. [w:] *Podręcznik Urzędnika Stanu Cywilnego*, t. 2, *Obrót prawny z zagranicą w zakresie rejestracji stanu cywilnego*, red. P. Kasprzyk, Lublin 2019;
5. Kasprzyk P., Mostowik P., Skubiszewski P., *Przewodnik z zakresu międzynarodowego obrotu prawnego dla urzędników stanu cywilnego*, red. P. Kasprzyk, Warszawa 2018;
6. Kasprzyk P., *Rejestracja zdarzenia mającego miejsce za granicą a transkrypcja zagranicznych dokumentów stanu cywilnego*, *Metryka* 2016, nr 1;
7. Litwin J., *Od oznaczenia „NN” do imienia przesłaniającego*, *Państwo i Prawo* 1951, nr 2;
8. Litwin J., *W sprawie usunięcia pewnych znamion dyskryminacji prawnej, dotyczących dzieci, których ojciec jest nieznan*, *Państwo i Prawo* 1950, nr 3;

9. Mostowik P., *O żądaniach wpisu w polskim rejestrze stanu cywilnego zagranicznej fikcji prawnej pochodzenia dziecka o „rodziców jedнопłciowych”*, Forum Prawnicze 2019, nr 6(56);
10. Mostowik P., *Problem obywatelstwa dziecka prawdopodobnie pochodzącego od obywatela polskiego niebędącego mężem surrogate mother. Uwagi aprobowujące wyroki NSA z 6 maja 2015 r. (II OSK 2372/13 oraz II OSK 2419/13)*, Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego MMXVIII, Vol. XVI;
11. Mostowik P., *Problem rejestracji w polskich aktach urodzenia dziecka od „rodziców jedнопłciowych” na tle orzecznictwa sądów administracyjnych w 2018 r.*, Warszawa 2019;
12. Mostowik P., *Glosa do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 10 października 2018 r. (sygn. akt II OSK 2552/16)*, Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego 2019, nr 4(85);
13. Pilich M., *Mater semper certa est? Kilka uwag o skutkach zagranicznego macierzyństwa zastępczego z perspektywy stosowania klauzuli porządku publicznego*, Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego MMXVIII, Vol. XVI;
14. Quinn C.M., *Mom, Mommy & Daddy and Daddy, Dad & Mommy: Assisted Reproductive Technologies & the Evolving Legal Recognition of Tri-Parenting*, Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers 2018/1, Vol. 31;
15. Woodward B.J., Norton W.J., *Lesbian intra-partner oocyte donation: A possible shake-up in the Garden of Eden?*, Human Fertility 2006/4, Vol. 9;
16. Zeiler K., Malmquist A., *Lesbian Shared Biological Motherhood: The Ethics of IVF with Reception of Oocytes from Partner*, Medicine, Health care and Philosophy 2014/3, Vol. 17.

Agata Lewulis*

30 lat mediacji rodzinnej we Francji – próba syntezy**

I. WPROWADZENIE

Alternatywne, w stosunku do postępowania sądowego, sposoby rozwiązywania sporów (tzw. ADR – *Alternative Dispute Resolution*) są od dłuższego czasu stosowane w systemach prawnych wielu państw jako skuteczny instrument ochrony prawnej interesów jednostek. Wśród nich – ze względu na znaczną elastyczność zasad oraz swobodę stron w zakresie kształtowania procedury postępowania – największą popularność zdobyła mediacja, nazywana niekiedy „królową ADR”¹.

Postulaty ugodowego rozwiązywania sporów w obszarze szeroko rozumianego prawa cywilnego zgłaszane w Polsce² doprowadziły do jej unormowania w Kodeksie postępowania cywilnego³ poprzez ustawę z 28.07.2005 r.⁴ Szczególne nadzieje wiązano z mediacją w sprawach rodzinnych⁵. Wydaje się jednak, że ani

* Agata Lewulis jest prawnikiem i dyplomowanym mediatorem, Polska, ORCID 0000-0003-2741-6308, e-mail: agalewulis@gmail.com

** Data zgłoszenia tekstu przez autorkę: 30.10.2019 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 20.04.2020 r.

¹ R. Świeżak, M. Tański, *Alternatywne metody rozwiązywania sporów. Przegląd zagadnień*, Warszawa 2003, s. 3.

² Zob. przykładowo M. Pazdan, *O mediacji i projekcie jej unormowania w Polsce*, „Rejent” 2004/2, s. 9 i n.; A. Zienkiewicz, *Mediator w sprawach cywilnych*, „Rejent” 2005/5, s. 142 i n.

³ Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2019 r. poz. 1460 ze zm.) – dalej k.p.c.

⁴ Dz.U. Nr 172, poz. 1438. Jan Brol (J. Brol, *Bariery na drodze alternatywnego rozwiązywania sporów w sprawach cywilnych. Mediacja*, „Prawo w Działaniu” 2010/7, s. 19) określił unormowanie mediacji w Księdze pierwszej (Proces) części pierwszej (Postępowanie rozpoznawcze) Kodeksu postępowania cywilnego (art.183¹–183¹⁵) jako „mediację uniwersalną”, obok mediacji już wcześniej funkcjonującej w niektórych kategoriach spraw. Wskazane opracowanie J. Broła, do którego odsyłam, zawiera m.in. informacje o praktyce stosowania nowych rozwiązań w pierwszym okresie ich obowiązywania (lata 2006–2007). Zob. też M. Skibińska, *Mediacja w sprawach cywilnych – studium porównawcze na tle rozwiązań polskich i francuskich*, „Rejent” 2008/3, s. 46 i n. Zarządzeniem Ministra Sprawiedliwości z 1.08.2005 r. została powołana Społeczna Rada ds. Alternatywnych Metod Rozwiązywania Konfliktów i Sporów. Warto przypomnieć, że z dniem wejścia w życie ustawy z 28.07.2005 r. (czyli 10.12.2005 r.) mediacja zastąpiła, obowiązkowe przed jej wprowadzeniem, posiedzenia pojednawcze w procesach rozwodowych i separacyjnych. Mediacje w sprawach o rozwód i separację zostały uregulowane w art. 436, 445² k.p.c. Zob. W. Stojanowska, *Fakultatywna mediacja w procesie o rozwód według znowelizowanego kodeksu postępowania cywilnego*, „Zeszyty Prawnicze UKSW” 2006/6.2, s. 33–41; R. Zegadło, *Mediacja w sprawach rodzinnych i opiekuńczych*, „Rodzina i Prawo” 2006/1(1), s. 44–57.

⁵ W styczniu 2000 r. został rozpoczęty, pod kierunkiem Hanny Przybyły-Basisty we współpracy z ówczesnym Departamentem Spraw Rodzinnych i Nietletnich Ministerstwa Sprawiedliwości, eksperymentalny program badawczy mediacji małżeńskich w sytuacji rozwodowej. Dnia 22.06.2001 r. minister sprawiedliwości powołał Zespół Pilotażowy do spraw Mediacji Rodzinnych. H. Przybyła-Basista, *Proces mediacji rodzinnych od teorii do praktyki*, „Mediator” 2002/21, s. 5–23; H. Przybyła-Basista, *Wpływ zmian w prawodawstwie rodzinnym na światło na rozwój praktyki mediacyjnej*, „Mediator” 2003/24, s. 5–18.

instytucjonalizacja, ani promocja mediacji nie przekładają się na jej zastosowanie w praktyce⁶. Taki stan rzeczy może rodzić pytanie, czy podobnie jest w innych państwach europejskich, a instytucja, która narodziła się w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej i rozpowszechniła w państwach *common law*, może liczyć na podobny sukces na Starym kontynencie?

W niniejszym artykule spróbuję się odnieść do tych kwestii, analizując sposób funkcjonowania mediacji rodzinnej we Francji, poczynwszy od traktowania jej jako nieco „egzotycznej i marginalnej praktyki”⁷ aż po instytucjonalizację w 2002 r., i powstania w 2003 r. nowej specjalności zawodowej – dyplomowanego mediatora rodzinnego.

Przykład francuski zdumiewa tym, jak w zaledwie kilka lat nowa, początkowo marginalna i mało widoczna działalność mediacyjna w sprawach rodzinnych zmieniła swój status, stając się wiarygodnym rozwiązaniem w pełni aprobowanym przez państwo oraz instytucje europejskie, które gotowe są ją wspierać, stwarzając ramy prawne dla jej funkcjonowania.

Zadziwiający jest również fakt wprowadzenia do systemu prawnego praktyki w istocie mało rozpowszechnionej. Można dostrzec coraz wyraźniejszą (choć mało realistyczną) wizję ustawodawcy francuskiego zakładającą, że rozwiedzeni małżonkowie⁸ doprowadzą swoje stosunki do takiego stanu, aby było możliwe porozumienie się dla dobra wspólnych dzieci. Przeżycia małżonków w trakcie rozwodu powodują, że wysłuchanie drugiej strony i uwzględnienie jej argumentów jest czasem trudne do zaakceptowania, nawet dla dobra wspólnego dziecka.

Przedmiotem prezentowanej analizy jest, m.in., próba odpowiedzi na następujące pytania: 1) w jaki sposób (i dlaczego tak szybko) doszło do prawnego uznania mediacji rodzinnej i uczynienia z jej prowadzenia oficjalnie uznanej działalności zawodowej?; 2) dlaczego, pomimo niewielkiego znaczenia w praktyce, mediacja rodzinna znalazła tak ogromne poparcie ze strony państwa?; 3) dlaczego, wbrew oczekiwaniom środowiska mediatorów, mediacja rodzinna nie cieszy się popularnością?; 4) w jaki sposób, w założeniach ustawodawcy, mediacja rodzinna służyć ma jako narzędzie mające wpływać na kształt rodziny, i szerzej – stosunków

⁶ Analizy statystyczne wykorzystywania mediacji w sprawach cywilnych w Polsce, po 7 latach od jej wprowadzenia, przedstawiła Agata Gójska (A. Gójska, *Mediacja w postępowaniu cywilnym w Polsce w statystykach Ministerstwa Sprawiedliwości*, „Profilaktyka Społeczna i Resocjalizacja” 2013, t. 22, s. 99–128). Autorka oceniła (s. 122–123), że: „w polskim postępowaniu cywilnym mediacje odgrywają marginalną rolę jako instrument, który stanowiłby realne uzupełnienie tradycyjnego systemu sprawiedliwości (...) pod względem odsetka skierowań w stosunku do liczby spraw rozpatrywanych, faktycznego wszczęcia mediacji oraz jej skuteczności rozumianej jako zawarcie ugody, najkorzystniej prezentują się mediacje w sprawach rodzinnych. W roku 2012 odsetek spraw skierowanych do mediacji rodzinnych w stosunku do wszystkich spraw wniesionych do sądu był trzykrotnie wyższy niż w sprawach cywilnych, przy czym wynosił jedynie 1 promil”. Jak wynika z informacji statystycznej Ministerstwa Sprawiedliwości (Wydział Statystycznej Informacji Zarządczej, Departament Strategii i Funduszy Europejskich), Ministerstwo Sprawiedliwości, *Postępowanie mediacyjne w świetle danych statystycznych. Sądy rejonowe i okręgowe w latach 2006–2018*, Warszawa, kwiecień 2019 r., s. 3), odsetek spraw skierowanych do mediacji w stosunku do wszystkich spraw wpływających do sądów, w których mediacja może być zastosowana wynosił: w 2013 i 2014 r. – 0,5%, w 2015 r. – 0,7%, w 2016 r. – 0,9%, w 2017 r. – 1,09%, a w 2018 r. – 1,07%.

⁷ L. Cardia-Vonèche, B. Bastard, *La médiation familiale: une pratique en avance sur son temps?* “Recherches et Prévisions” 2002/70 (*La médiation familiale. Premiers éléments d'évaluation*), s. 19.

⁸ Chodzi tu szerzej o funkcjonowanie związków zarówno formalnych, jak i nieformalnych posiadających wspólne, małoletnie dzieci, niezależnie od tego, czy para przeżywająca kryzys jest jeszcze przed, w trakcie lub po rozwodzie bądź orzeczeniu o separacji. W niniejszej pracy takie terminy jak *małżonkowie* (*byli*) *małżonkowie*, *małżonkowie w trakcie* lub *po rozwodzie bądź w separacji* itd. będą stosowane zamiennie.

społecznych? Na tym tle szczególna uwaga została poświęcona kwestii obligatoryjnej mediacji rodzinnej i jej ograniczeń wtedy, gdy występuje przemoc w rodzinie.

Aby zrealizować wskazane zadanie zostały przedstawione chronologicznie etapy funkcjonowania mediacji rodzinnej we Francji, a następnie analiza tej instytucji w ujęciu synchronicznym, ze szczególnym uwzględnieniem najważniejszych paradoksów, jakie „zwyczajowo już łączą się z tą praktyką”⁹.

II. MEDIACJA RODZINNA WE FRANCJI W UJĘCIU CHRONOLOGICZNYM

1. Okres początkowy (1988–1999) – oczekiwania wobec mediacji rodzinnej

1.1. Francuska rodzina – przemiany społeczne i prawne

Wraz z początkiem lat 70. ub. w. francuska rodzina uległa głębokiej transformacji¹⁰, co w kolejnym dziesięcioleciu doprowadziło do istotnych przemian społecznych w tym zakresie¹¹. W latach 80. nastąpił znaczny spadek zawieranych małżeństw¹², a także gwałtowny wzrost liczby separacji i rozwodów¹³. Pojawiły się nowe formy związków – rodziny *monoparentalne* oraz *zrekonstruowane* (patchworkowe). Nastąpiło zrównanie praw dzieci pozamałżeńskich z prawami dzieci pochodzących z małżeństwa¹⁴. Instytucja rodziny, po latach konserwatywnej stabilności¹⁵, gwałtownie zmieniła swoje oblicze. Przeobrażeniom tym towarzyszył powszechny wzrost świadomości pojawienia się nowych problemów ekonomicznych, praktycznych, społecznych i psychologicznych, jakim rodziny musiały sprostać w sytuacji rozpadu związku. Trudności te zaczęły być odczuwalne także wśród profesjonalistów z zakresu prawa rodzinnego w relacjach z osobami, które chciały na nowo ułożyć swoje życie rodzinne po rozwodzie¹⁶. Toczyły się długotrwałe spory porozwodowe, często przybierające na sile w toku postępowania sądowego (zwłaszcza w przypadku par posiadających małoletnie dzieci). Sprawy takie zalegały w coraz bardziej

⁹ B. Bastard, *Mais à qui profite la médiation familiale?*, „Dialogue” 2005/4, nr 170, s. 65 i n.

¹⁰ L. Cardia-Vonèche, B. Bastard, *La médiation familiale...*, s. 19; podobnie G. Casas Vila, *Médiation familiale: quelle place pour les violences conjugales ?* „Empan” 2009/1, nr 73, s. 71.

¹¹ Ogromną rolę w tej kwestii odegrał fakt, że dzięki zmianom legislacyjnym kobiety mogły swobodnie (bez zgody męża) podejmować działalność zawodową i uniezależniły się finansowo.

¹² W 1972 r. zawarto we Francji 417 tys. małżeństw (najwięcej od końca II wojny światowej). Od 1973 r. rozpoczął się spadek zawieranej rocznie liczby małżeństw, który trwał nieprzerwanie przez ponad 10 lat. W 1984 r. liczba zawartych małżeństw spadła poniżej 300 tys. (L’Institut national de la statistique et des études économiques [INSEE]), <https://www.insee.fr/fr/statistiques/1379729> (dostęp: 29.05.2020 r.).

¹³ Liczba rozwodów wynosiła we Francji w roku 1970 – 39 tys., podczas gdy w 1980 r. – już 81 tys. (INSEE).

¹⁴ Ustawa z 3.12.2001 r.

¹⁵ Patriarchalny duch Kodeksu Cywilnego Napoleona (1804 r.) przez ponad dwa wieki przenikał francuskie ustawodawstwo rodzinne. Jego scheda aż do początku lat 70. XX w. utrzymywała dawny kształt stosunków rodzinnych. Zapowiedzią przyszłych zmian były trzy ustawy uchwalone na przełomie lat 60. i 70. Pierwsza z nich (z 13.07.1965 r.) przyznała kobiecie zamężnej pełną zdolność prawną oraz prawo dysponowania swoją własnością, zniósła zasadę, w myśl której mąż miał prawo sprzeciwiać się podjęciu przez żonę działalności zawodowej, a także przyznała obojgu małżonkom prawo do posiadania własnego konta bankowego. Druga (z 28.12.1967 r.) wprowadziła prawo do stosowania antykoncepcji, zaś w trzeciej (z 23.12.1970 r.) – wcześniejsze pojęcie *władzy ojcowskiej* zostało zastąpione określeniem *wspólna władza rodzicielska*, które jednak miało się odnosić wyłącznie do dzieci pochodzących ze związku małżeńskiego (*enfant légitime*). Lata 70. przyniosły z kolei gruntowną reformę prawa rozwodowego (ustawa z 11.07.1975 r.), wprowadzając – obok rozwodu z orzeczeniem winy – trzy nowe drogi do uzyskania rozwodu.

¹⁶ L. Cardia-Vonèche, B. Bastard, *La médiation familiale...*, s. 19.

przeciążonych sądach, pogłębiając frustrację rozwodzących się par oraz dezorganizację ich życia rodzinnego¹⁷. W takich okolicznościach wyłoniła się we Francji nowatorska praktyka pozasądowego rozwiązywania sporów – mediacja rodzinna. Ta innowacyjna metoda rodem z Kanady (do której „przeniknęła” z USA) znakomicie wpisywała się w kontekst społeczny i prawny, w jakim w latach 80. XX w. funkcjonowały francuskie rodziny. W założeniu umożliwiała bowiem szybkie i jak najmniej bolesne ułożenie wzajemnych relacji porozwodowych, jeśli między rozwodzącymi się małżonkami istniało jakiekolwiek (choćby minimalne) porozumienie.

Mediacja rodzinna pojawiła się we Francji w szczególnym momencie historycznym (jakim było wprowadzenie zmian legislacyjnych dotyczących sprawowania władzy rodzicielskiej w przypadku rozwodu lub separacji rodziców)¹⁸. Zważywszy na anachroniczny charakter obowiązujących wcześniej przepisów bazujących na tradycyjnych koncepcjach rozwodu¹⁹, nowe rozwiązania ustawowe przyniosły – w skali całego społeczeństwa – istotną zmianę postaw w kwestii postrzegania rodzicielstwa po rozstaniu się małżonków²⁰. Stowarzyszenia rozwiedzionych ojców, które wtedy zaczęły powstawać²¹, odegrały istotną rolę²² w tworzeniu nowego modelu wspólnego sprawowania władzy rodzicielskiej (*co-parentalité*)²³ przez oboje rodziców – byłych małżonków. Zasada „nierozzerwalności związku”, w miejsce relacji między małżonkami, zaczęła się odnosić do więzi między rodzicami a dziećmi. W tym kontekście wspólne sprawowanie władzy rodzicielskiej można postrzegać jako odpowiedzialny sposób przeprowadzenia zmian wynikających z rozpadu związku małżeńskiego²⁴, pozwalający na podtrzymanie więzi między rodzicami a dziećmi niezależnie od tego, w jaki sposób ułożą się w przyszłości losy byłych małżonków.

¹⁷ V. Rousseau, *La médiation familiale en France. Quand l'évaluation des besoins et des ressources interroge les pratiques de terrain*, „Connexions” 2010/93, s. 79. Jak podkreśla autorka, niejednokrotnie dochodziło do porwań dzieci przez jednego z rodziców. Z tej przyczyny rozwinęła się potem międzynarodowa (transgraniczna, transnarodowa) mediacja rodzinna.

¹⁸ Ustawa nr 87-570 z 22.07.1987 r., tzw. ustawa Malhuret'a, wprowadzająca wspólne wykonywanie władzy rodzicielskiej. W 1993 r. miało miejsce promowanie wspólnego wykonywania władzy rodzicielskiej jako zasady w przypadku rozwodzących się małżonków oraz rodziców niezwiązanych węzłem małżeńskim (ustawa nr 93-22 z 8.01.1993 r.). W 2002 r. uchwalono ustawę o pięciu naprzemiennej nakazującej dobre relacje z byłym współmałżonkiem (ustawa nr 2002-305 z 4.03.2002 r.).

¹⁹ Jeszcze w 1975 r., gdy została przeprowadzona reforma rozwodowa (ustawa z 11.07.1975 r.), nikt nie rozważał podważenia obowiązującej od czasu tzw. ustawy Naquet'a z 1884 r. zasady, w myśl której po rozwodzie małżonków władza rodzicielska mogła być sprawowana jedynie przez jednego z rodziców. Nie wyobrażano sobie wtedy, w jaki sposób w życiu dziecka mieliby uczestniczyć oboje rodzice, skoro ich związek się rozpadł. Ówczesny Kodeks cywilny (dalej francuski k.c.) stanowił, że w takim przypadku *władza rodzicielska będzie powierzona jednemu lub drugiemu rodzicowi* (wszystkie podkr. – autorki). Owo *lub* wskazywało wyraźnie, że nieuniknioną konsekwencją rozwodu/separacji będzie rozróżnienie rodziców na rodzica „głównego” (sprawującego władzę rodzicielską, którego miejsce zamieszkania jest także miejscem zamieszkania dziecka) i rodzica „niepełnego” (*en pointillé*), którego obowiązki i więzi z dzieckiem sprowadzały się do płacenia alimentów i niezbyt częstych odwiedzin (I. Thiéry, raport 1998).

²⁰ Zmiana w postrzeganiu rozwodu (dawniej „bankructwa” małżonków) łagodzi – zdaniem Irène Thiéry (I. Thiéry, raport 1998) – opozycję pomiędzy *małżonkiem winnym* i jego *niewinnym ofiarą*, jak również powszechne odczucie, że nietrwałość więzów małżeńskich rozciąga się także na relację między rodzicami a dziećmi po rozwodzie, w szczególności na podtrzymanie więzi między ojcem i dziećmi.

²¹ M.in. SOS enfants du divorce, PEM (Parents Enfants Médiation), MCP (Mouvement à la condition paternelle).

²² Zdaniem niektórych autorów, m.in. Véronique Rousseau (V. Rousseau, *La médiation...*) to rozwiedzeni ojcowie, łącząc się w stowarzyszenia za pomocą różnych profesjonalistów, sprowadzili w 1987 r. z Quebecu do Francji mediację jako wyraz sprzeciwu wobec prawa, które prymat w relacji dziecko–rodzic przyznaje kobiecie (M.-O. Redouin, *Histoire de la Médiation familiale en France*, „Point de vue” 2015/5, s. 16–19).

²³ Zdaniem I. Thiéry (raport 1998) patrząc wstecz, już w reformie rozwodowej, przeprowadzonej we Francji w 1975 r., tkwił załazek współ-rodzicielstwa (*co-parentalité*). Wprowadzeniu rozwodu za obopólną zgodą stron towarzyszyło ogólne przekonanie, że będzie to sprzyjało wzajemnemu poszanowaniu praw byłych małżonków, ugodowemu rozwiązywaniu problemów, co pozwoliłoby uniknąć szkodliwych dla dziecka konfliktów.

²⁴ W oryginale: *acte de démarriage* (I. Thiéry, raport 1998).

1.2. „Narodziny” mediacji rodzinnej we Francji

W 1988 r., z inicjatywy rodziców należących do Stowarzyszenia „Ojciec Matka Dziecko” (APME²⁵), zorganizowano w Wersalu pierwszą konferencję na temat mediacji rodzinnej, na którą zaproszono Lorraine Filion²⁶, aby przedstawiła rozwój mediacji w Quebecu²⁷, a w szczególności przybliżyła kwestie dotyczące sytuacji dziecka rozwodzących się rodziców.

Stało się to impulsem dla podjęcia decyzji²⁸ o wyjeździe szkoleniowym do Quebecu małej grupy osób o różnych zawodach: adwokatów, terapeutów, psychologów, pracowników socjalnych, doradców rodzinnych. Mieli oni poznać zawód mediatora rodzinnego i jego funkcjonowanie w praktyce.

Po powrocie do Francji adepci nowego zawodu, za pomocą doświadczonych kolegów z Quebecu²⁹, przystąpili do organizowania różnego rodzaju szkoleń i staży³⁰. Szkolenia, skierowane do szerokiej publiczności³¹, miały rozpowszechniać mediację rodzinną. Okoliczności te sprawiły, że mediacja rodzinna zaczęła budzić we Francji rosnące zainteresowanie i już ok. 1990 r. zaczęła być praktykowana, zaś 5 lat później – została unormowana ustawowo.

1.3. Działania instytucji europejskich a francuska mediacja rodzinna

1.3.1. Rekomendacja w sprawie mediacji rodzinnej

Niezależnie od prężnych działań krajowych, instytucjonalny rozwój mediacji rodzinnej znajdował wsparcie w działaniach instytucji europejskich³². Trzecia Europejska Konferencja Prawa Rodzinnego zarekomendowała Radzie Europy (dalej też RE) zbadanie kwestii mediacji rodzinnej. Postawa ministrów sprawiedliwości uczestniczących w IV konferencji prawa rodzinnego (Strasburg, 1998 r.) wskazywała

²⁵ Association Père Mère Enfant Médiation (APME) to stowarzyszenie utworzone w 1983 r. z inicjatywy rodziców, którzy pomimo życia w rozłączeniu, wyrażali wolę pozostawania w bliskiej więzi ze wspólnym dzieckiem. W tym okresie nastąpił znaczny wzrost liczby rozwodów, a sytuacja prawna dzieci pozamałżeńskich nie była uregulowana ustawowo. Poszukując alternatywy dla postępowania sądowego, APME „odkryła” w 1987 r. mediację rodzinną propagując ją we Francji. Więcej na ten temat na stronie: <https://www.apme-mediation.fr/site/> (dostęp: 29.05.2020 r.).

²⁶ L. Filion zmarła w 2019 r. w wieku 77 lat. Była pracownikiem socjalnym, mediatorką rodzinną, ekspertem do spraw mediacji przy Sądzie Najwyższym w Montrealu (1975–2012). Pracowała zarówno w Quebecu, jak i w Europie. Jest, m.in., współautorką (wraz z E. Marynowicz-Hetką oraz D. Wolską-Prylińską) publikacji pt. *Kultura praktyki przedstawicieli profesji społecznych – podejścia mediacyjne w działaniu społecznym*, Łódź 2014.

²⁷ Mediacja rodzinna narodziła się na początku lat 70. XX stulecia w USA. Stan Kalifornia jako pierwszy uchwalił prawo zobowiązujące rodziców do skorzystania z mediacji rodzinnych, gdy, w trakcie postępowania rozwodowego, nie mogli osiągnąć porozumienia w sprawie pieczy nad dzieckiem. Przykład ten posłużył za wzór innym stanom, stając się szybko praktyką powszechnie stosowaną w całych Stanach Zjednoczonych, skąd w nieco zmienionej formie „przeniknęła” ona do Kanady. Choć mediacja jest w Kanadzie rekomendowaną drogą rozwiązywania problemów rodzinnych, to ustawodawca zrezygnował z nadania jej charakteru obligatoryjnego. Przepisy rozwodowe zawierają jedynie informacje o możliwości skorzystania z mediacji.

²⁸ Propozycję wyjazdu w celu wymiany doświadczeń zaproponowała Anne Babu, jedna z 24 członków-założycieli przyszłego Stowarzyszenia APMF oraz jego pierwsza przewodnicząca (1988–1991).

²⁹ Wśród nich m.in.: L. Filion, Justin Lévesques i Aldo Moronne.

³⁰ Jedną z ważniejszych form szkolenia przyszłych mediatorów były staże w paryskiej Szkole Rodziców i Edukatorów.

³¹ Budziły zainteresowanie zwłaszcza wśród rodziców oraz pracowników socjalnych kierujących się wytycznymi polityki rodzinnej, która akcentowała rolę rodziców w obliczu rozpadu związku.

³² L. Cardia-Vonèche, B. Bastard, *La médiation familiale...*, s. 22.

na aprobatę (a nawet entuzjazm) wobec mediacji. Liczne konsultacje i dyskusje doprowadziły w 1998 r. do uchwalenia przez Radę Ministrów RE Rekomendacji³³ zalecającej państwom członkowskim „wprowadzenie lub propagowanie mediacji rodzinnej lub, jeśli zajdzie taka potrzeba, umocnienie mediacji rodzinnej już funkcjonującej, a także przedsięwzięcie lub zintensyfikowanie wszelkich niezbędnych środków (...), by propagować i stosować mediację jako właściwą formę rozwiązywania konfliktów rodzinnych”³⁴. W preambule dyrektywa RE rekomendowała³⁵ rozwijanie mediacji rodzinnej we wszystkich państwach członkowskich, rozszerzając jednocześnie jej zakres³⁶ na „wszelkie spory pomiędzy członkami tej samej rodziny, niezależnie od tego, czy łączą ich więzy krwi, czy związek małżeński oraz pomiędzy osobami, które łączą lub łączyły więzi rodzinne określone w ustawodawstwie krajowym”³⁷.

Rada Europy pozostawia państwom członkowskim decyzję co do określenia zakresu spraw nadających się do mediacji. Wiąże się to z brakiem harmonizacji norm w skali międzynarodowej, równoległym propagowaniem przez RE także innych polubownych sposobów rozwiązywania sporów³⁸, oraz funkcjonowania od dawna poradnictwa małżeńskiego i rodzinnego.

1.3.2. Organizacje promujące mediację rodzinną we Francji, kształcenie mediatorów

Pod koniec 1990 r. francuscy mediatorzy utworzyli Stowarzyszenie na rzecz rozpowszechniania mediacji – APMF³⁹. Jego pierwszym zadaniem było zredagowanie Kodeksu Deontologii Mediacji Rodzinnych⁴⁰. Kodeks został uchwalony podczas I Europejskiego Kongresu Mediacji Rodzinnych, który odbył się w Caen

³³ Rekomendacja nr R (98) 1 Komitetu Ministrów Rady Europy dla państw członkowskich na temat mediacji rodzinnej. Przyjęta na posiedzeniu Komitetu Ministrów Rady Europy 21.01.1998 r. powołanego w wyniku zaleceń III Europejskiej Konferencji Prawa Rodzinnego (Kadyks, 22–24.04.1995 r. – dalej Rekomendacja nr R (98) 1) oraz memorandum wyjaśniające (przyjęte przez Komitet Ministrów 21.01.1998 r. na 616. spotkaniu wiceministrów); kompletny tekst dostępny na stronie: <https://www.lublin.so.gov.pl/download/12.pdf> (dostęp: 29.05.2020 r.).

³⁴ Pkt 11 wspomnianej Rekomendacji (nr R (98) 1).

³⁵ Dyrektywa europejska, Rekomendacja nr R (98) 1.

³⁶ Przed 1998 r. mediacja rodzinna była łączona wyłącznie ze sprawami dotyczącymi separacji i rozwodów w przypadku konfliktów zarówno krajowych, jak i w skali międzynarodowej (mediacja transgraniczna /transnarodowa).

³⁷ Dyrektywa europejska, Rekomendacja nr R (98) 1.

³⁸ Kolejne dyrektywy europejskie dotyczą: technik polubownego rozwiązywania sporów (1981 r.), mediacji rodzinnej (1998 r.), mediacji karnych (1999 r.), alternatywnych sposobów postępowania w stosunkach władz administracyjnych z osobami prywatnymi (2001 r.), mediacji w sprawach cywilnych i handlowych (2002 r.).

³⁹ APMF – *Association pour la Promotion de la Médiation Familiale* – Stowarzyszenie na rzecz promowania Mediacji Rodzinnej powstało w 1988 r. z inicjatywy 24 członków-założycieli po powrocie z Quebecu francuskich adeptów mediacji rodzinnej.

⁴⁰ W grudniu 1990 r. APMF zredagowała pierwszy Kodeks Deontologii Mediacji Rodzinnej (zmodyfikowany 8 lat później). *Conseil National Consultatif de la médiation familiale* w celu zagwarantowania należytych warunków przeprowadzania mediacji rodzinnej, oprócz definicji mediacji rodzinnej (22.04.2003 r.), sformułowała także zasady deontologii i ramy etyczne zawodu mediatora, zalecając jednocześnie, aby były one przedstawione stronom podczas pierwszego spotkania (spotkanie informacyjne), a także, aby były obwieszczone na afiszach w pomieszczeniu przeznaczonym do prowadzenia mediacji. FENAMEF opracowała (w 2000 r.) Kartę mediacji rodzinnej (*Charte de la médiation familiale*), skierowaną przede wszystkim do stowarzyszeń i instytucji świadczących usługi mediacyjne. Najważniejsze zasady odnoszące się do prowadzenia mediacji rodzinnej sformułowane przez wyżej wymienione instytucje to: 1) zasada dobrowolności; 2) zasada poufności; 3) zasada bezstronności; 4) znaczenie odpowiedniego przygotowania zawodowego mediatorów.

w 1990 r.⁴¹ Powstała też organizacja łącząca stowarzyszenia zajmujące się mediacjami rodzinnymi – Comité National des Associations et Services de Médiation Familiale (CNASMF, pierwotnie FENAMEF) – mająca dbać o jakość mediacji rodzinnych, poszanowanie zasad deontologii, upowszechnianie wiedzy o mediacji.

Przedstawiciele różnych zawodów (pracownicy socjalni, psycholodzy, terapeuci małżeńscy, wychowawcy, prawnicy itd.) pragnąc nauczyć się technik mediacyjnych, by je następnie praktykować, uczęszczali na rozmaite szkolenia, najczęściej „wpisujące” różne sposoby prowadzenia mediacji w ramy wykonywanego przez nich zawodu. Rzadziej w ramach szkoleń przedstawiano mediację jako nową działalność *à part*, komplementarną do wykonywanej przez nich pracy.

Obok różnego rodzaju kursów, mediacja rodzinna została wprowadzona do stałego programu nauczania kilku wyższych uczelni. Było to wyrazem przekonania władz tych uczelni, że dobre prowadzenie mediacji wymaga poważnego przygotowania i nauczania dłuższego niż krótkoterminowe szkolenia. Choć w środowisku mediatorów, z uwagi na konkurencję i walkę o wpływy trudno było o zgodę, przyjęto, że mediacje rodzinne powinny być rozwijane w kierunku praktyki w pełni profesjonalnej.

Francuska mediacja rodzinna w początkowym okresie opierała się na modelu kanadyjskim⁴², jednak z biegiem czasu stopniowo malała rola praktyków z Kanady. Powstający „rynek mediatorów” był wewnętrznie niespójny i skonfliktowany. Było to konsekwencją zróżnicowania form kształcenia mającego przygotować do wykonywania zawodu mediatora, mnożenia się ośrodków mediacyjnych, różnorodności organizacyjnej. Powstawały zarówno małe stowarzyszenia, których jedynym celem było prowadzenie mediacji, jak i instytucje działające na większą skalę, posiadające już jakieś doświadczenie w pracy z rodzinami lub mające związek z wymiarem sprawiedliwości.

Czynnikiem konsolidującym środowisko mediatorów rodzinnych stała się wspólna postawa wobec projektu ustawy z 1990 r., który przewidywał włączenie mediacji do ustawodawstwa cywilnego oraz zakaz jej profesjonalizacji. Mediator miał być osobą godną zaufania, prowadzącą mediację okazjonalnie i nieodpłatnie⁴³. Mediatorzy zmobilizowali się wówczas i doprowadzili do ponownego rozpatrzenia modelu mediacji. Ostatecznie projekt wspomnianej ustawy nie został uchwalony z przyczyn niezwiązanych z zagadnieniem mediacji, jednak walka o jego kształt przyniosła mediatorom poczucie jedności i skuteczności działań.

⁴¹ Kongres ten (30.11.–1.12.1990 r.) zorganizowało Stowarzyszenie Przyjaciół Jana Bosco (*Association des Amis de Jean Bosco*) we współpracy z APMF. Oprócz Kodeksu Deontologii zawodowej opracowano też podstawowe założenia szkoleń dla osób pragnących wykonywać zawód mediatora w Europie, które w kolejnym, 1991 r. (15.10.1991 r.), zostały ujęte w Europejskiej Karcie Kształcenia Mediatorów Rodzinnych (*Charte Européenne de Formation des Médiateurs Familiaux*), zainicjowanej przez Jocelyne Dahan. Kongres zgromadził ponad 600 uczestników z 12 różnych krajów i był okazją do przybliżenia mediacji rodzinnej profesjonalistom różnych zawodów.

⁴² L. Cardia-Vonèche, B. Bastard, *La médiation familiale...*, s. 19–29. W opracowaniu (s. 20) podkreślano, że w tym okresie francuscy mediatorzy działali wyłącznie w oparciu o doświadczenia kanadyjskie; nie odwoływali się ani do źródeł amerykańskich, ani do licznych już wtedy prac anglojęzycznych, czy do (niekiedy bardzo) krytycznych tekstów, które wzbudzała ta praktyka (*Annales de Vaucresson*, 1998 r.).

⁴³ W Raporcie nr 1196 w sprawie projektu ustawy (nr 636) wprowadzającej mediację do porządku prawnego, przedstawionym na forum Zgromadzenia Narodowego przez André Delattre’a, możemy przeczytać: „Nie chodzi o to, aby ustanowić nowy zawód prawniczy, ani o to, by stało się regułą, że prawnicy prowadzą mediacje jako działalność dodatkową. (...) Jeśli chcemy zachować elastyczność systemu, należy w początkowym okresie działać ze szczególną ostrożnością, aby nie powstał zawód mediatora”.

1.3.4. Instytucjonalizacja mediacji cywilnych w 1995 r.

Ustawa z 8.02.1995 r.⁴⁴ dotycząca organizacji sądownictwa, procedury cywilnej, karnej i administracyjnej wraz z Dekretem wykonawczym z 22.07.1996 r.⁴⁵, niespodziewanie dla środowiska mediatorów⁴⁶ wprowadziła mediacje cywilne (podczas prac zespołu mediacja rodzinna została pominięta). W myśl art. 131-1 i n. francuskiego k.p.c.: „Sędzia, rozstrzygając spór może, po uzyskaniu zgody stron, wyznaczyć osobę trzecią w celu wysłuchania stron i skonfrontowania ich stanowisk, aby umożliwić im znalezienie rozwiązania ich konfliktu”.

W okresie tworzenia stowarzyszeń i konsolidacji środowiska mediatorów nie nastąpił istotny wzrost liczby spraw przekazanych do mediacji⁴⁷. W raporcie z 1998 r.⁴⁸ socjolog I. Théry opowiedziała się za rozwojem mediacji rodzinnej w sprawach rozwodowych. Zauważyła, że chociaż mediacje upowszechniają się, to obserwuje się „pewną opieszałość władz publicznych jeśli chodzi o wypracowanie przepisów szczególnych odnoszących się do kwestii ochrony więzi dziecka z obojgiem rodziców”. Sugerowała, m.in., ponowne rozpatrzenie kwestii finansowania ośrodków mediacyjnych, ich rozdzielania pomiędzy beneficjentów w całym kraju i szkolenia mediatorów. W kolejnym raporcie sporządzonym w 1999 r. pod kierownictwem Françoise Dekeuver-Défossez⁴⁹ na zlecenie minister sprawiedliwości, autorzy – omawiając zagadnienia związane z rodzicielstwem – posługiwali się w większym stopniu terminologią zaczerpniętą z mediacji niż językiem prawniczym. W tekście wielokrotnie pojawia się pojęcie pary rodzicielskiej (*couple parental*), które, zgodnie z „filozofią” mediacji podkreśla znaczenie, jakie dla dobra dziecka ma wzajemne porozumienie i utrzymywanie relacji rodziców pomimo rozvodu. Raport zachęcał rodziców do skorzystania z mediacji na każdym etapie postępowania, gdy tylko pojawi się próba pojednania, także w innych sprawach niż piecza nad dziećmi. Potwierdzając dobrowolność mediacji, raport nie wykluczał narzucenia rodzicom spotkania z mediatorem w razie sporów po orzeczeniu separacji lub rozvodu, mających charakter powtarzający się lub niemożliwych do zakończenia przez strony. Stwierdzono, że postulaty te można będzie zrealizować, gdy zostaną rozwinięte struktury mediacyjne, a sędziowie rodinni nauczą się kierować rodziców na mediacje.

⁴⁴ Ustawa nr 95-125 z 8.02.1995 r. dotycząca organizacji sądów i procedury cywilnej, karnej i administracyjnej. Mediacja cywilna została uregulowana w art. 131-1 i 131-15 Kodeksu postępowania cywilnego – dalej francuski k.p.c.

⁴⁵ Dekret wykonawczy nr 96-652 z 22.07.1996 r. Informacje na temat unormowań tego dekretu w literaturze polskiej zawiera opracowanie Magdaleny Skibińskiej (M. Skibińska, *Mediacja w sprawach cywilnych – studium porównawcze na tle rozwiązań polskich i francuskich*, „Rejent” 2008/3, s. 46–73).

⁴⁶ Wcześniej działalność mediacyjna była ustawowo regulowana jedynie w obszarze prawa publicznego.

⁴⁷ Badanie zrealizowane przez Claude Martina na zlecenie Ministerstwa Sprawiedliwości (raport C. Martina, 1994) dotyczące liczby mediacji przeprowadzonych w latach 1990–1991 pozwala wnioskować, że tylko niektóre, najbardziej znane spośród licznej grupy istniejących stowarzyszeń (np. Passerelle w Grenoble, Couvige w Clermont-Ferrand czy Familles d'Aunis w La Rochelle) mogą się poszczycić stosunkowo wysoką liczbą przeprowadzonych mediacji. Badanie wykazało, że do 19 głównych ośrodków prowadzących działania mediacyjne zgłosiło się 371 par, z których większość została skierowana przez sądy.

⁴⁸ I. Théry, raport 1998.

⁴⁹ F. Dekeuver-Défossez, *Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Paryż 1999.

2. Instytucjonalizacja mediacji rodzinnej we Francji w latach 2000–2005

2.1. Krajowa Rada Konsultacyjna do spraw Mediacji Rodzinnej. Państwowy Dyplom Mediatora

W 2001 r. utworzono⁵⁰ Krajową Radę Konsultacyjną do spraw Mediacji Rodzinnej (CNCMF⁵¹). Zadaniem powołanej na trzy lata instytucji miało być wypracowanie ogólnie obowiązującej definicji mediacji rodzinnej oraz jej sprofesjonalizowanie.

W 2003 r. Rada przyjęła oficjalnie obowiązującą definicję, zgodnie z którą „[m]ediacje rodzinne to proces polegający na zbudowaniu lub odbudowaniu⁵² więzi rodzinnej zorientowany na autonomię i odpowiedzialność osób, których dotyczy rozpad związku lub separacja, w którym mediator rodzinny – osoba trzecia, bezstronna, niezależna, posiadająca odpowiednie kwalifikacje i nieposiadająca prawa do podejmowania decyzji – poprzez zorganizowanie spotkań o charakterze poufnym, sprzyja wzajemnej komunikacji stron oraz ułatwia przebieg konfliktu rodzinnego pojmowanego w całej jego różnorodności⁵³ i ewolucji w czasie”.

Zakres spraw podlegających mediacji rodzinnej nie jest enumeratywnie wymieniony. Ustawodawca posłużył się ogólnym sformułowaniem *dans leur diversité*, które ma wskazywać na ich różnorodność. Wszystkie je łączy wspólna cecha – trudności w porozumieniu się lub całkowity brak komunikacji w stosunkach rodzinnych⁵⁴.

Przyjmuje się⁵⁵, że mediacja obejmuje wszelkie sprawy dotyczące stosunków pomiędzy członkami rodziny (w jej kształcie obecnym oraz w przyszłości w przypadku rozpadu związku), w szczególności takie jak zażegnanie często bolesnych, długotrwałych i zaognionych konfliktów w relacjach między:

- rodzicami – niezależnie od formy ich związku⁵⁶ – przed⁵⁷, w trakcie bądź po⁵⁸ rozwodzie lub separacji (także w skali międzynarodowej);
- pełnoletnim rodzeństwem⁵⁹;
- innymi krewnymi („pokoleniami”).

Ponadto, mediacja rodzinna może się odnosić też do sytuacji konfliktowych związanych z:

- dziedziczeniem w przypadku śmierci jednego z członków rodziny;

⁵⁰ Rozporządzenie z 8.10.2001 r. ówczesnej minister rodziny – Ségolène Royal.

⁵¹ (fr.) *Conseil National Consultatif de la Médiation Familiale*; kierowanie tą instytucją zostaje powierzone stojącej na czele UNAF (*Union Nationale des Associations Familiales*) – Monique Sassier.

⁵² Termin *odbudowanie* wskazuje na możliwość naprawy relacji; to istotna różnica w stosunku do modelu mediacji rodzinnej za Atlantykiem.

⁵³ Brak enumeratywnego wyliczenia.

⁵⁴ *Médiation familiale: un métier pour l'avenir*, Travaux et recommandations, CNCMF.

⁵⁵ M.in. M. Savourey, *La Médiation Familiale*, „Journal du droit des jeunes” 2007/8 (n. 268), s. 15–28, <https://www.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2007-8-page-15.htm> (dostęp: 25.08.2019 r.); M. Sassier, *Médiation familiale: un métier pour l'avenir*, Conseil national consultatif de la médiation familiale (CNCMF) Travaux et recommandations, grudzień 2004 r.

⁵⁶ Małżeństwo, konkubinaty, PACS, związki nieformalne.

⁵⁷ W przypadku np. braku komunikacji, oddalenia geograficznego, spraw majątkowych itp.

⁵⁸ Wszelkie sprawy dotyczące organizacji życia dziecka po rozstaniu, np. ustalenie kontaktów z małoletnim dzieckiem; ustalenie i zmiana miejsca stałego pobytu małoletniego dziecka; ustalenie i zmiana wysokości świadczeń alimentacyjnych; ustalenie ojcostwa; pozbawienie bądź ograniczenie władzy rodzicielskiej; sprawy o rozstrzygnięcie o istotnych sprawach dziecka.

⁵⁹ Np. porozumienie w sprawach pieczy nad starszymi rodzicami, dotyczące ich zdrowia, środków utrzymania czy miejsca zamieszkania, także – konflikty związane z dziedziczeniem, podziałem majątku itp.

- relacji pomiędzy rodziną biologiczną a zastępczą, w której zostały umieszczone dzieci.

W 2003 r. Rada ustanowiła⁶⁰ Państwowy Dyplom Mediatora Rodzinnego (*Diplôme d'état de médiateur familial* – DEMF)⁶¹, zaświadcający „o posiadaniu kompetencji wymaganych do pracy z osobami będącymi w trakcie rozwodu lub separacji, aby pomóc im wypracować rozwiązania odpowiadające potrzebom każdego z członków rodziny sprzyjające odbudowie ich więzi rodzinnej.”. Sprofesjonalizowanie w 2003 r. praktyki stanowi moment przełomowy dla działań mediatorów rodzinnych, świadczący o ich uznaniu przez władze publiczne.

2.3. Ustawowe uregulowanie mediacji rodzinnej – reformy z lat 2002 i 2004

Rozwój mediacji rodzinnej oraz jej instytucjonalne wzmocnienie wiąże się z dwiema reformami prawa rodzinnego: pierwsza z 2002 r. dotyczyła wspólnego sprawowania władzy rodzicielskiej⁶², druga (z 2004 r.) – rozwodu⁶³. Wprowadzające je ustawy wzmacniając system wspólnego sprawowania władzy rodzicielskiej (*co-parentalité*) oraz organizację pieczy nad dziećmi, a zwłaszcza model pieczy naprzemiennej – są w pełni koherentne z „duchem” mediacji⁶⁴.

Wraz z pierwszą z reform mediacja rodzinna weszła do francuskiego Kodeksu cywilnego (art. 372-2-10). Zgodnie z ustawą z 4.03.2002 r. „aby ułatwić rodzicom wypracowanie zgodnego sposobu sprawowania władzy rodzicielskiej, sędzia może zaproponować im skorzystanie z mediacji i, po uzyskaniu ich zgody, wyznaczyć w tym celu mediatora rodzinnego” (art. 373-2-10 francuskiego k.p.c. w związku z ustawą nr 2002-305 z 4.03.2002 r. o sprawowaniu władzy rodzicielskiej). Sędzia może także „nakazać stronom spotkanie z mediatorem rodzinnym, który poinformuje ich o przedmiocie i przebiegu tej procedury” (art. 255-2 francuskiego k.c.).

Ustawa z 26.05.2004 r., powtarzając zapis z 2002 r.⁶⁵, wprowadza mediację rodzinną do postępowania rozwodowego, jako jeden ze środków tymczasowych orzeczonych na posiedzeniu spornym⁶⁶. Zgodnie z dekretem z 20.10.2004 r. dotyczącym postępowania w sprawach o rozwód, powiadomienie wzywające

⁶⁰ Dyplom mogą uzyskać osoby, które odbyły odpowiednie szkolenie teoretyczne w zakresie technik mediacyjnych, prawa, psychologii, socjologii (490 godzin) i praktyki (70 godzin) oraz zdały egzaminy certyfikacyjne.

⁶¹ Dekret nr 2003-1166 z 2.12.2003 r.; z kolei rozporządzenie z 12.02.2004 r. oraz okólnik z 30.07.2004 r. precyzują warunki kształcenia przyszłych mediatorów, organizację egzaminów oraz uwierzytelnianie nabytego doświadczenia (VAE). Ponadto, przewiduje się procedury akredytacji i nadzoru nad placówkami odpowiedzialnymi za kształcenie mediatorów.

⁶² Ustawa nr 2002-305 z 4.03.2002 r. dotycząca władzy rodzicielskiej.

⁶³ Ustawa nr 2004-439 z 26.05.2004 r. dotycząca rozwodu.

⁶⁴ Ustawa z 4.03.2002 r. wprowadza nową definicję władzy rodzicielskiej; zmierza do upowszechnienia wspólnego sprawowania władzy rodzicielskiej, niezależnie od rodzaju więzi rodzicielskiej, do wzmocnienia odpowiedzialności rodziców za realizację uprawnień i obowiązków rodzicielskich oraz do przyjęcia modelu wspólnego sprawowania władzy rodzicielskiej, nawet jeśli rodzice żyją w rozłączeniu. Ustawa z 26.05.2004 r. ma na celu złączenie procedur rozwodowych tak, aby ułatwić rodzicom lepszą organizację następstw ich rozłączenia w stosunku do wspólnych dzieci.

⁶⁵ Wśród środków tymczasowych orzeczonych na posiedzeniu spornym, sędzia może w szczególności: 1) zaproponować małżonkom skorzystanie z mediacji i, po uzyskaniu ich zgody, wyznaczyć mediatora rodzinnego w tym celu; 2) nakazać im spotkanie z mediatorem rodzinnym, który poinformuje ich o przedmiocie i przebiegu tej procedury.

⁶⁶ Art. 255 francuskiego k.c. w związku z ustawą nr 2004-439 z 26.05.2004 r. dotyczącą reformy rozwodu oraz Dekretem nr 2004-1158 z 29.10.2004 r.

do próby pojednania zawierać będzie, tytułem informacji, wzmiankę o dyspozycjach art. 252–254⁶⁷ oraz 255 pkt 1 i 2 francuskiego k.c.⁶⁸

3. Okres stagnacji w latach 2005–2010

3.1. Uwagi wprowadzające

W ciągu niespełna 20 lat mediacja rodzinna we Francji uzyskała pełne uznanie państwa. Bardzo szybko następował rozwój centrów szkoleniowych oraz sieci ośrodków mediacyjnych. W 2006 r., by rozpowszechnić mediację, wprowadzono mechanizmy częściowego dotowania tych usług przez państwo. Zostały spełnione wszystkie warunki, by mediacje się rozwijały⁶⁹, ale mediacja rodzinna była słabo zakorzeniona w świadomości osób, do których ją kierowano⁷⁰. Mediatorzy oczekiwali pozycji porównywalnej z posiadaną przez przedstawicieli innych zawodów pracujących z rodzinami w stanie konfliktu (adwokatów, psychologów, doradców rodzinnych, terapeutów). Wydawało się, że ich oczekiwaniom powinno sprzyjać nowe podejście do konfliktu rodzinnego⁷¹ oraz reforma prawa rozwodowego. Uproszczenie procedury rozwodowej sprzyjało zmianie podejścia do rozwodu i separacji małżonków⁷² poprzez ich *sui generis* oddramatyzowanie i banalizację.

Podczas szkoleń mediatorom wpajano wizję mediacji jako cudownego środka zaradczego na odciążenie sądów, „nowatorskiego narzędzia służącego zażegnaniu konfliktów związanych z separacją i rozwodem”⁷³. Mimo to niski popyt na usługi mediatorów budził ich niepokój⁷⁴. Ilustruje to stwierdzenie Danièle Ganacia z 2004 r., że: „sytuacja mediacji rodzinnej we Francji jest paradoksalna: wszyscy o niej mówią, instytucje państwowe ją wspierają, ale prawie nikt jej nie praktykuje”⁷⁵.

Znaczny rozdźwięk między niewielkim zainteresowaniem mediacją rodzinną a silną pozycją mediatorów i rozbudowanym rynkiem usług mediacyjnych⁷⁶ potwierdzają dane liczbowe zawarte w raportach⁷⁷, powstałych na zlecenie Ministerstwa Sprawiedliwości, tym cenniejsze, że wiarygodnych badań praktyki mediacyjnej jest

⁶⁷ Przepisy dotyczące procedury pojednawczej w postępowaniu rozwodowym.

⁶⁸ Art. 1108 francuskiego k.p.c. w związku z Dekretem z 20.10.2004 r. dotyczącym postępowania w sprawach o rozwód.

⁶⁹ L. Cardia-Vonèche, B. Bastard, *La médiation familiale...*, s. 24.

⁷⁰ B. Bastard, *Médiation familiale: une profession qui peine à trouver son public*, s. 68, <https://www.cairn.info/revue-informations-sociales-2012-2-page-66.htm> (dostęp: 29.10.2019 r.).

⁷¹ J. Grechez, *Enjeux et limites de la médiation familiale*, „Dialogue” 2005/170, s. 32.

⁷² Przypomnijmy za Jean Grechezem (J. Grechez, *Enjeux et limites...*) wielką debatę środowiska prawniczego na temat wyboru formy procedury rozwodowej; wypowiadano się wtedy na rzecz polubownej formy rozwodu za obopólną zgodą stron, odradzając stanowczo sporną procedurę rozwodu z orzeczeniem winy. „Osoby, który zdecydowały się na rozwód konfliktowy oraz ich adwokaci byli wytykani palcami, tak, jakby wybór ugodowej, szybkiej i bezproblemowej formy rozwodu był koniecznym warunkiem do tego, by należycie się rozwieść”.

⁷³ V. Rousseau, *La médiation familiale...*, s. 85.

⁷⁴ B. Bastard, *Mais à qui profite...*, s. 74.

⁷⁵ V. Rousseau, *La médiation familiale...*, s. 88 (za: Danièle Ganancia magistrat lors du colloque du Centre de médiation du barreau du Val-de-Marne du 1.10.2004).

⁷⁶ C. Barbosa, P. Domingo, S. Renouard, A. Mathivet, E. Saint-Macary, *La médiation familiale: les services, les bénéficiaires et les non-recourants*, Dossier d'Étude nr 176, CNAF (DSER) – ARISTAT, „Dossier d'Étude” 2015/176.

⁷⁷ M.in. Claude Martin, Françoise Moreau, Brigitte Munoz-Perez, Evelyne Serverin, *Des mesures en petit nombre, fortement subventionnées*, DACS, ministère de la Justice, 2004 r.; Serge Guinchard (2008 r.); Jean Leonetti (2009 r.), *Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droit des tiers*, Rapport au Premier ministre, La documentation française, 2009 r., s. 89–90.

niewiele⁷⁸. W 1994 r. w 20 znaczących ośrodkach mediacyjnych przeprowadzono mniej niż 400 mediacji rodzinnych⁷⁹. Wynik ten niewiele się zmienił w ciągu następnych lat. W 2002 r. zrealizowano 5 000 mediacji, z czego 1 500 stanowiły mediacje sądowe, a 3 500 – na wniosek rozwodzących się małżonków. W zestawieniu z liczbą postępowań sądowych (380 tys.) to „kropla w morzu”. Niektórzy autorzy mówią o „porażce praktyki mediacyjnej”⁸⁰, podkreślając jej niewielką skuteczność w stosunku do nakładów finansowych państwa⁸¹. „Należy stwierdzić, że mediacja (jeszcze) nie znalazła klientów” podsumował ten stan rzeczy Benoit Bastard w 2004 r. W 2009 r. przeprowadzono mniej niż 14 tys. mediacji rodzinnych, gdy sądy rodzinne pierwszej instancji orzekały w ponad 350 tys. spraw. W 2012 r. w ośrodkach mediacyjnych dotowanych ze środków publicznych przeprowadzono niespełna 16 tys. mediacji rodzinnych⁸². Z raportu rządowego z 2008 r.⁸³ wynikało, że ogół mediacji w sprawach cywilnych dotyczył 1,1% spraw przed sądami pierwszej instancji oraz 1,5% spraw rozstrzyganych w sądach apelacyjnych.

Ustalono, że wśród spraw rozwiązywanych w drodze mediacji większość dotyczyła rozwodów i separacji (90,5%).

Z badań *Caisse Nationale d'Allocations Familiales* – CNAF z lat 2005–2009⁸⁴ wynika, że rodzice⁸⁵, którzy skorzystali z mediacji to pary z jednym (47%) lub dwojgiem (37%) dzieci⁸⁶, średnio o 10-letnim „stażu” małżeńskim, z których ponad połowa (51%) była w trakcie rozwodu lub pozostawała w separacji⁸⁷.

W przeważającej większości (89%) rodzice mają trudności z porozumiewaniem się⁸⁸. Przedmiotem mediacji sądowej było najczęściej wspólne sprawowanie władzy rodzicielskiej (92%) i przywrócenie komunikacji między rodzicami (63%)⁸⁹. W mediacjach pozasądowych strony najczęściej koncentrują się na kwestiach finansowych związanych z dziećmi (51%) lub byłymi małżonkami (25%)⁹⁰. Pozostałe mediacje rodzinne wiążą się z konfliktami rodziców i pełnoletnich dzieci (3%), problemami wynikającymi na tle stosunków międzypokoleniowych (2,5%) lub innymi (4%)⁹¹.

⁷⁸ B. Bastard, *Controverses autour de la copaternalité*, „Sciences humaines” 2005/1, nr 156, s. 67.

⁷⁹ C. Martin, *Les médiations familiales: structures, modèles d'intervention, publics et rapports au judiciaire. Justice pour tous ou justice communautaire?* Rapport pour le service de la recherche du ministère de la Justice, 1994.

⁸⁰ B. Bastard, *Mais à qui profite...*, s. 70.

⁸¹ F. Moreau, B. Munoz-Perez, E. Serverin, *Des mesures en petit nombre, fortement subventionnées*, Ministère de la Justice Direction des affaires civiles et du Sceau, 2004.

⁸² B. Bastard, *Mais à qui profite...*, s. 70.

⁸³ Raport dotyczący organizacji sądów zatytułowany *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée* przygotowany pod kierownictwem prof. Serge Guincharda na zlecenie Ministerstwa Sprawiedliwości (2000 r.).

⁸⁴ W latach 2005–2009 CNAF w placówkach mediacyjnych bezpośrednio jej podległych przeprowadziła badania dotyczące krótkofalowych skutków mediacji oraz jej wpływu na stosunki rodzinne. W szczególności badano profil osób, które skorzystały z mediacji.

⁸⁵ Są to osoby w wieku 30–49 lat, w większości pracujące (70% kobiet i 82% mężczyzn).

⁸⁶ Ich dzieci mają średnio 10 lat; jedna czwarta z nich ma co najmniej 5 lat. Blisko 60% dzieci mieszka z matką, podczas gdy 25% jest w systemie pieczy naprzemienniej, a 44% żyje w rodzinie patchworkowej.

⁸⁷ W chwili mediacji 45% par żyje w separacji, 14% jest rozwiedziona, a 22% nadal pozostaje w związku małżeńskim (nawet, jeśli mieszkają osobno). 33% ojców i 26% matek ma już nowego partnera.

⁸⁸ Mogą one przybierać różne, niewykluczające się wzajemnie formy: problemy z komunikacją, ale bez przemocy czy kłótni (31% mediacji), ciągłe kłótnie (25%), obojętność lub brak jakiegokolwiek relacji między rodzicami (25%), przemoc słowna lub psychiczna (znieważanie, groźby – 13%).

⁸⁹ W stosunku do, odpowiednio 81% i 51% w przypadku mediacji pozasądowej.

⁹⁰ W stosunku do, odpowiednio 40% i 16% w przypadku mediacji sądowej i tzw. podwójnego wezwania.

⁹¹ C. Barbossa, P. Domingo, S. Renouard, A. Mathivet, E. Saint-Macary, *La médiation familiale...*, CNAF (DSER) – ARISTAT, s. 18, dane z 2013 r., <https://www.caf.fr/sites/default/files/cnaf/Dossier%20176%20-%20Mediation%20familiale.pdf> (dostęp: 20.09.2019 r.).

4. Poszukiwanie nowych rozwiązań

4.1. Eksperymenty o charakterze tymczasowym

Pomimo znacznych nakładów energii na wypromowanie mediacji⁹² mającej stanowić uniwersalne panaceum na, najtrudniejsze nawet, sytuacje konfliktowe, oceniano jej sukces jako „skromny”, którego popularność „wręcz spada”⁹³. By temu zaradzić, zaczęto rozważać wprowadzenie obowiązku przeprowadzenia spotkania z mediatorem rodzinnym.

W latach 2010–2011 podążając za propozycją przedstawioną w 2008 przez Serge Guincharda⁹⁴, ustawodawca, tytułem eksperymentu w wybranych sądach⁹⁵, wprowadził dwa nowe rozwiązania.

Pierwsze, tzw. podwójne wezwanie (*double convocation*)⁹⁶, w myśl Dekretu z 12.11.2010 r.⁹⁷ miało na celu ściślejsze powiązanie mediacji rodzinnej z sądowym rozwiązywaniem sporów. Przewidywano, że: „w przypadku złożenia wniosku/pozwu sąd nakaze rodzicom (listownie lub podczas rozprawy) spotkanie z mediatorem rodzinnym”⁹⁸, a w przypadku powiadomienia listownego „wyznaczy datę posiedzenia, podczas którego sprawa będzie rozpatrywana”. (W przypadku, gdy strony doszły do porozumienia, podczas tego posiedzenia sędzia zatwierdza ugodę, a jeśli strony nie uzgodniły stanowiska rozstrzyga spór). Wezwanie stron do stawienia się, zarówno na spotkanie z mediatorem rodzinnym, jak i na posiedzenie sądu, miało uświadomić im, że oba postępowania są ze sobą wzajemnie powiązane, gdyż porozumienia zawarte w toku mediacji rodzinnej posłużą następnie na etapie postępowania sądowego.

Drugie rozwiązanie wprowadzono ustawą z 13.12.2011 r.⁹⁹, która, pod sankcją niedopuszczalności pozwu/wniosku, wprowadza (art. 15) w drodze odstępstwa od art. 373-2-13 francuskiego k.c., obligatoryjną próbę podjęcia mediacji rodzinnej w sprawach o zmianę wcześniejszych orzeczeń zapadłych w związku z rozwodem lub separacją rodziców i dotyczących sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej lub przyczyniania się do pokrywania kosztów utrzymania i edukacji dziecka. Wymieniona sankcja nie ma zastosowania w przypadku wystąpienia uzasadnionej przyczyny lub zgody obojga rodziców co do planowanych zmian. (Rodzice mogą zwrócić się bezpośrednio do sądu rodzinnego, by ten zatwierdził ich porozumienie).

⁹² M.in. ogłoszenie roku 2013 Rokiem mediacji sądowej, <https://www.village-justice.com/articles/annee-mediation-juridique-felicitations,15860.html> (dostęp: 29.05.2020 r.).

⁹³ F. Vert, *La tentation de la médiation obligatoire*, „Gazette du Palais”, 17.01.2014 r.

⁹⁴ S. Guinchard, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée* – raport na zlecenie Ministerstwa Sprawiedliwości, 2008 r. Autor jest emerytowanym profesorem prawa prywatnego Uniwersytetu „Paris 2”.

⁹⁵ Eksperyment ten miał na celu zbadanie niektórych sposobów wprowadzenia obowiązku przeprowadzenia spotkania z mediatorem rodzinnym. Miało się ono odbywać w pięciu sądach: w Arras, Bordeaux, Niort, Paris, Saint Pierre de la Réunion.

⁹⁶ Nazwa pochodzi od tego, że, po uprzednim rozpatrzeniu wniosku, sędzia nakłada na strony obowiązek odbycia spotkania z mediatorem. Wezwanie określające termin spotkania z mediatorem oraz termin następującej po nim rozprawy przed sędzią rodzinnym (JAF) jest zatem kierowany do obu stron postępowania.

⁹⁷ Dekret nr 2010-1395 z 12.11.2010 r. dotyczący mediacji i działania sądów rodzinnych (tzw. *double convocation*). Inna jego nazwa to *Information préalable à l'Audience* (Informacja poprzedzająca rozprawę) [JORF nr 0265 z 16.11.2010 r., s. 20405, tekst nr 59].

⁹⁸ Sąd wskazuje stronom nazwisko mediatora rodzinnego lub nazwę wyznaczonego w tym celu Stowarzyszenia Mediacji Rodzinnej, podając miejsce, dzień i godzinę spotkania.

⁹⁹ Ustawa nr 2011-1862 z 13.12.2011 r. dotycząca rozdziału spraw sądowych i złagodzenia niektórych postępowania sądowych.

Pomimo że te eksperymenty nie przyniosły spodziewanego sukcesu¹⁰⁰, ustawodawca poszukiwał kolejnych rozwiązań mających na celu narzucenie obowiązku podjęcia próby mediacji. Obok nowych uregulowań dotyczących mediacji cywilnych¹⁰¹, w rozporządzeniu z 16.05.2013 r.¹⁰² minister sprawiedliwości wyznaczyła dwa sądy pierwszej instancji (w Arras i Bordeaux), w których opisane wyżej dwa rozwiązania („podwójne wezwanie” i obligatoryjna próba mediacji przed rozpoczęciem postępowania przed sądem rodzinnym) miały być dalej „testowane” do 31.12.2014 r. Wyniki okazały się niezadowalające.

Wszystkie badania wykazały, że obligatoryjna próba mediacji przed rozpoczęciem postępowania sądowego jest postrzegana jako sprzeczna z ideą postępowania mediacyjnego, ze swej istoty, polubownym i dobrowolnym¹⁰³. Pojawiła się wątpliwość, czy obowiązek podjęcia mediacji przed zwróceniem się do sądu nie stanowi naruszenia prawa do sądu. Eksperyment przeprowadzony w sądach w Arras i Bordeaux ukazuje ograniczenia wiążące się z „podwójnym wezwaniem” oraz obowiązkową przedprocesową próbą podjęcia mediacji, dla której zgoda stron jest najważniejsza¹⁰⁴. Mimo to, ustawodawca podjął kolejną próbę zobowiązania stron do podjęcia mediacji przed wniesieniem sprawy do sądu.

Ustawa z 18.11.2016 r.¹⁰⁵ stanowiła kontynuację eksperymentu z Arras i Bordeaux¹⁰⁶. Wprowadziła – tytułem trzyletniego eksperymentu do 31.12.2019 r. – odstępstwo od art. 373-2-13 francuskiego k.c.¹⁰⁷ – obligatoryjną próbę podjęcia mediacji¹⁰⁸ przed rozpoczęciem postępowania przed sądami I instancji (tzw. *Tentative de Médiation Familiale Préalable Obligatoire* – TMFPO) wskazanymi przez Ministerstwo Sprawiedliwości w rozporządzeniu z 16.03.2017 r.¹⁰⁹

Zgodnie z art. 7 ustawy „każdy, kto chciałby zmodyfikować¹¹⁰ zapadłe wcześniej orzeczenie sądu rodzinnego dotyczące sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej, przyczyniania się do kosztów utrzymania i edukacji dziecka lub jedno z wcześniejszych postanowień zatwierdzonej przez sąd umowy, musi podjąć próbę mediacji przed złożeniem wniosku w sekretariacie sądu I instancji. Gdy tego nie uczyni sąd może uznać wniosek za niedopuszczalny.”

¹⁰⁰ C. Hochard, *La médiation, un remède aux ruptures familiales*, “Droit et Cultures” 2017/73, s. 211.

¹⁰¹ M.in. Dekret nr 2015-282 z 11.03.2015 r. przewiduje uprzywilejowaną pozycję alternatywnych metod rozwiązywania sporów, w szczególności zobowiązuje on strony, by w powództwie wykazały wcześniejsze podjęcie kroków mających na celu polubowne rozwiązanie sporu.

¹⁰² Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 16.05.2013 r.

¹⁰³ C. Hochard, *La médiation...*, s. 211.

¹⁰⁴ C. Hochard, *La médiation...*, s. 211.

¹⁰⁵ Ustawa nr 2016-1547 z 18.11.2016 r. dotycząca modernizacji wymiaru sprawiedliwości w duchu XXI w.

¹⁰⁶ Art. 15 ustawy nr 2011-1862 z 13.12.2011 r.

¹⁰⁷ Zgodnie z art. 373-2-13 francuskiego k.c. na wniosek jednego lub obojga rodziców oraz prokuratora (bezpośrednio albo na wniosek osoby trzeciej – rodzica lub osoby niebędącej rodzicem) sąd może w każdej chwili uzupełnić lub zmodyfikować postanowienia zawarte w umowie zatwierdzonej przez sąd oraz orzeczenia dotyczące sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej, przyczyniania się do kosztów utrzymania i edukacji dziecka.

¹⁰⁸ To powód musi udowodnić, że warunek ten został spełniony, dostarczając zaświadczenie o próbie podjęcia mediacji wydane przez dyplomowanego mediatora rodzinnego lub inną osobę uprawnioną do prowadzenia mediacji.

¹⁰⁹ Opublikowane we francuskim Dzienniku Ustaw (JORF) nr 0069 z 22.03.2017 r., tekst nr 32, wyznaczono w tym celu 11 sądów: w Bayonne, Bordeaux, Cherbourg-en-Cotentin, Evry, Nantes, Nîmes, Montpellier, Pontoise, Rennes, Saint-Denis, Tours.

¹¹⁰ Sąd może je w każdej chwili uzupełnić lub zmodyfikować na wniosek jednego lub obojga rodziców albo prokuratora (bezpośrednio lub na wniosek osoby trzeciej – rodzica albo osoby niebędącej rodzicem).

4.2. Skutki i oceny próby obowiązkowej mediacji

4.2.1. Obowiązek mediacji i wyjątki zwalniające od niego

W praktyce każde wniesienie sprawy do sądu rodzinnego, w przypadku gdy istnieje już wcześniejsze orzeczenie sądu określające sposób wykonywania władzy rodzicielskiej i/lub alimentacji¹¹¹, musi być poprzedzone podjęciem próby mediacji rodzinnej.

Ustawodawca wyłączył z tego obowiązku sprawy wnoszone do sądu po raz pierwszy, pozwy rozwodowe, sprawy o wykonywanie władzy rodzicielskiej, postępowania dotyczące majątkowych skutków rozvodu itp. W pozostałych, jeśli nie zostanie wykazane wcześniejsze (przed wniesieniem pozwu/złożeniem wniosku) podjęcie mediacji, wniesienie sprawy do sądu rodzinnego może być uznane za niedopuszczalne, co oznacza, że sędzia może nie wydać orzeczenia w sprawie. Powód/wnioskodawca będzie się musiał ponownie zwrócić do sądu po podjęciu próby mediacji. Sankcja niedopuszczalności pozwu/wniosku nie będzie miała zastosowania, jeśli jedna lub obie strony wypełniają warunki wyłączenia przewidziane przez prawo¹¹², co dotyczy w szczególności przemocy rodzinnej (małżeńskiej lub wobec dzieci).

Zgodnie z orzeczeniem Rady Konstytucyjnej¹¹³ sąd może – na podstawie art. 373-2-10 francuskiego k.c. – stwierdzić występowanie przemocy i tym samym uznać ją za powód do zwolnienia rodzica będącego ofiarą od obowiązku przebywania – w ramach mediacji rodzinnych – w obecności domniemanego sprawcy przemocy, niezależnie od wytoczenia powództwa ani od tego, czy przemoc była/jest przedmiotem postępowania karnego. Występowanie uzasadnionej przyczyny zwalniającej z przeprowadzenia obligatoryjnej przedprocesowej próby mediacji rodzinnej jest pozostawione do niezależnej oceny sądu. Przyczynę taką mogą stanowić m.in. oddalenie geograficzne stron¹¹⁴, pozbawienie wolności jednego z małżonków, choroba¹¹⁵. Rozumie się *per se*, że obowiązek wykazania wcześniejszej próby mediacyjnej nie występuje, gdy strony doszły do porozumienia co do sposobu rozwiązania sporu i zmierzają jedynie do zatwierdzenia ich postanowień przez sąd rodzinny.

Oprócz przypadków, gdy ustawodawca narzuca obowiązek podjęcia próby mediacji rodzinnej przed wszczęciem nowego postępowania sądowego, istnieje wiele

¹¹¹ Np. orzeczenie rozwodu, w tym to za obopólną zgodą; orzeczenie dotyczące dzieci pozamałżeńskich, orzeczenia porozwodowe itp.

¹¹² Zasada ta nie ma natomiast zastosowania, jeśli: 1) wniosek o modyfikację lub ustalenie sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej został złożony przez oboje rodziców w celu zatwierdzenia przez sąd umowy zgodnie z warunkami określonymi w art. 373-2-13 francuskiego k.c., 2) niepodjęcie mediacji wynika z uzasadnionego powodu lub 3) gdy doszło do przemocy jednego z rodziców wobec drugiego lub wobec dziecka.

¹¹³ Orzeczenie nr 2016-739 z 17.11.2016 r. pkt 24 wydane na wniosek niektórych senatorów w sprawie określenia kryteriów występowania przemocy w związku z obligatoryjną próbą przeprowadzenia mediacji poprzedzających wszczęcie postępowania sądowego.

¹¹⁴ Mediacja zakłada kilka wspólnych spotkań w miejscu do tego przeznaczonym. Dopuszczalna odległość jest pozostawiona do swobodnego uznania sędziego, przyjmuje się, jako minimum, 100 km oddalenia od miejsca mediacji, aby być zwolnionym z TMFPO – *Tentative de Médiation Familiale Préalable Obligatoire* (M. Moreau, *La tentative de Médiation Familiale obligatoire* (TMFPO), https://www.ipsufacto-avocats.com/la-tentative-de-mediation-familiale-obligatoire--tmfpo-_ad69.html [dostęp: 18.08.2019 r.]).

¹¹⁵ Uzasadnioną przyczyną nie jest jednak (nawet długoletni) brak dialogu między stronami. W takim przypadku powód musi zwrócić się do mediatora, aby ten wezwał drugą stronę na mediację. Jeśli wezwany nie stawia się na mediację, wówczas mediator wyda powodowi zaświadczenie stwierdzające, że druga strona nie stawiała się na mediację i dopiero wtedy pozew będzie dopuszczalny.

sytuacji, w których mediacje (pozasądowe) wszczęte dobrowolnie przez strony pozwalają rozwiązać, w całości lub części, kwestie sporne (w tym także wszelkie kwestie finansowe wynikające np. ze spadkobrania, zniesienia małżeńskich ustrojów majątkowych lub konflikty powstałe na tle rozvodu opartego na innej podstawie aniżeli rozwód za obopólną zgodą małżonków).

4.2.2. Krytyka eksperymentu obowiązkowej mediacji rodzinnej

Wprowadzone na trzy lata rozwiązanie wzbudziło niepokój i nieufność dyplomowanych mediatorów¹¹⁶. Zarzucając ustawodawcy brak wskazania wyraźnych intencji oraz „niejasny duch” eksperymentu, podkreślali oni też brak kryteriów oceny skuteczności podejmowanych działań takich jak: hipotezy badawcze, których trafność eksperyment miałby zweryfikować, podmioty uprawnione do przeprowadzenia badań w tym zakresie, kryteria analizy i ewaluacji¹¹⁷.

Bardziej radykalne wypowiedzi negowały zasadność eksperymentu uznając, że podważa zasady mediacji rodzinnej w jej początkowym kształcie. Za tymi wypowiedziami kryła się obawa tej grupy zawodowej o swój status quo. W świetle omawianej ustawy TMFPO mogła być bowiem praktykowana nie tylko przez dyplomowanych mediatorów, ale także przez osoby posiadające wykształcenie prawnicze (notariusze, komornicy, adwokaci), którzy odbyli szkolenie w zakresie mediacji rodzinnej.

Zdaniem niektórych autorów¹¹⁸ narzucenie stronom próby podjęcia mediacji przed rozpoczęciem postępowania sądowego – choć być może na krótko – przyczyni się do rozładownia natłoku spraw sądowych, to jednak nie tylko skomplikuje i wydłuży procedurę, ale i podniesie jej koszty w przypadku, gdy próba mediacji zakończy się niepowodzeniem, co może być częste. Rodzice zwykle przed zwróceniem się do sądu próbują się porozumieć (nieskutecznie). Ostatecznej oceny będzie można dokonać po zakończeniu trwającego jeszcze (gdy powstawał niniejszy artykuł) eksperymentu.

4.2.3. Dyskusja na temat obligatoryjności mediacji rodzinnej

Proponowane przez ustawodawcę rozwiązanie nakazujące stronom obowiązkowe podjęcie próby mediacyjnej przed wszczęciem postępowania sądowego, aczkolwiek uderza w Kodeks deontologii zawodu mediatora, wśród samych mediatorów – być może z uwagi na korzyści płynące z większego popytu na ich usługi w sądach wskazanych w eksperymencie¹¹⁹ – nie wzbudziło tak ożywionej dyskusji, jak wśród przedstawicieli doktryny¹²⁰.

¹¹⁶ Tzw. *médiateurs D.E.* – posiadający, wprowadzony w 2003 r., Państwowy Dyplom Mediatora (*Diplôme d'Etat*).

¹¹⁷ *A qui sert la TMFPO* – WorldPress.com, <https://mediationenbretagne.files.wordpress.com/2018/03/article-tmpo-tiers.pdf> (dostęp: 20.10.2019 r.).

¹¹⁸ M. Bauer, *La tentative de médiation préalable obligatoire avant la saisine du JAF: fausse bonne idée*, <https://michelebaueravocatbordeaux.fr/la-tentative-de-mediation-prealable-obligatoire-avant-la-saisine-du-jaf-fausse-bonne-idee/> (dostęp: 20.10.2019 r.).

¹¹⁹ <https://www.syme.eu/articles/22415-avec-la-tmfpo-la-justice-met-la-mediation-familiale-a-l-honneur> (dostęp: 24.10.2019 r.).

¹²⁰ Zwolennicy w całości (np. H. Abelson Gebhart, *Le juge, la contrainte et la médiation. Point de vue sur le préalable de l'amiable*, 2015-*Revue-TIERS*). Przeciwnicy co do „fazy” postępowania (F. Staechelé, *Pour une médiation obligatoire*, 7.04.2017 r., <https://www.village-justice.com/articles/Pour-une-mediation-obligatoire,24696.html> [dostęp: 21.08.2019 r.]). Przeciwnicy w całości (F. Vert, *La tentation de la médiation obligatoire*, „Gazette du Palais”, 17.01.2014 r.).

Przeciwnicy mediacji obligatoryjnej¹²¹ wskazują głównie na naruszenie prawa do sądu i brak dobrowolności mediacji, której przestrzeganie jest też jedną z podstawowych zasad deontologii zawodu mediatora¹²². Oznacza to, że mediacja może mieć miejsce jedynie wtedy, gdy jej uczestnicy, w sposób wolny (swobodny) i świadomy, wyrażą zgodę na podejmowane wobec nich działania mediatora zmierzające do wypracowania między nimi konstruktywnego dialogu.

W tym kontekście obowiązek wykazania podjęcia – jeszcze przed rozpoczęciem postępowania sądowego – próby mediacji, jaki narzuca ustawodawca¹²³ „wydaje się przeciwny filozofii mediacji opartej na dobrowolnym zaangażowaniu stron”¹²⁴. Narzucenie stronom obowiązku podjęcia próby mediacji jest sprzeczne z samą jej istotą, bowiem z założenia praktyka ta powinna się opierać na autonomii i odpowiedzialności wszystkich jej uczestników¹²⁵. Istnieje też ryzyko, że strony, którym mediacja zostanie narzucona, a które nie są przekonane do tej formy rozwiązania ich konfliktu, potraktują ten obowiązek w sposób czysto formalny, podobnie jak ma to miejsce w przypadku posiedzeń pojednawczych w sądach rejonowych. Instrumentalne potraktowanie mediacji jako formalności zakłóciłoby pozytywny obraz tej procedury¹²⁶. Podobny argument zawierała Rekomendacja nr R (98) 1, w której podkreślono, że: „co do zasady, mediacja nie powinna być obowiązkowa”¹²⁷ oraz zwrócono uwagę na krótkotrwały charakter porozumień zawieranych w wyniku przymusowej mediacji.

Zwolennicy mediacji obligatoryjnej¹²⁸ zaproponowanej przez ustawodawcę opierają swoje argumenty na innym rozumieniu „obowiązku podjęcia próby mediacji” (*obligation d’une tentative de médiation*.) Ich zdaniem obowiązek ograniczający się do odbycia spotkania informacyjnego i jednego spotkania z mediatorem nie jest równoznaczny z koniecznością poddania się mediacji *sensu largo*. Jeśli jedna ze stron nie życzyłaby sobie kontynuowania procedury mediacyjnej, wówczas mediacja zakończy się z urzędu, nie wpływając na przebieg postępowania sądowego, a jedynie je nieco wydłuży¹²⁹. Ten sam argument przytaczany jest, by odeprzeć zarzut niekonstytucyjności takiego rozwiązania w związku z ograniczeniem jednostki w dostępie do sądu. Obowiązek przeprowadzenia próby mediacyjnej przed rozpoczęciem postępowania sądowego nie ogranicza bowiem w tym względzie prawa stron, a jedynie zmienia sposób jego wykonywania tak, aby – za wyjątkiem uzasadnionego powodu – dać pierwszeństwo możliwości pozasądowego rozwiązania sporu.

¹²¹ F. Vert, *La tentation...*; C. Hochard, *La médiation...*, s. 205–226.

¹²² Zgodnie z opracowanym przez ROM (*Rassemblement des Organisations de la Médiation*) krajowym Kodeksem deontologii z lutego 2009 r., przed rozpoczęciem postępowania mediacyjnego mediator musi obligatoryjnie uzyskać zgodę stron wyrażoną w sposób swobodny i świadomy. Także zbiór zasad deontologii zawodu mediatora opracowany w 2004 r. przez CNCMF podkreśla dobrowolność jako warunek *sine qua non* postępowania mediacyjnego.

¹²³ Ustawa nr 2016-1547 z 18.11.2016 r. dotycząca modernizacji wymiaru sprawiedliwości w duchu XXI w. Wcześniej Dekret nr 2015-1382 z 30.10.2015 r. wprowadził obowiązkową mediację w sporach konsumenckich.

¹²⁴ C. Hochard, *La médiation...*, s. 211.

¹²⁵ F. Vert, *La tentation...*

¹²⁶ F. Staechelé, *Pour une médiation...* Autor, choć dopuszcza obligatoryjną próbę mediacji, krytykuje obowiązek jej podjęcia w fazie przedprocesowej.

¹²⁷ Rekomendacja nr R (98) 1 Komitetu Ministrów Rady Europy dla państw członkowskich na temat mediacji rodzinnej oraz Memorandum Wyjaśniające, pkt II a.

¹²⁸ M.in. H. Abelson Gebhart, *Le juge, la contrainte...*

¹²⁹ <https://www.syme.eu/articles/22415-avec-la-tmfpo-la-justice-met-la-mediation-familiale-a-l-honneur> (dostęp: 29.05.2020 r.).

Niektórzy z autorów¹³⁰ idą nawet nieco dalej, podkreślając, że zasada dobrowolności mediacji nie stanowi imperatywu o charakterze uniwersalnym, o czym może świadczyć fakt, iż wiele państw wprowadziło od niej różne odstępstwa¹³¹, zaś w niektórych, choć nie wprowadzono mediacji obligatoryjnych, nieuzasadnioną odmowę przystąpienia do niej objęto sankcjami (określa się je często mianem mediacji quasi-obligatoryjnych – *quasi-compulsory mediation*).

Autorzy powołują się także na orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej ETPC)¹³², który uznał obligatoryjne mediacje przedprocesowe jako zgodne z regułami obowiązującymi w Europie, jeśli nie stanowią niewspółmiernej przeszkody w dostępie do sądu.

Zwiększone koszty i wydłużony czas postępowania sądowego w przypadku nieudanej próby mediacyjnej skłaniają niektórych autorów¹³³ do zajęcia bardziej umiarkowanego, pośredniego stanowiska.

Twierdzą, że mediacja, nawet jeśli ma wiele zalet, nie może być traktowana jako uniwersalne panaceum na wszelkie sytuacje konfliktowe. W niektórych okolicznościach jest niewskazana. Istnieje ryzyko, że uzależnienie wszczęcia postępowania sądowego od przymusowego podjęcia próby mediacyjnej spowodowane zostanie do nieprzyjemnej dla stron czystej formalności.

Zwolennicy podejścia umiarkowanego dopuszczają – co do zasady – odejście od dobrowolnego charakteru mediacji, ale krytykują przyjęte przez ustawodawcę rozwiązanie, w myśl którego podjęcie obligatoryjnej próby mediacji miałoby nastąpić przed rozpoczęciem postępowania sądowego. Proponują, by zarządzenie mediacji – nawet w przypadku braku zgody jednej lub obu stron konfliktu – nastąpiło dopiero po wysłuchaniu stron i ich adwokatów.

III. PARADOKSY FRANCUSKIEJ MEDIACJI RODZINNEJ

1. Uwagi wprowadzające

Nie tylko początkowy „sukces” mediacji rodzinnej, ale także dalsza ewolucja tej instytucji naznaczone są całym szeregiem opisywanych we francuskiej literaturze przedmiotu paradoksów: w jaki sposób nieliczna grupka zapaleńców doprowadziła do szybkiej instytucjonalizacji mało znanej praktyki, dlaczego utworzono zawód mediatora bez popytu na jego usługi, z jakiego powodu tak bardzo promowana mediacja nie znajduje klientów, a nieformalna praktyka, której istotą było pozasądowe rozwiązywanie sporów, stała się częścią wymiaru sprawiedliwości?

¹³⁰ F. Staechelé, *Pour une médiation...*

¹³¹ Z państw europejskich należą do nich m.in.: Włochy, Niemcy i Austria (prawo pracy czy umowy najmu przy rozwodzie), Hiszpania (prawa socjalne), Czechy i Norwegia (kwestie rozwodowe), Finlandia (opieka nad dziećmi), Malta (sprawy rodzinne), Słowenia, Grecja i Holandia (sprawy z zakresu prawa handlowego, gdy przedmiot sporu przekracza 80 tys. euro), Irlandia (prawo handlowe i prawo pracy), spoza Europy także niektóre stany USA, Kanada (Ontario), Brazylia, Argentyna, Australia, Singapur – przede wszystkim w sprawach z zakresu prawa handlowego.

¹³² Zob. wyrok ETPC z 26.03.2015 r., sprawa Momčilović przeciwko Chorwacji, skarga nr 11239/11, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22languageisocode%22:\[%22ENG%22\],%22appno%22:\[%2211239/11%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%222001-152990%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22languageisocode%22:[%22ENG%22],%22appno%22:[%2211239/11%22],%22documentcollectionid%22:[%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%222001-152990%22]}) (dostęp: 29.05.2020 r.).

¹³³ F. Staechelé, *Pour une médiation...*

Czy mediacja w tym kształcie może być nadal zaliczana do metod ADR i dlaczego naruszono najważniejszą zasadę deontologii zawodu wprowadzając obligatoryjną próbę podjęcia mediacji przed wszczęciem postępowania sądowego? Czy takie rozwiązanie nie narusza prawa do sądu? Czy skierowanie stron na mediację przed wszczęciem postępowania w sądzie jest właściwe, skoro mogą być do tego przeciwskazania? Czy postępująca „dejurydyzacja (prywatyzacja)¹³⁴ prawa” jest społecznie aprobowana, a pozasądowe metody rozwiązywania sporów czynią zadość potrzebie prawnego bezpieczeństwa? Czy mediator może być dla stron autorytetem na równi z tym, jakim cieszy się sędzia? Wątpliwości budzi też, czy narzucony w postępowaniu mediacyjnym model rodziny należy uznać za jedynie słuszny, a ustawodawca w wystarczającym stopniu uwzględnił potrzeby rozwodzących się rodziców i czy mediacja naprawdę rozwiązuje ich problemy?

2. Sukces mediatorów versus sukces mediacji

Zaangażowanie ustawodawcy w unormowanie i promowanie mediacji oraz ustanowienie państwowego dyplomu mediatora wciąż nie przestaje zadziwiać¹³⁵. Wprowadzenie mediacji do ustaw cywilnych jest sukcesem mediatorów i osób zainteresowanych takim rozwiązaniem, w szczególności środowiska rozwiedzionych ojców, ale nie przekłada się na sukces samej mediacji w postaci dużej liczby chętnych do skorzystania z niej¹³⁶.

Stanowisko mediatorów wyraża się we wskazywaniu, że większość osób, które skorzystały z mediacji, ocenia ją pozytywnie¹³⁷. Unikają komentowania najbardziej istotnych kwestii, a mianowicie nieprzystosowanie tego środka do potrzeb osób pozostających w konflikcie¹³⁸. Twierdzą, że brak zainteresowania mediacją wynika z braku rzetelnej wiedzy i „chaosu terminologicznego”, który jest następstwem wielości form pomocy rodzinie będącej w kryzysie oraz wielości typów mediacji.

Brak wiedzy na temat praktyki mediacyjnej może przybierać różne formy: od całkowitej nieznajomości po znajomość powierzchowną lub mylną. Ten stan rzeczy ma, zdaniem zwolenników mediacji, dwie podstawowe przyczyny. Z jednej strony, zbyt szybka promocja pozostawiła niewiele czasu potencjalnym klientom i innym podmiotom (sędziom rodzinnym, notariuszom, adwokatom oraz samym mediatorom), aby zapoznać się z zasadami funkcjonowania w praktyce nowo oferowanej możliwości. Powściągliwość przedstawicieli środowiska prawniczego w kierowaniu na mediacje rodzinne jest szczególnie podkreślana, bo to oni stanowią podstawowe źródło informacji dla osób w trakcie separacji/rozwodu¹³⁹.

¹³⁴ W tekstach francuskich najczęściej pojawia się w tym kontekście termin *privatisation* (prywatyzacja), który w języku polskim ma nieco odmienne konotacje. Aby oddać ideę zmniejszającej się roli państwa w rozstrzyganiu sporów i przekazywania coraz większej wolności stronom konfliktu, by, jeśli to możliwe, rozwiązywały swoje sprawy w duchu konsensualizmu przyjęłam tu terminy „dejurydyzacja” lub zamiennie „dejudycjalizacja”.

¹³⁵ V. Rousseau, *La médiation familiale en France. Quand l'évaluation des besoins et des ressources interroge les pratiques de terrain*, „Connexions” 2010/93, s. 77–87.

¹³⁶ B. Bastard, *Mais à qui profite...*, s. 69.

¹³⁷ Tak wynika m.in. z przeprowadzonych badań (CNAF, 2012 r.).

¹³⁸ A. Mathiavet, E. Saint-Macary, *Le non-recours à la médiation familiale. L'inadéquation du dispositif à certaines situations de séparation conjugale*, „Politiques sociales et familiales” 2015/119, s. 31.

¹³⁹ A. Mathiavet, E. Saint-Macary, *Le non-recours...*, s. 32–33.

Drugim czynnikiem, który ogranicza potencjalną liczbę osób korzystających z mediacji rodzinnej jest zbyt wielka liczba praktyk w zakresie oddziaływania na rodzinę¹⁴⁰ (doradztwo rodzinne i małżeńskie, koncyliacja, terapia rodzinna, spotkania pośredniczące, procedura uczestnicząca, tzw. Punkty spotkań/*Points Rencontre* oraz inne), która niekiedy może wprowadzać w błąd.

W odróżnieniu od pojednania (koncyliacji), mediacja nie tylko zmierza do osiągnięcia celu, jakim jest rozwiązanie konkretnego problemu w sposób akceptowalny dla obu stron, ale troszczy się również o (także przyszłą) relację między jej uczestnikami, uwzględniając ich wzajemne potrzeby¹⁴¹. Z tego powodu mediacja, dla której osiągnięcie konsensusu dla konkretnej sytuacji nie jest jedynym celem, nadaje się w szczególny sposób do rozwiązywania trwających w czasie problemów rodzinnych.

Mediacja rodzinna często bywa utożsamiana z terapią małżeńską, której głównym celem jest przywrócenie równowagi w związku przeżywającym kryzys¹⁴². Przez potencjalnych beneficjentów jest ona postrzegana jako sposób rozwiązywania problemów pomiędzy małżonkami w kontekście ich związku¹⁴³, a nie – w kontekście sprawowanej przez nich roli rodzicielskiej (*couple parental*). Na tym tle, mediacja bywa nieraz łączona z oddziaływaniem terapeutycznym, w którym rola mediatora byłaby zbliżona do roli psychologa towarzyszącego pacjentom/klientom w przypadku wystąpienia sytuacji konfliktowych mogących prowadzić do rozpadu ich związku. Sprzyja takiemu postrzeganiu mediacji fakt, że wielu mediatorów wywodzi się ze środowiska psychologów czy terapeutów, co sprawia, iż mediator bywa porównywany (utożsamiany) z psychologiem lub – szerzej – terapeutą.

W odróżnieniu od terapii rodzinnej, mediacja nie kładzie akcentu na przeszłość ani podświadomość. Zmierza do odbudowania związków rodzinnych, przywrócenia dialogu oraz podjęcia konkretnych decyzji dotyczących teraźniejszości i przyszłości. Inaczej niż terapeuta rodzinny, który, w oparciu o przyjęte założenia i strategie zmierza do wywołania niezbędnych zmian na łonie rodziny, praca mediatora – respektując w pełni wolną wolę stron – przebiega według ustalonych reguł i etapów. Opiera się na aktywnym słuchaniu i parafrazie. Przyjęcie założenia, że mediacja rodzinna skupia się na relacji małżeńskiej świadczy o niezrozumieniu tego narzędzia. Nawet jeśli praca mediatora dotyczy w pewien sposób problemów małżeńskich, to jej zasadniczym celem jest relacja między rodzicami a dziećmi. Mediacja rodzinna zmierza do „utrzymania relacji rodzinnej, gdy jest ona osłabiona z powodu rozwodu, separacji, powstania rodziny patchworkowej, konfliktów rodzinnych dotyczących stosunków między dziadkami a wnukami, jak również między pełnoletnimi dziećmi a ich rodzicami”¹⁴⁴.

Podtrzymywanie więzi między dzieckiem a rodzicami – choć inaczej niż mediacja, która skupia się na dialogu między rodzicami – jest także celem tzw. spotkań pośredniczących (*visites médiatisées*), organizowanych regularnie przez określony czas w specjalnie przeznaczonych do tego miejscach (*lieux-rencontres*). Z reguły

¹⁴⁰ V. Rousseau, *La médiation familiale...*, s. 85.

¹⁴¹ M. Savourey, *La Médiation...*, s. 16.

¹⁴² Na podstawie badań przeprowadzonych w 2012 r. przez *Caisse nationale des Allocations familiales* (C. Barbosa, P. Domingo, S. Renouard, A. Mathivet, E. Saint-Macary, *La médiation familiale...*, s. 74).

¹⁴³ M. Savourey, *La Médiation...*, s. 16.

¹⁴⁴ P. Domingo, C. Barbosa, *La médiation familiale: activités des services, usagers et effets sur la résolution des conflits*, „Politiques sociales et familiales” 2011/103, s. 85.

zarządzone przez sąd¹⁴⁵ i skierowane do rodziców lub dziadków mają zastosowanie w przypadku, gdy więź dziecka z drugim rodzicem jest zakłócona, narażona lub przerwana z powodu czynnika związanego z określonym ryzykiem takim przykładowo jak alkoholizm, choroba psychiczna itp.

Mediacja poprzedzająca postępowanie sądowe bywa niekiedy mylona z tzw. procedurą uczestniczącą (*procédure participative*)¹⁴⁶, podczas której stronom towarzyszy pełnomocnik dążący do uzyskania, wiążącego dla drugiej strony, rozwiązania najbardziej korzystnego dla swojego klienta¹⁴⁷, następnie zatwierdzonego przez sąd¹⁴⁸. Procedura ta różni się znacznie od mediacji, która polega na nawiązaniu dialogu między stronami w obecności neutralnej wobec stron osoby trzeciej, i która może być przerwana lub zakończona w dowolnym momencie.

Punkty spotkań to inicjatywa, która powstała w latach 80. XX w. równolegle z mediacją. Dzięki niej, w specjalnie do tego przeznaczonych neutralnych miejscach, pod okiem odpowiednio przeszkolonego personelu, rodzic, który nie mieszka na stałe z dzieckiem, może – na podstawie decyzji sędziego rodzinnego – z nim przebywać. Pomimo że praca w tym miejscu łączy się z podobnymi trudnościami jak praca mediatorów, środowisko interwenientów (*intervenants*) nigdy nie domagało się, aby ich działalność stała się *ad hoc* nowym zawodem. O ile dla mediatorów, jak można przypuszczać, najważniejsza była sprawowana przez nich funkcja oraz – potwierdzona dyplomem – profesjonalność, o tyle pracownicy *Points Rencontre* zdawali się bardziej cenić samą spełnianą przez Punkty rolę oraz zespół, który tworzą¹⁴⁹.

Dodatkową trudność może stanowić fakt, że funkcjonuje wiele różnych rodzajów mediacji jak: międzypokoleniowa, szkolna, handlowa, karna, dzielnicowa, międzykulturowa i inne, choć jedynie prowadzenie mediacji rodzinnej zostało „uhonorowane” państwowym dyplomem.

Uogólnienie pojęcia mediacja w języku potocznym sprawiło, że wiele podmiotów związanych ze środowiskiem szkolnym lub pracą socjalną przyswoiło je dla swoich praktyk, stosując takie określenia jak: mediacja społeczna i edukacyjna, mediacja społeczna i rodzinna czy mediacja między rodzicami a nastolatkami¹⁵⁰. Ten brak przejrzystości pociąga za sobą mylne przekonanie o „wszechobecności mediatorów i mediacji; o tym, że niemal wszystko może być uznane za mediację”¹⁵¹. Tym samym „tak hojne, a nawet bezmyślne szafowanie pojęciem «mediacji» może rodzić nieporozumienia” wśród potencjalnych beneficjentów mediacji rodzinnej¹⁵². „Określenie to, stosowane wobec praktyk, które mediacjami nie są, może ponadto zniszczyć sam koncept mediacji”¹⁵³.

¹⁴⁵ Mogą także mieć miejsce z inicjatywy osób zainteresowanych.

¹⁴⁶ Ustawa nr 2010-1609 z 22.12.2010 r. dotycząca wykonywania decyzji sądowych i warunków wykonywania niektórych zawodów określonych w ustawie.

¹⁴⁷ Procedura uczestnicząca może się odnosić wyłącznie do praw, którymi strony mogą swobodnie dysponować. Nie może być zatem stosowana w kwestii władzy rodzicielskiej, która stanowi zbiór praw i obowiązków mających na celu zabezpieczenie interesu dziecka (M. Savourey, *La Médiation...*, s. 16).

¹⁴⁸ Sędzia, mając na uwadze interes dziecka, może uwzględnić wypracowane porozumienie stron, ale nie jest związany umowami zawartymi przez rodziców odnośnie do ustalenia sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej lub kwestii związanych z alimentami.

¹⁴⁹ B. Bastard, *Controverses autour de la copaternité*, „Sciences humaines” 2005/156, s. 23.

¹⁵⁰ V. Rousseau, *La médiation familiale...*, s. 83.

¹⁵¹ V. Rousseau, *La médiation familiale...*, s. 83.

¹⁵² V. Rousseau, *La médiation familiale...*, s. 83–84.

¹⁵³ M. Guillaume-Hofnung, *La médiation*, Paryż 1995.

Wśród powodów niewielkiej popularności mediacji we Francji środowisko mediatorów wymienia także brak umiejętności negocjacyjnych. Inaczej bowiem niż w państwach anglosaskich, gdzie mediacja ma już długoletnią tradycję, w społeczeństwie francuskim taki sposób komunikowania się i rozwiązywania sporów nie był nigdy zakorzeniony.

Przedstawiane przez mediatorów argumenty nie podważają przydatności ich zawodu, a jedynie wskazują na zwiększoną potrzebę rozpowszechniania informacji na jego temat. Z tego samego powodu środowisko mediatorów rzadko wskazuje na okoliczności mogące kwestionować, w całości lub części, zasadność samej praktyki mediacji, choć mediacja rodzinna, z wielu powodów, rozmija się z rzeczywistymi potrzebami i oczekiwaniami rodziców w sytuacji rozwodu i separacji¹⁵⁴.

3. Sądowy versus pozasądowy charakter mediacji

Mediacja rodzinna powstała jako alternatywa wobec wymiaru sprawiedliwości¹⁵⁵, odmienny i niezależny sposób rozwiązywania sporów pomiędzy rodzicami będącymi w trakcie rozwodu lub separacji. „Z dała od wszelkich instytucji, miała gwarantować małżonkom możliwość wypracowania ich własnych reguł postępowania w obliczu rozstania”¹⁵⁶. Pozostawiała stronom wolność w kwestii określenia wzajemnych potrzeb i oczekiwań jak również proponowanych rozwiązań, stwarzając ramy do tego, by ich działania były nieskrępowane i „niezależne od instytucjonalnych, społecznych czy prawnych nacisków”¹⁵⁷.

Tymczasem, ku zadowoleniu środowiska sędziów rodzinnych, w wyniku prężnych działań ojcowskiego lobby¹⁵⁸ oraz mediatorów dbających o zabezpieczenie własnych interesów zawodowych, ustawodawca francuski podjął decyzję o instytucjonalizacji mediacji cywilnej w 1995 r., a następnie rodzinnej (w 2002 r.), odstępując od jej dotychczasowego, nieformalnego charakteru.

W następstwie tej zmiany rozwodzący się małżonkowie stracili „władzę” i poczucie sprawczości nad ich rozwodem. O ile bowiem, w pierwotnym założeniu, zadanie mediatorów polegać miało na wspieraniu stron w autonomicznym zarządzaniu ich sytuacją rodzinną, o tyle w momencie, gdy mediacja straciła swój nieformalny charakter i stała się częścią wymiaru sprawiedliwości, mediatorzy „stali się nowymi ekspertami od rozwodów, próbując, co więcej, rozszerzyć swoje wpływy na inne aspekty życia rodzinnego”¹⁵⁹. W ten sposób prawne usankcjonowanie nieformalnej praktyki, jaką była wcześniej mediacja rodzinna, unicestwiło dobry, w swej istocie, zamysł¹⁶⁰.

4. Dobrowolność versus obligatoryjność mediacji

Zgodnie z zasadami deontologii zawodowej przyjętymi przez CNCMF mediacja definiuje się poprzez swój dobrowolny charakter¹⁶¹. „Mediacja rodzinna wymaga

¹⁵⁴ A. Mathiavet, E. Saint Macary, *Le non-recours...*, s. 32.

¹⁵⁵ G. Casas Vila, *Médiation familiale: quelle place pour les violences conjugales?*, „Empan” 2009/1, nr 73, s. 71.

¹⁵⁶ G. Casas Vila, *Médiation...*, s. 71.

¹⁵⁷ G. Casas Vila, *Médiation...*, s. 71.

¹⁵⁸ B. Bastard, *Controverses autour...*, s. 74.

¹⁵⁹ B. Bastard, *Un processus de professionnalisation au détriment de la profession? La médiation familiale en France [w:] Penser la négociation. Mélanges en hommage à Olgierd Kutry*, red. D. Vrancken, Ch. Dubois, F. Schoenaers, Paryż 2008, s. 22.

¹⁶⁰ A. Mathiavet, E. Saint-Macary, *Le non-recours...*, s. 31.

¹⁶¹ G. Casas Vila, *Médiation...*, s. 72.

osobistej i bezpośredniej zgody zainteresowanych. Mediator rodzinny upewnia się czy zgoda każdej osoby jest wyrażona w sposób wolny i świadomy – stanowi Kodeks¹⁶².

Dobrowolność – obok poufności, bezstronności, neutralności i niezależności mediatora¹⁶³ – jest najważniejszą zasadą mediacji i oznacza, że działanie stron wypływać powinno wyłącznie z ich własnej, nieprzymuszonej woli, a świadomie wyrażona przez nie zgoda jest warunkiem podjęcia i kontynuowania mediacji, z której – na każdym etapie – strony mogą się jednak wycofać. Zasada ta wzmacnia pozycję stron czyniąc je podmiotami postępowania. Dobrowolność jest *de facto* istotą mediacji, która zadecydowała o jej sukcesie¹⁶⁴. Jeśli natomiast postępowanie mediacyjne w jakimkolwiek stopniu jest obowiązkowe, to traci swój alternatywny wobec sądu charakter i przestaje być „przestrzenią wolności”¹⁶⁵, w której strony mogą samodzielnie rozwiązywać swoje problemy.

W tym kontekście działania ustawodawcy zmierzające do narzucenia stronom obowiązku podjęcia próby mediacji¹⁶⁶ są niezgodne z duchem tego postępowania i mogą prowadzić do traktowania rozvodu w sposób biurokratyczny¹⁶⁷. Nie sposób także nie dostrzec, że, z logicznego punktu widzenia, pojęcia wolnej woli i zobowiązania (obowiązku) są oksymoronem, a dążenie do ich łącznego stosowania jest kolejnym paradoksem związanym z mediacją rodzinną.

Glória Casas Vila zwraca uwagę¹⁶⁸ na jeszcze inną sprzeczność, jaka może powstać w związku z zasadą dobrowolności. Zgodnie z Kodeksem Deontologii na mediatorze spoczywa obowiązek upewnienia się, że zgoda stron jest dobrowolna, co oznacza, że musi „być on szczególnie uważny w sytuacjach, gdy występuje przewaga sił lub przemoc wobec współmałżonka lub dzieci, które mogą wpływać na wyrażenie zgody na mediację przez jedną ze stron”¹⁶⁹. Z drugiej zaś strony, ten sam kodeks stanowi, że jednym z najważniejszych celów mediacji rodzinnej jest dążenie do tego, by rodzice, w oparciu o ich trwałe przekonanie, wspólnie wykonywali władzę rodzicielską niezależnie od tego, „jaka by nie była historia ich związku”¹⁷⁰. Na podstawie powyższych stwierdzeń można zaobserwować, że ujęte w nich postulaty – jak słusznie podkreśla autorka – są ze sobą sprzeczne.

5. Ochrona sądowa versus „dejurydyzacja” (prywatyzacja) prawa

Mediacja rodzinna, która – w swoim pierwotnym kształcie – miała stanowić alternatywę dla wymiaru sprawiedliwości. Nie mogłaby zaistnieć, gdyby nie sprzyjały jej rozwiązania prawne dotyczące rodziny¹⁷¹. Wpisuje się ona w szerszy nurt, jakim jest „dejurydyzacja” („prywatyzacja”) prawa rodzinnego kładący nacisk na potrzebę zmniejszania zakresu interwencji (ze strony ustawodawcy i sądu) w sferę

¹⁶² Art. 2, 5 i 6 Kodeksu Deontologii Mediacji Rodzinnych APMF (zmodyfikowany 13.03.2010 r.).

¹⁶³ Art. 2, 5 i 6 Kodeksu Deontologii...

¹⁶⁴ B. Bastard, *Médiation familiale...*, s. 73.

¹⁶⁵ B. Bastard, *Médiation familiale...*, s. 73.

¹⁶⁶ *Double convocation* (Dekret z 12.11.2010 r.) – ustawy wprowadzające, tytułem eksperymentu, obowiązek podjęcia próby mediacyjnej; ustawa z 13.12.2011 r.; rozporządzenie z 16.05.2013 r.; ustawa z 18.11.2016 r.

¹⁶⁷ B. Bastard, *Médiation familiale...*, s. 71.

¹⁶⁸ G. Casas Vila, *Médiation...*, s. 72.

¹⁶⁹ Kodeks CNCMF (2004 r.).

¹⁷⁰ Kodeks CNCMF (2004 r.).

¹⁷¹ G. Casas Vila, *Médiation...*, s. 71.

rodzinną, ze swej istoty prywatną, dotyczącą wyłącznie członków rodziny¹⁷². Takie podejście budzi szereg wątpliwości¹⁷³. Zdaniem niektórych autorów¹⁷⁴ określenie granic „dejurydyzacji” prawa rodzinnego wymaga głębokiej refleksji. Podkreślają, że nie jest właściwe, by „sędzia delegował na mediatora sprawowanie swojej głównej funkcji, jaką jest interpretacja prawa”¹⁷⁵. To sędzia (sąd) jest i powinien pozostać tym, który nadaje moc prawną porozumieniu stron, zaś w przypadku, gdy stwierdzi, że zostało zawarte ze szkodą dla jednej z nich – odmawia jego zatwierdzenia, nawet jeżeli obie strony są w tej sprawie zgodne. W przeciwieństwie do mediatora zobowiązanego do bezstronności i powstrzymania się od zajęcia wobec stron i ich sporu jakiegokolwiek stanowiska (nawet w sytuacjach, które wymagałyby interwencji), moc decyzyjna sądu pozwala chronić słabszą stronę konfliktu. Ma to szczególne znaczenie w przypadku wystąpienia przemocy. Podejmowane przez sąd decyzje stanowią istotny punkt odniesienia i powstrzymują ludzi przed dokonywaniem wyborów, których skutki mogą być dla nich trudne do zniesienia. W ten sposób, obiektywne podejście oparte na pojęciu równości stron, zostaje *in casu* skorygowane na rzecz postawy subiektywnej (sędziego), łączącej się z pojęciem „sprawiedliwości”¹⁷⁶. Jeśli natomiast sędzia podda się procesowi, który można ocenić jako „prywatyzacja” prawa rodzinnego, to jego pozycja w stosunku do mediatora znacznie się osłabi¹⁷⁷. Droga sądowa stanowi wciąż prawnie usankcjonowany i priorytetowy sposób rozwiązywania konfliktów osób w sytuacji separacji lub rozwodu¹⁷⁸.

Fakt, że strony zazwyczaj przedkładają proces sądowy nad mediację wynika m.in. ze sposobu, w jaki we Francji postrzegany jest dostęp do sądu, który uważa się za bezpośredni, szybki¹⁷⁹, prosty, skuteczny i mało kosztowny¹⁸⁰. Postępowanie sądowe i autorytet organów wymiaru sprawiedliwości daje stronom poczucie bezpieczeństwa i zaspokaja potrzebę ochrony prawnej w większym stopniu niż mediacja. Sąd, działając na podstawie i w ramach prawa, stwarza gwarancję, że jego orzeczenia będą respektowane, a interesy stron chronione. Rozstrzygnięcie sprawy przez sąd jest cenione, bowiem skutek jego dokonania następuje „przecięcie sporu”¹⁸¹. Pozwala to stronom w niektórych przypadkach uchylić się od konieczności podjęcia trudnej dla nich decyzji, zwalnia z konieczności czynienia ustępstw i zawierania niechcianych kompromisów¹⁸².

Innym powodem, dla którego strony przedkładają postępowanie sądowe nad mediację jest brak gwarancji co do jakości usług i zakresu kompetencji osoby,

¹⁷² I. Biletta, N. Mariller, *Médiation familiale et droits des femmes. Réflexion institutionnelle* [w:] A. Babu, I. Biletta, A. Giro et al., *Médiation familiale. Regards croisés et perspectives*, Tuluza 1997.

¹⁷³ G. Casas Vila, *Médiation...*, s. 71.

¹⁷⁴ G. Casas Vila, *Médiation...*, s. 71; J. Grechez, *Enjeux et limites...*, s. 32; P. Romito, *Un silence de mortes. La violence masculine occultée*, Paryż 2006; M. Jaspard, *Les violences envers les femmes: une reconnaissance difficile* [w:] *Femmes, genre et sociétés. L'état des savoirs*, red. M. Maruani, Paryż 2005, s. 148–156.

¹⁷⁵ J. Grechez, *Enjeux et limites...*, s. 43.

¹⁷⁶ G. Casas Vila, *Médiation...*, s. 75.

¹⁷⁷ J. Grechez, *Enjeux et limites...*, s. 43.

¹⁷⁸ A. Mathivet, E. Saint-Macary, *Le non-recours...*, s. 31.

¹⁷⁹ Badania przeprowadzone przez Ministerstwo Sprawiedliwości w latach 2004–2010 wykazały istotne zmniejszenie czasu oczekiwania na uzyskanie rozwodu za obopólną zgodą małżonków, który – średnio – z 8,8 miesiąca w 2004 r. obniżył się do 2,6 miesiąca w 2010 r.

¹⁸⁰ C. Barbossa, P. Domingo, S. Renouard, A. Mathivet, E. Saint-Macary, *La médiation familiale...*, s. 78.

¹⁸¹ A. Mathivet, E. Saint-Macary, *Le non-recours...*, s. 38.

¹⁸² Badanie krótkoterminowych skutków mediacji rodzinnej wykazało, że w takim przypadku ugoda nie jest trwała (C. Barbossa, P. Domingo, S. Renouard, A. Mathivet, E. Saint-Macary, *La médiation familiale...*, s. 78).

która ją prowadzi. Obawy takie nie są nieuzasadnione z kilku powodów, przede wszystkim natury finansowej (większa część mediatorów nie może utrzymać się z wykonywania zawodu mediatora, zatem nie mogą być oni w pełni dyspozycyjni, gdyż wykonują jeszcze inną działalność zawodową), organizacyjnej (nie wszystkie regiony Francji dysponują w równym stopniu odpowiednią liczbą należycie przeszkolonych mediatorów) lub prawnej (wątpliwości stron co do legitymacji mediatora do wykonywania zawodu, co do jego bezstronności).

Państwowy dyplom mediatora rodzinnego budzi zaufanie i poświadcza posiadanie niezbędnych kompetencji do prowadzenia mediacji, ale nie jest konieczny, by wykonywać ten zawód¹⁸³. W tym znaczeniu zawód mediatora jest mniej chroniony niż zawód psychologa, asystenta socjalnego. Utrudnia to odróżnienie osób wykonujących zawód mediatora od innych podmiotów pracujących na rzecz rodziny¹⁸⁴. Tym samym każdy, kto nazywa siebie mediatorem rodzinnym, może – bez żadnej gwarancji bezstronności, posiadanych kompetencji czy zachowania należytej powagi – prowadzić działalność mediacyjną. Celowe byłoby wprowadzenie obowiązku posiadania państwowego dyplomu przez wszystkie osoby prowadzące mediacje (pod sankcją zakazu prowadzenia tej działalności).

Inną okolicznością, która budzi co najmniej wątpliwości doktryny¹⁸⁵ jest brak wyraźnego zdefiniowania spraw podlegających mediacji. Kodeks Deontologii mediatorów rodzinnych pozostawia im samym określenie zakresu działań na rzecz zażegnania kryzysu rodzinnego. Zdarza się, że – aby zdobyć klientów – mediatorzy z własnej inicjatywy rozszerzają zakres posiadanych kompetencji i przyjmują na mediacje osoby, których konflikt, z różnych powodów natury faktycznej lub prawnej, nie kwalifikuje się do mediacji. Aby uniknąć nadużyć należałoby poddać krytycznej analizie nie tylko ograniczenia i wskazania, ale również przeciwwskazania do mediacji.

Przestrzeń mediacji jest miejscem, w którym wszechobecne są emocje. Na mediatorze spoczywa obowiązek oceny zdolności psychicznej stron do podjęcia mediacji. Niejednokrotnie zdarza się, że byli małżonkowie – z powodu zbyt silnych emocji – nie są w stanie sprostać takiej konfrontacji. Brak gotowości do nawiązania dialogu może wynikać z zaognionych relacji między stronami, a także z występowania blokady psychicznej, gdy przynajmniej jedna ze stron nie pogodziła się jeszcze z rozstaniem. Można zaryzykować stwierdzenie, że to „natura i stopień natężenia konfliktu stanowią główne determinanty sposobu jego rozwiązania”¹⁸⁶ wybranego przez zwaśnione strony.

Rozumie się *per se*, że rozpoczęcie postępowania mediacyjnego nie jest możliwe bez uprzedniego porozumienia się stron co do podjęcia takiego kroku i obopólnej chęci do wypracowania kompromisu w sprawach spornych, dotyczących sposobu sprawowania władzy rodzicielskiej czy wysokości alimentów¹⁸⁷. Dla wielu byłych małżonków takie wspólne przedsięwzięcie okazuje się często nie do przyjęcia z uwagi na zbyt wysoki stopień wrogości między nimi. Przyczyną braku porozumienia

¹⁸³ C. Barbossa, P. Domingo, S. Renouard, A. Mathivet, E. Saint-Macary, *La médiation familiale...*, s. 34.

¹⁸⁴ *Rapport sur le développement des modes amiables de règlement des différends*, “Inspection Générale des Services Judiciaires” 2015/ kwiecień, nr 22–15, s. 33–34.

¹⁸⁵ J. Grechez, *Enjeux et limites...*, s. 31–44; M. Guillaume-Hoffnung, *La médiation*; V. Rousseau, *La médiation...*, s. 77–87.

¹⁸⁶ A. Mathiavet, E. Saint-Macary, *Le non-recours...*, s. 35.

¹⁸⁷ A. Mathiavet, E. Saint-Macary, *Le non-recours...*, s. 34.

mogą być też konflikty ekstremalne¹⁸⁸, zwłaszcza przemoc (słowna, psychiczna, fizyczna). Feministki podkreślają, że „właśnie za zamkniętymi drzwiami stała rodzinnego gnieździ się najwięcej różnego rodzaju przemoc”¹⁸⁹ i dlatego są przeciwnie tendencji zmierzającej – w myśl idei prywatyzacja prawa – do zmniejszenia ingerencji państwa w sprawy rodziny.

Problem przemocy w kontekście mediacji rodzinnych wzbudza niepokój i kontrowersje. Wielu autorów postuluje, aby mediacje rodzinne prowadzone były przez profesjonalistów w pełni świadomych ograniczeń i zdolnych do zachowania szczególnej ostrożności, by swoje usługi kierować wyłącznie do osób mogących uczestniczyć w tym postępowaniu bez szkody dla siebie i drugiej strony¹⁹⁰.

W literaturze¹⁹¹ od dawna toczy się debata pomiędzy zwolennikami i przeciwnikami prowadzenia mediacji, kiedy w rodzinie występuje przemoc. Rozważając dopuszczalność mediacji w takich przypadkach, ważne jest dostrzeżenie związku pomiędzy przemocą małżeńską a rozpadem związku. Przemoc bywa bowiem powodem zakończenia toksycznej relacji, z drugiej zaś strony – zapowiedź zerwania może pociągać za sobą zachowania znamionujące przemoc, zwłaszcza u mężczyzn o wysokim stopniu posesywności wobec partnerki, którzy nie są w stanie zaakceptować faktu, że kobieta ma prawo odejść ze związku niespełniającego już jej oczekiwań. W tym kontekście zasadniczą sprawą wydaje się dostrzeżenie różnicy między „konfliktem małżeńskim a przemocą małżeńską. Przemoc jest relacją o charakterze trwałym, charakteryzującą się przewagą sił na rzecz mężczyzny, który jest jej sprawcą i będącą wyrazem jego potrzeby dominacji”¹⁹².

Wypowiadane są opinie, że mediacja będzie dodatkowo „karać” kobiety, które są ofiarami przemocy małżeńskiej. Z jednej strony, postępowanie mediacyjne wymaga zakończenia postępowania sądowego, co przez ofiarę może być postrzegane jako potencjalna przeszkoda w złożeniu skargi przeciwko dręczycielowi, a z drugiej strony przez fakt, że mediacja koncentruje się bardziej na teraźniejszości i przyszłości niż na przeszłości. Dlatego sprzyja bardziej agresorowi niż jego ofierze.

Filozofia mediacji przyjmuje za nadrzędną zasadę równość stron, a nie sprawiedliwość. Opiera się na założeniu współodpowiedzialności stron, co prowadzi dodatkowo do wywoływaniu w ofiarach poczucia winy¹⁹³. Niektórzy autorzy zakładają istnienie „dwóch przeciwstawnych koncepcji stosunków społecznych, które oddziałują w relacji małżeńskiej i, w szerszym rozumieniu – w stosunkach między mężczyznami i kobietami”¹⁹⁴. Przyjęcie takiej perspektywy sprzeciwia się prowadzeniu mediacji rodzinnej w przypadku występowania przemocy ze względu na przekonanie, że: „prawdziwe źródło przemocy małżeńskiej tkwi w poczuciu dominacji wynikającej z nierówności płci”¹⁹⁵. Mediacja nie powinna mieć w takich

¹⁸⁸ A. Mathiavet, E. Saint-Macary, *Le non-recours...*, s. 34.

¹⁸⁹ M. Jaspard, *Les violences envers...*, s. 152.

¹⁹⁰ M.in. G. Casas Vila, *Médiation...*, s. 75; J. Grechez, *Enjeux et limites...*

¹⁹¹ M.in. G. Cresson, *Médiation familiale et violence conjugale*, „Cahier du Genre” 2002/33, s. 201–218; J. Faget, *Médiation et violences conjugales*, 2004 r., <http://champpenal.revues.org/document50.html> (dostęp: 22.11.2019 r.); P. Romito, *Un silence de mortes. La violence masculine occultée*, Paryż 2006 oraz w powołanych wyżej opracowaniach J. Grecheza, G. Casas Vila.

¹⁹² G. Casas Vila, *Médiation...*, s. 73.

¹⁹³ G. Casas Vila za: P. Romito, *Un silence de mortes...*, s. 72.

¹⁹⁴ G. Cresson, *Médiation familiale...*, s. 209.

¹⁹⁵ Yvette Alain (*mediatrice familiale*) cyt. przez G. Cressona w: *Médiation familiale...*, s. 209.

sprawach zastosowania z uwagi na fakt, że nie dysponuje żadnymi środkami, by odwrócić ten stosunek sił.

Autorzy dopuszczający możliwość prowadzenia mediacji rodzinnej nawet w przypadku występowania przemocy uważają bowiem, że dialog między stronami – mężczyzną i kobietą – jest możliwy pod warunkiem iż mediator będzie dobrze przygotowany do tego zadania. Tego zdania jest m.in. Jacques Faget, który podkreśla, że mediacja może się odbyć „tylko wtedy, gdy przemoc ma charakter kontekstualny [*jako reakcja na sytuację odczuwaną przez sprawcę jako nie do zniesienia*], a nie strukturalny (...) oraz jeśli kompetencje mediatora nie budzą najmniejszych wątpliwości”¹⁹⁶.

Druga, obok wrogości, przyczyna faktycznej niezdolności do mediacji – nawet w przypadku uprzedniego wyrażenia zgody na jej podjęcie – może wynikać z faktu, że przynajmniej jedna ze stron konfliktu nie jest w pełni gotowa, aby zaakceptować rozpad związku. Jedynym środkiem ochrony własnej w takiej sytuacji może się okazać mechanizm ucieczki polegający na zachowaniu całkowitego milczenia, które stanowi blokadę komunikacyjną nie do pokonania.

W takich okolicznościach mediator ponosi całkowitą odpowiedzialność nie tylko za dalsze losy mediacji, ale być może też i samego związku. Uznawszy, że mediacja przypadła na niewłaściwy moment w historii małżeństwa, powinien bezwzględnie podjąć decyzję o zakończeniu postępowania mediacyjnego i zaproponować przeniesienie go na czas, w którym emocje ustąpią miejsca lepszej kondycji psychicznej stron (strony). Doprowadzenie do zawarcia ugody mediacyjnej przez osoby nieprzekonane o słuszności takiego rozwiązania mogłoby pozbawić je możliwości skorzystania z innej drogi dochodzenia swoich praw, a ponadto zahamować proces przeżywania żałoby po zakończonym związku niezbędny do rozpoczęcia nowego etapu w ich życiu¹⁹⁷.

Z tego względu niektórzy autorzy, wbrew rozwiązaniom ustawowym w świetle których mediator rodzinny może wkraczać w każdym momencie konfliktu rodzinnego, podkreślają, że w mediacji powinny uczestniczyć jedynie osoby, które są w faktycznej separacji¹⁹⁸. W przeciwnym razie istnieje ogromne ryzyko, że mediacja przerodzi się w działania na rzecz podjęcia decyzji o separacji.

Praca z małżeństwem przeżywającym kryzys leży w gestii doradcy czy terapeuty małżeńskiego, a nie mediatora – choćby najlepiej wykształconego. Dodatkowo, tego rodzaju działania mają często charakter długoterminowy i nie mogą być ograniczane w czasie, czego wymaga mediacja rodzinna¹⁹⁹.

Wielka hipokryzja tkwi w coraz powszechniejszej postawie społecznej, która (pod usankcjonowanym prawnie pretekstem niesienia pomocy osobom przechodzącym kryzys) proponuje daleko idące ułatwienie przeprowadzenia separacji małżeńskiej. Niezbędne wydaje się, aby ustawodawca, dążąc do promowania mediacji rodzinnej, potrafił *de lege ferenda* uszanować wolną wolę (swobodę) stron w kwestii przystąpienia (lub nie) do tej procedury²⁰⁰.

¹⁹⁶ J. Faget, *Médiation...*

¹⁹⁷ J. Gréchez, *Enjeux et limites...*, s. 42.

¹⁹⁸ J. Gréchez, *Enjeux et limites...*, s. 42.

¹⁹⁹ Mediacja z reguły nie trwa dłużej niż 3 miesiące (art. 131-1 francuskiego k.c.).

²⁰⁰ G. Casas Vila, *Médiation familiale...*, s. 72.

Przeciwskazaniem do mediacji jest stosowanie przez stronę technik manipulacyjnych. Może tak być, gdy strony łączy więź o charakterze perwersyjnym bądź też któraś z nich przyjmuje strategię opartą na manipulacji w celu ochrony swoich interesów, a także w przypadku zaburzeń osobowości. W takich okolicznościach mediator i jego działania traktowane są instrumentalnie²⁰¹.

Chociaż większość praktykowanych we Francji mediacji rodzinnych dotyczy rozvodu lub separacji dosyć szczegółowo unormowanych, to mogą one obejmować także konflikty międzypokoleniowe, konflikty między rodzeństwem, a także związane z dziedziczeniem, co nie jest unormowane.

Słuszny jest postulat, aby konflikty między rodzicami a małoletnimi dziećmi były *explicite* wyłączone z postępowania mediacyjnego²⁰². Mediacja nie jest skierowana do osób, między którymi zachodzi stosunek podległości, a taki występuje między rodzicami a pozostającym pod ich władzą rodzicielską dzieckiem. (Stosunek zależności dziecka od rodziców może być wyłączony w przypadku ograniczenia czy pozbawienia władzy rodzicielskiej). Ponadto, dopuszczenie małoletniego do udziału w mediacji w charakterze strony postępowania rodziłoby problem ze spełnieniem jednego z najważniejszych wymogów postępowania, jakim jest uzyskanie zgody obu stron na jego przeprowadzenie. Odmowa udzielenia zgody w imieniu dziecka przez rodzica będącego jego przedstawicielem ustawowym stawiałaby dziecko w obliczu niemożności wysłuchania go przez mediatora.

6. Przymus versus „dejurydyzacja” (prywatyzacja) stosunków rodzinnych

Poza sytuacjami wyjątkowymi²⁰³, rodzice, których związek się rozpadł, stoją w obliczu pewnego paradoksu²⁰⁴: gdy oni dążą do ograniczenia do minimum wzajemnych kontaktów, Kodeks cywilny narzuca im²⁰⁵ – w interesie dzieci – podtrzymanie relacji i dialogu w sprawach dotyczących sprawowania władzy rodzicielskiej²⁰⁶. Ustawodawca uznał bowiem, że wspólne jej wykonywanie (*cogestion parentale* lub *coparentalité*) zapewnia dzieciom prawo do zachowania więzi z obojgiem rodziców. W istocie ustawodawca francuski, w sposób nierzucający się w oczy, wprowadził do systemu prawnego bardzo nośne narzędzie, które *implicite* pracować miało na rzecz utrwalenia proponowanego przezeń modelu sprawowania władzy rodzicielskiej, w szczególności – w sytuacji rozvodu²⁰⁷. Chciał tym sposobem sprawić, by rozwiązywanie w drodze negocjacji problemów zarówno małżeńskich, jak i związanych z pełnieniem ról rodzicielskich zostało powszechnie uznane za nadrzędny priorytet rozwodzących się małżonków, oraz by byli oni gotowi podporządkować się

²⁰¹ G. Casas Vila, *Médiation familiale...*, s. 75, zwraca szczególną uwagę na fakt instrumentalnego wykorzystywania mediacji przez niektóre stowarzyszenia samotnych ojców.

²⁰² J. Grechez, *Enjeux et limites...*, s. 39. Rozwiązywanie problemów w relacji małoletniego dziecka z rodzicami należy przede wszystkim do zadań terapii rodzinnej, której celem jest uzdrowienie relacji rodzinnej, a nie – jak w przypadku mediacji – pomoc w ułożeniu stosunków w obliczu rozstania. Gdyby zaś oddzielenie małoletniego od rodziców było konieczne (zwłaszcza gdy zagrożone jest bezpieczeństwo dziecka), to kwestia ta leży w gestii sądu rodzinnego lub innych podmiotów do tego uprawnionych.

²⁰³ Art. 7 ustawy z 16.11.2016 r., pkt 1, 2, 3.

²⁰⁴ V. Rousseau, *La médiation familiale...*, s. 79.

²⁰⁵ Art. 373-2-10 francuskiego k.c.

²⁰⁶ V. Rousseau, *La médiation familiale...*, s. 79. Tendencja szczególnie wyraźna od 2002 r., gdy wprowadzono pieczęć naprzemienną.

²⁰⁷ B. Bastard, *Controverses autour...*, s. 72.

obowiązującym normom dotyczącym wspólnego sprawowania władzy rodzicielskiej po rozwiązaniu małżeństwa. Mediacja, promując pewien szczególny styl komunikacji w stosunkach rodzinnych, doskonale wpisuje się w ten „nowy porządek rodzinny”. Jednak wbrew oczekiwaniom ustawodawcy nie znajduje on w społeczeństwie takiej akceptacji, aby zapewniło to mediatorom napływ klienteli.

Istnieje znaczący rozdzźwięk pomiędzy ustawowym modelem porozwodowych relacji między rodzicami a dziećmi, zakładającym wspólne wykonywanie władzy rodzicielskiej (*copaternalité*) a rzeczywistością społeczną. Utrzymywanie wzajemnych kontaktów przez małżonków, których związek uległ rozpadowi jest bowiem, w większości przypadków, niemożliwe, a mediacja nie może takiego stanu zmienić.

Badania wskazują, że czynnikiem, który silnie wpływa na wybór sposobu, w jaki rozwodzący się rodzice zechcą przystąpić do rozwiązywania konfliktu jest „natura” ich potrzeb w momencie rozstania²⁰⁸. Doniosłym problemem badawczym jest próba odpowiedzi na pytanie: w jaki sposób wizja związku i rodziny oraz sposobu postrzegania ról rodzicielskich wpływa na gotowość byłych małżonków do skorzystania z mediacji (czy istnieje związek między podjęciem lub niepodjęciem mediacji rodzinnej a sposobem funkcjonowania pary małżeńskiej i rodzicielskiej oraz rodziny). Według François de Singly’ego „sposób, w jaki pary się rozwodzą jest odzwierciedleniem ich wcześniejszego pożycia małżeńskiego”²⁰⁹. Jeśli by tak było, to czy należałoby uznać, że mediacja rodzinna jest skierowana do rodziców, których sposób komunikacji w małżeństwie i rodzinie przed podjęciem życia w rozłączeniu był kompatybilny z modelem komunikacji proponowanym w ramach mediacji rodzinnej? O ile taki negocjacyjny *modus operandi* jest zapewne łatwy do zaakceptowania przez małżonków, których relacja już wcześniej opierała się na takich zasadach, o tyle jest on trudny do przyjęcia (a nawet nie do pomyślenia) dla tych, którzy przeżywają rozstanie w sposób bardzo dramatyczny. (Chodzi tu przede wszystkim o związki o charakterze symbiotycznym (*fusionnel*), w których partnerzy nie są w stanie na nowo zdefiniować wzajemnych relacji tak, by każdy z nich miał w rodzinie swoje osobne miejsce²¹⁰). W takim przypadku, z reguły, nie chcą negocjacji z osobą, z którą (zważywszy na doznane urazy) już nie chcą mieć żadnego kontaktu²¹¹.

IV. PODSUMOWANIE

W wyniku usilnych działań stowarzyszeń rozwiedzionych ojców ustawodawca francuski, mimo początkowych oporów, zdecydował się wprowadzić mediację rodzinną do systemu prawnego. Francuska mediacja rodzinna została zainspirowana przez kanadyjski model mediacji (Quebec), jednak zawsze funkcjonowała odmiennie od pierwowzoru, co wynikało z odmiennej kultury prawnej obu regionów²¹². O ile bowiem, w krajach Ameryki Północnej mediacja służyć miała rozwiązywaniu

²⁰⁸ A. Mathivet, E. Saint-Macary, *Le non-recours...*, s. 35.

²⁰⁹ F. de Singly, *Séparée. Vivre l'expérience de la rupture*, Paryż 2011.

²¹⁰ B. Bastard, *Controverses autour...*, s. 69.

²¹¹ Problematyce psychologicznej gotowości małżonków do mediacji w polskiej literaturze jest poświęcona monografia, do której odsyłam: H. Przybyła-Basista, *Mediacje rodzinne w konflikcie rozwodowym*, Katowice 2006.

²¹² Podkreśmy, że w systemie anglosaskim sędzia sprawuje rolę arbitra, pozostawiając stronom decyzję co do sposobu, w jaki się konfrontują. Z łatwością może on zatem pojąć istotę mediacji jako jednego ze sposobów zarządzania konfliktem. W systemie francuskim sędzia poszukuje przede wszystkim prawdy i to on narzuca stronom rozwiązania. Trudno mu zatem zaakceptować w sposób spontaniczny taki tryb zarządzania konfliktem, który pozostawia samym stronom swobodę w tym zakresie (tak M.-O. Redouin, *Histoire...*, s. 17).

konfliktów rodzinnych *pro futuro*, o tyle we Francji jest ona nastawiona na utrzymanie lub odrodzenie więzi rodzinnej.

Ustawodawca francuski, mając na uwadze dobro dziecka, wybrał rozwiązanie, które wydaje się dość konserwatywne²¹³. Nakazuje ono bowiem małżonkom, aby podtrzymywali więzi pomimo rozstania, by – w pewnym sensie – nadal „pozostawali w związku” ze względu na fakt bycia rodzicami. Ustawa z 2002 r. mówi wprost, że rozstanie rodziców nie zmienia niczego w kwestii wykonywania władzy rodzicielskiej²¹⁴.

Różnorodność form rodziny, w tym alternatywnych wobec heteroseksualnego małżeństwa (samotne rodzicielstwo, rodziny patchworkowe, DINK²¹⁵, LAT²¹⁶, PACS²¹⁷, rodziny jednopłciowe)²¹⁸ została społecznie uznana i zaakceptowana²¹⁹. Umknęło jednak powszechnej uwadze coraz silniejsze dążenie ustawodawcy do wypromowania egalitarnego i demokratycznego modelu rodziny (tzw. *modèle associatif* lub *modèle contractuel*)²²⁰. Mediacja jako środek rozwiązywania wszelkich problemów w związku z reorganizacją stosunków rodzinnych z powodu separacji czy rozwodu znakomicie wpisuje się ten model, jeśli nie jest jego emblematycznym przykładem²²¹. Stanowi ona „prototyp oczekiwań społecznych”²²² kierowanych do rozwodzących się małżonków i rodziców z innych przyczyn żyjących w rozłączeniu.

Mediatorzy podkreślają, że to sami małżonkowie decydują o kształcie ich przyszłych stosunków, a działania mediatorów jedynie sprzyjają osiągnięciu porozumienia, ułatwiają ułożenie spraw związanych ze wspólnym sprawowaniem władzy rodzicielskiej i pozwalają na lepsze wdrożenie orzeczeń sądowych w każdym zakresie, także ekonomicznym. Jest to teoria, która rozmija się z praktyką, gdyż rozwiązania wypracowane przez małżonków, w ramach ogólnie przyjętej tendencji do „dejurdyzacji” stosunków małżeńskich i rodzinnych, podlegają pewnym restrykcjom.

Pod pojęciem „rzekomej wolności” kształtowania wzajemnych stosunków, jaką rozwodzącym się małżonkom oferuje mediacja, w istocie kryje się kontrola. „Choć niczego im się nie narzuca, to wszystko się sugeruje”²²³. W łagodny sposób,

²¹³ B. Bastard, *Controverses autour...*, s. 70.

²¹⁴ Art. 6 ustawy nr 2002-305 z 4.03.2002 r. dotyczącej sprawowania władzy rodzicielskiej w związku z art. 373 francuskiego k.c.

²¹⁵ Skrót od angielskiego wyrażenia: *dual (double) income, no kids*, czyli podwójny dochód, zero dzieci.

²¹⁶ Skrót od angielskiego wyrażenia: *living apart together*, czyli żyjący razem, ale osobno.

²¹⁷ PACS, skrót od francuskiego określenia *Pacte Civil de Solidarité* – „obywatelska umowa solidarności”, „cywilny pakt solidarności” – rejestrowany związek partnerski legalizujący związki nieformalne między dwojgiem ludzi bez względu na płeć, wprowadzony ustawą nr 99-944 9 (z 15.11.1999 r.) do francuskiego k.c. Zob. w języku polskim na ten temat M. Świdorska, *Cywilny pakt solidarności w prawie cywilnym Francji*, „Państwo i Prawo” 2001/1, s. 75 i n.; B. Paul, *Francuska umowa cywilna o współodpowiedzialności*, „Przegląd Prawa Europejskiego” 2003/1, s. 35 i n.; T. Kot, S. Jankiewicz, *Pakt solidarności Pacte Civil de Solidarité (PACS), Nowa instytucja francuskiego prawa cywilnego*, „Przegląd Sądowy” 2003/2, s. 72 i n.; K. Pfeifer, *Francuski Cywilny Pakt Solidarności (PACS)*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2010/1, s. 43 i n., a w najbardziej syntetycznej formie w języku polskim na ten temat D. Dziewulak, *Instytucja rejestrowanego związku partnerskiego PACS we Francji*, „Analizy BAS” 31.12.2012 r., nr 22(89), orka.sejm.gov.pl/wydbas.nsf/0/706DBA4054AAB3FEC1257AE7004D549C/%24File/Analiza_BAS_2012_89.pdf (dostęp: 29.05.2020 r.).

²¹⁸ T. Szlendak, *Alternatywne modele rodziny* [w:] *Socjologia rodziny. Ewolucja, historia, różnicowanie*, Warszawa 2012, s. 457–502.

²¹⁹ B. Bastard, *Controverses autour...*, s. 67–68.

²²⁰ B. Bastard, *Controverses autour...*, s. 71.

²²¹ B. Bastard, *Controverses autour...*, s. 69.

²²² B. Bastard, *Désirable et exigeante. La régulation négociée des relations dans le couple et dans la famille*, „Dialogue” 2013/2, nr 2000, s. 116.

²²³ L. Cardia-Vonèche, B. Bastard, *Vers un nouvel encadrement de la parentalité. L'intervention sociale face aux ruptures familiales*, s. 116.

nakłania się ich do przyjęcia określonego wzorca stosunków rodzinnych oraz dostosowania się do – nigdy niewyrażonych *explicite* – zaleceń i oczekiwań w stosunku do przykładnych rodziców.

W istocie, mediacja propaguje model rodziny: negocjujący, otwarty, egalitarny i demokratyczny. Przyjmuje, że dziecko, także po rozwodzie czy separacji rodziców, powinno mieć w obojgu oparcie w każdej sprawie (praktycznej, uczuciowej, ekonomicznej).

Kładzie się też nacisk na oddzielenie kwestii małżeńskich od tych, które dotyczą rodzicielstwa, by skupić się wyłącznie na tych ostatnich. Idea rozłącznego traktowania stosunków małżeńskich i rodzicielskich „wymyślona” przez mediatorów rodzinnych sprawia, że poszukiwanie rozwiązań wspólnie wypracowanych stało się niemal zobowiązaniem dla związków, które przeżywają kryzys²²⁴. Na tej podstawie można zauważyć, że za normą proceduralną kryje się norma o charakterze materialnym²²⁵, którą można uznać za *sui generis* wytyczne dla rozwodzących się rodziców. Powinni oni utrzymywać kontakty, nawet jeśli sobie tego nie życzą. Z chwilą przystąpienia do mediacji strony są bowiem zobowiązane nie tylko do przestrzegania jej zasad, ale również do przyjęcia określonej postawy, polegającej na obowiązku wypowiadania się, słuchania drugiej strony, a nawet czynienia ustępstw. W tym kontekście, mediacja może się jawić w większym stopniu jako narzędzie kontroli, wyznaczające ramy dla określonych postaw społecznych, aniżeli wolna przestrzeń dla niczym nie skrepowanego dialogu stron.

Nie bez racji, niektórzy autorzy zwracają uwagę na to, że narzucony przez ustawodawcę „imperatyw utrzymywania relacji z byłym partnerem można odczytywać jako nową wersję zasady nierozzerwalności związku”²²⁶. Z tej przyczyny należy szczególnie czuwać nad tym, aby przyjęta przez ustawodawcę zasada wspólnego sprawowania władzy rodzicielskiej (*coparentalité*) nie stała się powszechnie obowiązującym dogmatem²²⁷ i wyłącznym modelem związku, i rodziny oraz, by mediatorzy mieli świadomość faktu, że w swojej praktyce zawodowej opierają się i rozpowszechniają pewien „normatywny typ rodziny”.

Mediacja jest zrodzona z pragnienia, aby w drodze „pokojowej” zarządzać konfliktami wynikającymi z głębokiego, choć utopijnego, przekonania, że jest to możliwe²²⁸. Wiele par, świadomych oczekiwań, zwłaszcza odnośnie do zapewnienia dzieciom kontaktu z obojgiem rodziców pomimo rozwodu, stara się wyjść im naprzeciw. Jest to dla nich trudne ze względu na sposób, w jaki funkcjonuje ich związek. Z reguły nie są gotowi poddać się próbie rozwiązania sporu w drodze konstruktywnego dialogu, gdy ich relacja jest w fazie konfliktu czy rozpadu.

Z powyższych rozważań płynie wyraźny wniosek, że mediacja rodzinna nie odpowiada potrzebom osób, do których jest skierowana²²⁹ – przede wszystkim rodziców, których związek się rozpadł i dlatego preferują inne sposoby rozwiązania trudności w pełnieniu roli eks-małżonka oraz rodzica wspólnych dzieci²³⁰.

²²⁴ B. Bastard, *Désirable et exigeante...*, s. 115.

²²⁵ B. Bastard, *Controverses autour...*, s. 72.

²²⁶ B. Bastard, *Désirable et exigeante...*, s. 116 (za: J. Grechez, *Apprentissage de la loi et processus d'évolution psychique au point-rencontre*, „Dialogue” 1996/132, s. 79–86).

²²⁷ G. Casas Vila, *Médiation familiale...*, s. 75; podobnie B. Bastard, *Désirable et exigeante...*, s. 118.

²²⁸ F. Vert, *La tentation...*

²²⁹ A. Mathivet, E. Saint-Macary, *Le non-recours...*, s. 31.

²³⁰ B. Bastard, *Médiation familiale...*, s. 69.

Niezależnie od rodzaju postępowania, jakie wybiorą te osoby w celu rozwiązania ich konfliktu (sądowe czy mediacyjne), trzeba pamiętać, że żadne z nich nie jest ani wszechstronne, ani skuteczne w każdej sytuacji. Wszystko zawsze zależy od konkretnego przypadku i od stadium przeżywanego przez strony kryzysu²³¹.

Psychologiczne aspekty rozstania²³², tak ważne dla rozstającej się pary, bywają niejednokrotnie pomijane w postępowaniu mediacyjnym nastawionym na uzyskanie konkretnych, wymiernych efektów.

Nadrzędnym celem w prawie francuskim jest zabezpieczenie więzi między rodzicami i dziećmi. Małżeństwo przestało być w centrum uwagi ustawodawcy. Dawny termin para małżeńska (*couple marital*) został zastąpiony nowym, ukutym specjalnie na potrzeby mediacji – para rodzicielska (*couple parental*), które aktualizuje się wtedy, gdy rodzice powinni się porozumieć w sprawach dotyczących dzieci. Nakazuje się im pojednanie, mimo że się rozchodzą²³³. Tego rodzaju przymus ogranicza wolność stron co do sposobu postępowania w sytuacji rozwodu. Ustawodawca zdaje się zapominać, jak traumatycznym przeżyciem jest rozpad związku małżeńskiego. Moim zdaniem jest to najważniejsza przyczyna braku zainteresowania mediacją jako formą rozwiązywania konfliktów rodzinnych.

Abstract

Agata Lewulis, 30 Years of Family Mediation in France. An Attempt at Synthesis

The paper presents in chronological order two basic stages of the use of family mediation in France. The first stage was the years 1988–2005. This stage is divided into the initial period (1988–1999) and the period of institutionalization (2000–2005). During the second stage, that is 2005–2019, a period of stagnation is distinguished (2005–2010) as well as a period of search for new solutions, which continues until today. Next, the article presents a critical analysis of the way mediation functions in practice, emphasising the paradoxes of French family mediation. According to research and opinions presented in French literature, the normative model of mediation does not meet the expectations of divorced parents, which makes them opt for mediation relatively rarely.

Keywords: *alternative dispute resolution methods, French law, family law, civil procedure, French Civil Code, family, divorce, divorce conflict, child's good, alternating care of the child, mediation, domestic violence*

Streszczenie

Agata Lewulis, 30 lat mediacji rodzinnej we Francji – próba syntezy

W artykule przedstawiono chronologicznie dwa podstawowe etapy funkcjonowania mediacji rodzinnej we Francji. Etap pierwszy miał miejsce w latach 1988–2005. W jego ramach został wyróżniony okres początkowy (lata 1988–1999) oraz czas instytucjonalizacji

²³¹ J. Grechez, *Enjeux et limites...*, s. 32.

²³² Szczególną uwagę zwraca na to J. Grechez w: *Médiation familiale...* – podejście psychodynamiczne.

²³³ B. Bastard, *Désirable et exigeante...*, s.115.

(lata 2000–2005). W drugim etapie, w latach 2005–2019 dostrzeżono okres stagnacji (2005–2010) oraz okres poszukiwania nowych rozwiązań, który trwa nadal. Następnie została przedstawiona krytyczna analiza praktycznego funkcjonowania mediacji prezentująca paradoksy francuskiej mediacji rodzinnej. Z badań i opinii prezentowanych w literaturze francuskiej wynika, że normatywny model mediacji nie jest dostosowany do oczekiwań rozwiedzionych rodziców co powoduje, że relatywnie rzadko wybierają mediację.

Słowa kluczowe: alternatywne sposoby rozwiązywania sporów, prawo francuskie, prawo rodzinne, postępowanie cywilne, francuski Kodeks cywilny, rodzina, rozwód, konflikt rozwodowy, dobro dziecka, piecza naprzemienna nad dzieckiem, mediacja, przemoc rodzinna

Literatura:

1. Abelson Gebhardt H., *Le juge, la contrainte et la médiation. Point de vue sur le préalable de l'amiable*, Revue TIERS de l'AMPF, octobre 2015;
2. Andrieu T., 2019 *Loi du 23 mars 2019: une réforme majeure de la procédure civile. Ce texte c'est plus de rapidité, de simplicité et de lisibilité pour le justifiable*, wywiad z przedstawicielem Ministerstwa Sprawiedliwości, <http://www.justice.gouv.fr/justice-civile-11861/loi-du-23-mars-2019-une-reforme-majeure-de-la-procedure-civile-32341.html>;
3. Atias Ch., *Les réformes de la législation familiale*, 2002 r., <https://larevuereformee.net/articlerr/n220/les-reformes-de-la-legislation-familiale>;
4. Barbossa C., Domingo P., *Les services de médiation familiale: activités, usagers et effets sur la résolution des conflits*, Politiques sociales et familiales, Cnaf 2001, nr 103;
5. Barbossa C., Domingo P., Renouard S., Mathivet A., Saint-Macary E., *La médiation familiale: les services, les bénéficiaires et les non-recourants*, Dossier d'Étude 2015, nr 176; <https://www.caf.fr/sites/default/files/cnaf/Dossier%20176%20-%20Mediation%20familiale.pdf>;
6. Bastard B., *Mais à qui profite la médiation familial ?*, Dialogue 2005/4, nr 170;
7. Bastard B., *Controverses autour de la copaternité*, Sciences humaines 2005/1, nr 156;
8. Bastard B., *Un processus de professionnalisation au détriment de la profession ? La médiation familiale en France* [w:] *Penser la négociation Mélanges en hommage à Olgierd Kuty*, red. D. Vrancken, Ch. Dubois, F. Schoenaers, Paryż 2008;
9. Bastard B., *Médiation familiale: une profession qui peine à trouver son public*, <https://www.cairn.inforevue-informations-sociales-2012-2-page-66.htm>;
10. Bastard B., *Désirable et exigeante. La régulation négociée des relations dans le couple et dans la famille*, Dialogue 2013/2, nr 2000;
11. Bauer M., *La tentative de médiation préalable obligatoire avant la saisine du JAF: fausse bonne idée?*, <https://michelebaueravocatbordeaux.fr/la-tentative-de-mediation-prealable-obligatoire-avant-la-saisine-du-jaf-fausse-bonne-idee/>;
12. Bellucci M.-H., *Études et diplôme de médiateur familial*, Paryż 2003;
13. Biletta I., Mariller N., *Médiation familiale et droits des femmes. Réflexion institutionnelle* [w:] A. Babu, I. Biletta, A. Girot et al., *Médiation familiale. Regards croisés et perspectives*, Tuluza 1997;
14. Brol J., *Bariery na drodze alternatywnego rozwiązywania sporów w sprawach cywilnych. Mediacja*, Prawo w Działaniu 2010, nr 7;
15. Casas Vila G., *Médiation familiale: quelle place pour les violences conjugales?* Empan 2009/1, nr 73;
16. Cardia-Voneche L., Bastard B., *La médiation familiale: une pratique en avance sur son temps?*, Recherches et Prévisions 2002, nr 70;
17. Cardia-Voneche L., Bastard B., *Vers un nouvel encadrement de la parentalité. L'intervention sociale face aux ruptures familiales*, 2005 r., <https://www.cairn.inforevue-informations-sociales-2005-2-page-110.htm>;

18. Cresson G., *Médiation familiale et violence conjugale*, Cahier du Genre 2002, nr 33;
19. Dahan J., *La formation: le chemin pour la construction d'un métier*, Empan 2008/4, nr 72;
20. Degos L., *Réforme de la Justice: le gouvernement se trompe de direction !*, Les Echos 2008, nr 5/9;
21. Dekeuver-Défossez F., *Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Paryż 1999;
22. De Singly F., *Séparée. Vivre l'expérience de la rupture*, Paryż 201;
23. Dezalay Y., Bonafe-Schmitt J.-P., Trubek D.-M., Le Roy E., Mazerol T., *Les paradoxes de la médiation*, Annales de Vauresson 1988, nr 29;
24. Domingo P., Barbosa C., *La médiation familiale: activités des services, usagers et effets sur la résolution des conflits*, Politiques sociales et familiales 2011, nr 103/2011;
25. Faget J., *Médiation et violences conjugales*, 2004 r., <http://champpenal.revues.org/document50.html>;
26. Ganancia D., *Justice et médiation familiale: un partenariat au service de la coparentalité*, Gazette du Palais 1999, nr 188–189;
27. Gójska A., *Mediacja w postępowaniu cywilnym w Polsce w statystykach Ministerstwa Sprawiedliwości*, Profilaktyka Społeczna i Resocjalizacja 2013, t. 22;
28. Grandjean C., *L'enquête sociale et ses paradoxes. Les enfants du divorce. Les enfants de la séparation*, Paryż 1984;
29. Gréchez J., *Enjeux et limites de la médiation familiale*, Dialogue 2005, nr 170;
30. Guillaume-Hofnung M., *La médiation*, Paryż 2007;
31. Hochart C., *La médiation, un remède aux ruptures familiales*, Droit et Cultures 2017, nr 73;
32. Jaspard M., *Les violences envers les femmes: une reconnaissance difficile Femmes, genre et sociétés. L'état des savoirs*, red. M. Maruani, Paryż 2005;
33. Jourdain M., *Les caractéristiques juridiques de la médiation familiale*, Revue des politiques sociales et familiales 2002, nr 70;
34. Mathivet A., Saint-Macary E., *Le non-recours à la médiation familiale. L'inadéquation du dispositif à certaines situations de séparation conjugale*, Politiques sociales et familiales 2015, nr 119;
35. Moreau M., *La tentative de Médiation Familiale obligatoire (TMFPO)*, https://www.ipsofacto-avocats.com/la-tentative-de-mediation-familiale-obligatoire--tmfpo-_ad69.html;
36. Pazdan M., *O mediacji i projekcie jej unormowania w Polsce*, Rejent 2004, nr 2;
37. Przybyła-Basista H., *Proces mediacji rodzinnych od teorii do praktyki*, Mediator 2002, nr 2;
38. Przybyła-Basista H., *Wpływ zmian w prawodawstwie rodzinnym na świecie na rozwój praktyki mediacyjnej*, Mediator 2003, nr 24;
39. Przybyła-Basista H., *Mediacje rodzinne w konflikcie rozwodowym. Gotowość i opór małżonków a efektywność procesu mediacji*, Katowice 2006;
40. Rousseau V., *La médiation familiale en France. Quand l'évaluation des besoins et des ressources interroge les pratiques de terrain*, Connexions 2010, nr 93;
41. Redouin M.-O., *Histoire de la Médiation familiale en France*, Point de vue 2015, nr 5;
42. *Rapport sur le développement des modes amiables de règlement des différends*, Inspection Générale des Services Judiciaires 2015/kwiecień, nr 22–15;
43. Romito P., *Un silence de mortes. La violence masculine occultée*, Paryż 2006;
44. Sassier M., *Construire la médiation familiale. Arguments et propositions pour un statut de la médiation familiale en France*, Rapport au ministre de la Famille, de l'Enfance et de Personnes handicapées, Paris, La documentation française, Paryż 2001;
45. Sassier M., *Médiation familiale: un métier pour l'avenir*, Travaux et recommandations, Conseil national consultatif de la médiation familiale CNCMF grudzień 2004;
46. Savourey M., *La Médiation Familiale*, Journal du droit des jeunes 2007, nr 8, <https://www.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2007-8-page-15.htm>;
47. Severin I., *L'échec de la médiation*, L'Express, 26.04.2004 r.;

48. Skibińska M., *Mediacja w sprawach cywilnych – studium porównawcze na tle rozwiązań polskich i francuskich*, Rejent 2008, nr 3;
49. Staechelé F., *Pour une médiation obligatoire*, 7.04.2017 r., <https://www.village-justice.com/articles/Pour-une-mediation-obligatoire,24696.html>;
50. Stojanowska W., *Fakultatywna mediacja w procesie o rozwód według znowelizowanego kodeksu postępowania cywilnego*, Zeszyty Prawnicze UKSW 2006, nr 6.2;
51. Szlendak T., *Socjologia rodziny. Ewolucja, historia, zróżnicowanie*, Warszawa 2012;
52. Świeżak R., Tański M., *Alternatywne metody rozwiązywania sporów. Przegląd zagadnień*, Warszawa 2003;
53. Théry I., *Le Démariage*, Le démariage: justice et vie, Paryż 1993;
54. Théry I., *Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, rapport à la Ministre de l'emploi et de la solidarité et au Garde des Sceaux, Ministre de la justice, Paryż 1998;
55. Vert F., *La tentation de la médiation obligatoire*, Gazette du Palais, 17.01.2014 r.;
56. Zegadło R., *Mediacja w sprawach rodzinnych i opiekuńczych*, Rodzina i Prawo 2006, nr 1;
57. Zienkiewicz A., *Mediator w sprawach cywilnych*, Rejent 2005, nr 5.

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 One: General Findings and Particular Types of Debts^{*}

*'Pupillus omne negotium recte gerit, ut tamen, sicubi tutoris auctoritas
necessaria sit, adhibeatur tutor, veluti si ipse obligetur'*²

1. GENERAL COMMENTS

The introductory quotation from a four-volume textbook of law (*Institutionum comentarii*) by Gaius shows that issues related to the capacity of immature persons to make juridical acts and the consequences of such acts have been debated in private law since its very beginning. It comes as no surprise that the relation between the maturity of an individual's reason and will, determined by their age and his capacity to cause legally significant consequences by their own manifestations of will, must somehow be addressed in every legal order. The specific solution to this problem influences the scope of matters in which an individual of a certain age may make juridical acts independently and thus cause specific legal consequences in various aspects of their life, such as personal status (e.g. entering into marriage) or assets (e.g. acceptance of a gift, entering into a sales contract, and so forth).

^{*} The manuscript was submitted by the authors on 16 March 2020; the manuscript was accepted for publication by the editorial board on 15 April 2020.

¹ The authors are members of the Department of Civil Law of the Law Faculty of Charles University in Prague. The paper is an outcome of PROGRES Q03 programme: Private Law and Contemporary Challenges research at the Faculty of Law, Charles University in Prague.

² Gai. Inst., III, 109: 'All juridical acts of an infant are binding, however where consent of a tutor is required, the tutor must be present, such as when the infant enters into an obligation.' Quoted from J. Kincl, *Gaius: Učebnice práva ve čtyřech knihách* [Gaius: The Textbook of Law in Four Books], 1st ed. Plzeň 2007, pp. 206–207 [own translation from Czech].

In terms of assets, the juridical acts of a minor are not the only legal fact whose consequences influence the total of their assets and liabilities, i.e. debts³. Of course, the property circumstances of minors are affected not only by their own juridical acts (including unlawful acts such as violations of legal duties or breaches of contractual obligations), but also by the juridical acts of their legal representatives (typically parents or tutors) made on behalf of the minors, and also by other facts (e.g. succession, various taxes, and other charges arising from public-law regulations, etc.).

An obligee should perform the obligation duly and in time⁴. There are various mechanisms providing minors with the necessary protection as they are not fully mature in terms of reason and will and in making juridical acts they are generally treated as the weaker party⁵. In private law, it is in particular the regulation of their capacity to make juridical acts and the rules concerning the administration of their assets and liabilities by their legal representatives.

However, in recent years, in the Czech Republic we have been facing situations where these rules, at least at first glance, seemed to be inappropriate for the given purpose or situation (which could not be resolved in a satisfactory way by applying these rules). This issue first emerged several years ago in relation to the duty to pay a fee for communal waste, which was imposed by the Local Fees Act No. 565/1990 Sb. on all natural persons having permanent residence in the given community irrespective of their age, i.e. inclusive of all young children who are indigent, orphans, and are often placed in a children's care home. In practice this often resulted in enforcement orders being issued against children as soon as they acquired full legal capacity, enforcing the monetary debts arising from failure to comply with the duty to pay those fees. Obviously, the public perception of such a situation was distinctly negative and the act was amended to resolve this issue partially (see below for details). However, the issue has recently reappeared in the Czech Republic⁶ in an exacerbated form. This time it concerns minors riding on public transport without a valid ticket (i.e. fare evasion or fare dodging) or to a marginal extent also debts resulting from failure to pay fees in public libraries or to mobile network operators⁷. News on enforcement proceedings against minors or adults whose debt arose when they were minors (and rose due to additional costs) again stirred up the public opinion. The often emotional⁸ public debate⁹ has intensified to such an extent that it has become a political topic and currently there are two¹⁰

³ The terminology of the current Civil Code (Act No. 89/2012 Sb.) makes a distinction between *assets* as a sum of everything which belongs to a person, and *assets and liabilities* consisting of a total of assets and debts (cf. Article 495).

⁴ Cf. Article 3(2)(b) of the Civil Code.

⁵ Cf. Article 3(2)(c) of the Civil Code.

⁶ In April 2019.

⁷ Cf. in particular A. Vlachová, M. Snížek, *Typické dluhy nezletilých* [Typical Debts of Minors], *Soukromé právo*, (10)2018, p. 2 et seq.

⁸ Cf. e.g. J. Hovorka, *Velká prasárna. Stát vyrobil tisíce dětských dlužníků, teď vymýšlí pomoc* [What a Disgrace. The State Produced Thousands of Infant Debtors, Now it is Designing a Solution], www.penize.cz [online], 16 May 2019. Available at: <https://www.penize.cz/exekuce/406350-velka-prasarna-stat-vyrobil-tisice-detskych-dluzniku-ted-vymysli-pomoc> [accessed on: 22 June 2019].

⁹ For an illustrative summary expert opinion cf. in particular K. Eliáš, *Vychováváme generaci negramotů?* [Are We Bringing up a Generation of Illiterates?], *Lidové noviny*, 20 May 2019, p. 15.

¹⁰ The first drafted amendment was a private member's bill to amend the Civil Code; the Ministry of Justice of the Czech Republic started to address the issue and prepared its own proposal in reaction to certain problematic aspects of this proposed amendment (see below). The text of the former amendment is available as the Chamber of Deputies print No. 456 at: <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=8&CT=456&CT1=0> [accessed on: 22 June 2019]. The proposal prepared by the Ministry of Justice of the CR is available at: <https://apps.odok.cz/veklep-detail?pid=ALBSBE7KPCPZ> [accessed on: 1 October 2019].

legislative proposals aiming to resolve the problems described below¹¹, despite the fact that according to the latest figures¹² published by the Judicial Officers Chamber Czech Republic there were a total of 3,476 enforcement proceedings against minors (i.e. persons below the age of 18) in the Czech Republic, of which 2,200 were against children younger than 15, so it is by no means a mass issue¹³.

The above paragraphs introduce the purpose of this paper, which is to acquaint readers with a current issue briefly referred to as ‘child debtors’. First, it is necessary to analyse the legal regulation on the capacity of minors to make juridical acts and the rules applicable to the administration of their assets and liabilities. Then it is possible to provide a detailed report on the individual above-mentioned problems, which have spurred social demand for a legislative solution, and to evaluate the proposed legislative changes.

2. JURIDICAL ACTS OF MINORS, THE ADMINISTRATION OF THEIR ASSETS AND LIABILITIES, AND PARENTS’ DUTY TO PROVIDE MAINTENANCE TO THEIR CHILDREN

2.1 Historical overview

Ancient Roman Law, which still influences continental law, eventually settled on a solution based on several fixed age limits that formed the basis for the scope of an individual’s capacity to make juridical acts. *Infantes* (children) up to seven years could not make any juridical acts. *Impuberes infantia maiores* (minors older than children) could acquire either for themselves (if they were *sui iuris*), or for the person in power (typically for *patris familiae*, if they were *alieni iuris*); however they could not assume obligations (and thus worsen their legal position) either by themselves or with the consent of the person to whose power they were subordinated. The age of majority (*pubertas*) was set differently according to gender: girls reached the age of majority when they were twelve years old and boys at the age of fourteen. Persons who reached the age of majority originally had full legal capacity. Over time, several mechanisms were designed to protect adult yet inexperienced persons against the potential negative consequences of their juridical acts. So minors, i.e. persons who reached the age of majority but were younger than 25 years (*minores quam viginti quinque annis natu*), could use the action under *lex Plaetoriae* (*actio*

¹¹ To provide a comprehensive overview it is necessary to add that while we were writing this paper (April to October 2019) Act No. 230/2019 Sb. was adopted, which amended Act No. 182/2006 Sb., to regulate insolvency and the solutions (the Insolvency Act). This amendment added paragraph 6 to Article 412a containing a special provision on discharge from debts owed by minor debtors to unsecured creditors (for a simple explanation, cf. below).

¹² As of end-March 2019.

¹³ According to current data (i.e. as of 31 December 2018), a total of 1,693,060 persons below the age of 15 live in the Czech Republic. The 2,200 enforcement orders therefore represent 0.123% of the total number of persons below the age of 15. There is a total of 467,391 persons aged between 15 and 19 years (the Czech Statistical Office does not register separately the category between 15 and 18), meaning that 1,276 enforcement orders represent 0.273% of the relevant age bracket even though we are aware that it is an age group including citizens aged 19. Sources: Czech Statistical Office and Czech Television, data available at: https://vdb.czso.cz/vdbvo2/faces/index.jsf?page=vystup-objekt&z=T&f=TABULKA&katalog=30845&pvo=DEMD003&str=v1525&c=v3~2_RP2018MP12DP31 [accessed on: 22 June 2019] and <https://ct24.ceskatelevize.cz/domaci/2775392-v-exekuci-je-tri-a-pul-tisice-deti-vetsine-jeste-nebylo-ani-15-let> [accessed on: 22 June 2019].

legis Plaetoriae) to seek compensation for damage caused by the other party through intentional fraudulent conduct (however the juridical act remained valid). Even in other cases, if a minor suffered damage to property as a result of their juridical acts, the *praetor* granted restitution (*restitutio in integrum*). Over time, within the curatorship of minors (*cura minorum*), the alienating acts of such persons were made conditional upon the consent of the curator (*consensus curatoris*)¹⁴. Hence, the Roman law approach was based on fixed age limits. In addition, in case of minors older than children, a distinction was made between the capacity to acquire (for themselves or for the person who had power over them), which was awarded to them, and the capacity to enter into obligations, which they did not have. This solution could be appropriate for the needs of society at the time; however, it did not withstand further historical development, when social relations became more and more complex. Concerning children's own assets, it is worth mentioning at least briefly *peculium*, i.e. assets that were allocated by the *pater familias* to his sons (or slaves) to be managed either following the instructions of the father or according to their own will. However, this was merely a factual allocation, the father remained the owner of the assets and could withdraw *peculium* from the son at any time. In terms of the father's duty of maintenance, it is necessary to mention that as the traditional Roman family developed (where the unlimited authority of the father – *patria potestas* – was a determining factor of the fates of children) a duty to provide dowry for daughters and reasonable maintenance to all the children was imposed on the father during the reign of Octavius Augustus¹⁵.

The conception of fixed age limits was also taken over by the Austrian Civil Code *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*¹⁶, which was applicable on the territory of the Czech Republic until the middle of the 20th century. Under Article 21 ABGB it was possible to distinguish: (a) children below the age of seven, (b) minors below the age of fourteen, and (c) minors below the age of twenty-four¹⁷. In connection with Article 865 ABGB, the conception was based on the assumption that children below the age of seven could not perform any legally binding acts¹⁸. Children aged between seven and fourteen could not enter into binding obligations without their father's explicit or at least tacit consent (Article 152 ABGB). At the same time, a minor was entitled to acquire by their own lawful acts, even without the cooperation of his tutor (or father), however he could not alienate assets or assume obligations (Article 244 ABGB) without the latter's consent. An exception was made in the case of minors below the age of fourteen lacking maintenance from their parents who could independently enter into obligations

¹⁴ For more details cf. for example M. Boháček, *Nástin přednášek o soukromém právu římském. III. Část všeobecná. Sešit první* [An Outline of Lectures on Private Roman Law. General Part III. Book One], 1st ed. Praha 1947, p. 35 et seq. or O. Sommer, *Učebnice soukromého práva římského. Díl I. Obecné nauky* [A Textbook of Private Roman Law. Part I. General Studies], 1st ed. Praha 1946, p. 184 et seq.

¹⁵ Cf. J. Kincl, V. Urfus, M. Skřejpek, *Římské právo* [Roman Law], 2nd ed. Praha 1995, p. 145.

¹⁶ Imperial Patent No. 946/1811 Sb. z. s. *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie*, hereinafter also referred to as 'ABGB'.

¹⁷ The age limit of 24 years was later reduced to 21 years by Act No. 447/1919 Sb. z. n., which reduced the age of minority.

¹⁸ Cf. J. Sedláček, *Komentář k § 152* [A Commentary on Article 152] [in:] F. Rouček, J. Sedláček (eds.), *Komentář k Československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi. Díl první (§§ 1 až 284)* [A Commentary on Czechoslovak General Civil Code and the Civil Law Valid in Slovakia and Carpathian Ruthenia. Volume one (Articles 1–284)], 1st ed. Praha 1935, p. 782.

to provide services, i.e. in the then applicable terminology both the contract to work as a labourer (contemporary employment contract) and the contract for services (Article 152, second sentence, ABGB). The authority of the father (Article 146 et seq. ABGB) included, without limitation, administration of the assets and liabilities of a child (Article 149 ABGB)¹⁹. Article 865 ABGB stipulated that minors (above the age of seven) could independently enter into contracts only if it provided for a promise for their benefit. If the contract contained a promise made by the minor or if the minor accepted a burden related to the promise, it usually required the consent of the representative or, at the same time, of the court for the contract to be valid. Legal capacity (full legal capacity) was attained at twenty-four years of age (and later twenty-one years, *cf.* n. 18 *supra*), on condition that the individual was mentally healthy²⁰. In terms of maintenance of children, it is possible to refer to Article 139 ABGB, which provided that '[p]arents have the duty to bring up their legitimate children, that is, to care for their lives and health, to provide decent maintenance, to develop their physical and mental faculties, and to lay the basis of their future welfare by teaching religion and useful knowledge' and in particular to Article 141 ABGB, which in reference to a father's authority emphasises that '[i]t is primarily the father's duty to care for the maintenance of his children until they are able to make their own living.'. The above clearly indicates that the ABGB related to the legal constructs introduced as early as in ancient Rome.

After World War II, the Czechoslovak Republic was in the sphere of influence of the Soviet Union. The year 1948 was a major milestone in the post-war period as power was seized by the communist party. Then, social and economic changes were made which resulted in a totalitarian state with a centrally-planned economy. This development obviously also had an impact on the law. Within the so-called 'legal two-year plan' the entire legal order was restated so that it was in line with the new political, social, and economic circumstances. Private law was divided into two legal regulations. **Family law was covered in the Family Law Act (Act No. 265/1949 Sb.²¹) and the remaining private law was regulated by the Civil Code (Act No. 141/1950 Sb.²²)²³**. Despite the declared effort to depart as much as possible from the previous (bourgeois) conception of private law²⁴, the capacity to make juridical acts²⁵ was still based on fixed age limits. It was stipulated that persons below the age of six had no legal capacity (Article 11 of the 1950 CC). When the person reached six years of age, they had the capacity to make juridical acts for their benefit and to enter into contracts which were performed at the moment when they were made and which were appropriate to their age (Article 12(1) of the 1950 CC). Upon attaining fifteen years

¹⁹ Under Article 149 ABGB, children (above the age of seven) were the owners of everything they acquired in any legal manner, however as long as they were under their father's authority, the father administered the assets and liabilities of the children (unless the father was not competent to administer or was excluded from administration by those who gave the assets and liabilities to the children, in such a case the court had to appoint another administrator).

²⁰ For the sake of completeness, it is necessary to add that it was possible to attain full legal capacity also earlier by the waiver of age. For details *cf.* Article 174 ABGB and the above-quoted Act No. 447/1919 Sb.

²¹ Hereinafter also referred to as the 'FLA'.

²² Hereinafter also referred to as the '1950 CC'.

²³ This at the same time resulted in the repeal of ABGB, with a minor exception of the labour contract (contemporary employment contract), as employment law was not restated until 1965.

²⁴ *Cf.* e.g. V. Knapp, *Hlavní zásady československého socialistického občanského práva [The Main Principles of Czechoslovak Socialist Civil Law]*, 1st ed. Praha 1958, p. 4.

²⁵ The Czech expression *právní jednání* was replaced by *právní úkon*. [Translator's note: Both terms mean 'making juridical acts' in English.]

of age, the individual also acquired the capacity to enter into employment contracts and to dispose of the remuneration for their own work (Article 12(2) of the 1950 CC). Full legal capacity was attained upon reaching the age of majority, i.e. when the person turned eighteen (or, before that, by entering into marriage, Articles 9 and 10 of the 1950 CC). Compared to the previous legal regulation, there was a reduction of the age limits. With respect to the introduction of the equal status of men and women in marriage, the institution of the father's authority was replaced by the institution of parental authority, which entailed primarily the rights and duties of the parents to control the conduct of children, to represent children, and to administer their property (Article 53 FLA); parents also had the duty to administer the property of the child with due managerial care and in case of matters beyond the limits of such care parents could not act without consent of the court (Article 58 FLA). The maintenance duty was provided for in Article 70 et seq. of FLA, the scope of the duty was determined by the justified needs of the entitled person and by the earnings and property circumstances of the obligee (Article 73 FLA).

In 1960, a new Constitution of the Czechoslovak Socialist Republic²⁶ was adopted and, as a result, laws in all legal branches were restated. Among others, a new Family Act (Act No. 94/1963 Sb.²⁷) and a new Civil Code (Act No. 40/1964 Sb.²⁸) were adopted. The main change compared to the former regulations was the removal of fixed age limits in terms of the capacity to make juridical acts²⁹. It was then stipulated that minors had the capacity to make only such juridical acts which were appropriate to the intellectual and volitional maturity of their age (i.e. irrespective of whether a minor of four years or fifteen years was concerned, *cf.* Article 9 of the 1964 CC). Full capacity for juridical acts was acquired in the same way as under the 1950 Civil Code, i.e. upon reaching the age of majority either when the person turned eighteen or entered into marriage earlier. Due to a shift in the perception of a child as a person having rights and duties³⁰ (rather than a mere object of the exercise of the father's or parental authority) parental authority was not carried over to the Family Act³¹, but parents still administered the matters (therefore also the assets and liabilities) of children (Article 36 FA). Disposal of assets required approval from the court, unless it involved matters of ordinary administration (Article 28 of the 1964 CC). Mutual maintenance duty between parents and children was regulated in Article 85 et seq. of the FA. The original

²⁶ The Constitutional Act No. 100/1960 Sb., which solemnly declared the victory of socialism and indicated further progress of the society and the state towards communism.

²⁷ Hereinafter also referred to as the 'FA'.

²⁸ Hereinafter also referred to as the '1964 CC'.

²⁹ The explanatory memorandum of the 1964 Civil Code stated: 'The capacity of a citizen to acquire through his own acts rights and to owe duties (capacity to make juridical acts) is, as opposed to the status so far, simplified in the bill. Only one age limit of 18 years remains in place. Upon attaining this age, the person reaches a majority and thus also full capacity to perform juridical acts. The other age limits that existed so far are cancelled as they turned out to be mechanical and impractical and in ordinary juridical acts, such as purchase of consumer goods were not checked at all. Instead, the bill places emphasis on the intellectual and volitional maturity of the minors and the nature of juridical act involved.' Available at: http://www.psp.cz/eknih/1960ns/tisky/t0156_10.htm [accessed on: 22 June 2019].

³⁰ *Cf.* Declaration of the Rights of the Child of 10 December 1959.

³¹ The Family Act in its original wording mentioned simply 'rights and duties of parents and children', and only after the amendment of the Family Act by Act No. 91/1998 Sb., was the concept of 'parental responsibility' introduced as an aggregate of the rights and duties consisting in (a) care for the minor, including in particular care for their health, physical, emotional, intellectual, and moral development, (b) representing the minor child, and (c) administering their assets and liabilities.

wording of the Family Act explicitly stated only a general criterion for determining the maintenance: the justified needs of the entitled person and the abilities and possibilities of the obligee (Article 96 FA). Only after amendments introduced into the Family Act by Act No. 91/1998 Sb. amending the Family Act No. 94/1963 Sb., as amended, and amending other laws, did Article 85 include a specific criterion for determining the amount of maintenance owed by parents to a minor child, that is, that the child was entitled benefit from the living standard of the parents.

Even though the specific legal regulation of the capacity of minors to make juridical acts as well as the legal regulation of the administration of assets and liabilities of the minor and their maintenance arises from the social realia of the given historical epoch, the findings from the historical outline may be summarised by a general statement that the law protected the property of minors by limiting their capacity to make juridical acts (*a contrario* full capacity to make juridical acts of adult persons after reaching the age of majority), and by setting rules for the administration of assets and liabilities of the minor by their legal representatives, mainly by requiring the consent of the court for such disposal of the minor's assets and liabilities that exceeded the limits of ordinary administration.

2.2 Current legal regulation

After the events of November 1989, when the communist regime and its state finally collapsed and pluralist democracy and market economy returned, it became clear that it would be necessary to substantially restate (not only) private law as the previous legal regulation had been based on the postulate of achievement of socialism (*cf.* above). This happened in the Czech Republic after more than twenty years³², with the adoption of the current Civil Code (Act No. 89/2012 Sb., the Civil Code³³) with the date of effect of 1 January 2014.

As for the basic rule concerning the capacity of minors to make juridical acts³⁴, it remained (in principle) unchanged in the spirit of the previous regulation of the 1964 Civil Code (and also in the spirit of the civil codes of the Netherlands or Germany)³⁵. Article 31 CC stipulates that every minor who has not acquired full legal capacity is presumed (which is a rebuttable presumption) to have the capacity to make juridical

³² For the history of restatement *cf.* for example K. Eliáš, *Nový občanský zákoník s aktualizovanou důvodovou zprávou a rejstříkem* [New Civil Code with an update explanatory memorandum and an index], 1st ed. Ostrava 2012, p. 11 et seq.

³³ Hereinafter also referred to as the 'CC'. It is worth mentioning that the number '89' in the Collection of Laws is not a coincidence and commemorates the year 1989.

³⁴ In contrast to previous regulations, a distinction is now made between minors who have not acquired full legal capacity yet and minors who have full legal capacity. In the past a minor above the age of 16 who entered into marriage became an adult and therefore had full capacity to make juridical acts before reaching 18 years of age. According to the current Civil Code, majority is acquired only by turning 18 years of age. Therefore, a minor who for example enters into marriage at the age of 17 has full legal capacity, but until they reach 18 years of age they will remain a minor (*cf.* Article 30 CC). Even though it is not explicitly stated, the following text only applies to minors who do not have full legal capacity (which is in practice the majority of minors in the Czech Republic).

³⁵ Even though in the discussions on the prepared wording of the Civil Code a requirement to reintroduce fixed age limits was mentioned (*cf.* V. Zvánovec, *Právní úprava svéprávnosti nezletilých v návrhu nového občanského zákoníku* [Legal Regulation of Legal Capacity of Minors in the Draft New Civil Code], Bulletin advokacie, (1–2)2011, pp. 53–57), this solution was not considered in the restatement (*cf.* O. Frinta, *Pojetí svéprávnosti v návrhu nového občanského zákoníku* [The Conception of Legal Capacity in the Draft New Civil Code], Bulletin advokacie, (1–2)2011, pp. 58–66).

acts appropriate in nature to the intellectual and volitional maturity of minors of that age. Minors therefore acquire legal capacity gradually: a newborn child has no capacity, a five-year-old child is definitely able to understand the meaning of a gift and a fourteen-year-old child is able to understand the meaning of more complex juridical acts and their consequences. Although the Civil Code does not state it explicitly, it is possible to consider the legal capacity of minors as partial legal capacity (*a contrario*, adults have full legal capacity). The consideration of intellectual and volitional maturity is based on an objective conception whereby a specific minor has the intellectual and volitional maturity of an 'average' minor of that age (the argument is based on the wording: 'minor of that age')³⁶. This is the essence of the construction of this rule as a rebuttable presumption: it is generally presumed that a minor has 'average' intellectual and volitional maturity, however in a specific case it is possible to prove the opposite, i.e. that the intellectual and volitional maturity of the specific minor is different from the average one.

In contrast to former regulations, this general rule is supplemented with further 'subsidiary' rules. The first one increases the legal certainty in cases when it is in ordinary life customary for the legal representative to give consent to the minor to make certain juridical acts or to achieve a certain purpose (e.g. to purchase school supplies at the beginning of the school year). If such consent is granted, the minor has the capacity to make juridical acts within the scope of the consent. In this case it is not an irrebuttable presumption. Therefore, if the consent was granted in accordance with the assumptions of this provision, it is not possible to challenge the validity of the juridical acts relying on the lack of intellectual and volitional maturity of the minor (*cf.* Article 32 CC). The second subsidiary rule concerns the operation of a business by a minor. If a legal representative of a minor grants consent for the independent operation of a business or for another similar entrepreneurial activity, the minor acquires capacity to making juridical acts related to such activities. A leave of court is required for the consent to be valid. Such leave at the same time substitutes the condition of having attained a certain age if it is stipulated for carrying on certain business activities in another legal regulation (Article 33 CC). The third rule concerns the capacity of a minor to enter into a contract establishing a relationship similar to employment. After the amendment by Act No. 460/2016 Sb., to change Act No. 89/2012 Sb., the Civil Code, and other related laws, the new wording of this provision is such that the minor who attained fifteen years of age may enter into contracts establishing a relationship similar to employment under another legal regulation. The commencement date of such relationship must not precede the date when the minor completed compulsory school education (Article 35). And finally, the last subsidiary rule stipulates that a minor, irrespective of the contents of other provisions, never has the capacity to act independently in those matters which would require even the minor's legal representative to get a leave of court (Article 36, see below). This rule also contributes to the legal certainty in legal relations with minors as it contains a negative definition of situations when the minor

³⁶ For the same approach see E. Dobrovolná, *Komentář k § 31 [Commentary on Article 31]*, [in:] P. Lavický et al., *Občanský zákoník I. Obecná část (§§ 1–654). Komentář [Civil Code I. General Part (Articles 1–654). Commentary]*, 1st ed. Praha 2014, p. 197; for a different approach see R. Šínová, *Komentář k § 31 [Commentary on Article 31]*, [in:] F. Melzer, P. Tégl et al.: *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek I. § 1–117 [Civil Code – Great Commentary. Volume I. Articles 1–117]*, 1st ed. Praha 2013, p. 357.

does not have the capacity to act independently. For the sake of completeness, it is worth adding that a minor may be awarded (full) legal capacity before attaining majority also by a decision of the court, providing that their ability to make a living and to make their arrangements is confirmed (Article 37). However, the person remains a minor until 18 years of age (even if with full legal capacity, see above).

Care for the child's assets and liabilities³⁷ forms part of parental responsibility³⁸. The child's assets and liabilities are cared for by the parents or a tutor in their place (Article 928 et seq. CC) or a curator for the administration of the child's assets and liabilities (Article 948 et seq. CC). The parents have a duty and a right to care for the assets and liabilities of the child, i.e. primarily to administer those assets and liabilities with due managerial care³⁹. It is explicitly stated that a violation of the duty of due managerial care by the parents gives rise to their liability to compensate for the damage caused to the child (Article 896 CC). If the parents fail to agree on the essential matters of care for the child's assets and liabilities, the decision is made by the court upon an application by a parent (Article 897 CC). Juridical acts concerning the existing and future assets and liabilities of a child or individual assets and liabilities require that the parents receive the consent of court, unless said acts involve ordinary matters or exceptional matters concerning assets and liabilities of negligible value (Article 898(1) CC). It is necessary to point out that the legal construction of Article 898(1) CC is such that the general rule states that the consent of court is required for juridical acts of parents, while the cases when such consent is not required are exceptions to this rule. As an explanation, Article 898(2) CC contains an indicative list of situations when consent of the court is always required for juridical acts. It is required when the child: (a) acquires/disposes of an immovable property or a part of it, (b) encumbers the assets as a whole or a substantial part of it, (c) acquires/refuses a gift, inheritance, or legacy of a substantial financial value, or makes such a gift or a gift representing a substantial part of the child's assets, or (d) enters into a contract creating an obligation to perform on a recurring long-term basis, a loan contract or a similar contract, or a contract concerning housing, in particular a lease. A parent's juridical act lacking consent of the court is not considered, it is therefore a non-existent juridical act (Article 898(3) CC). For the sake of completeness, it is necessary to mention that in juridical acts concerning a child's individual asset or liability, the parents act as their representatives (Article 896(2) CC), and therefore a parent cannot represent the child if it could give rise to a conflict of interests between the parent and the child or between the children of the same parents.

³⁷ This involves both assets and liabilities, i.e. debts (*cf.* above).

³⁸ During the private law restatement, the Czech term *rodičovská zodpovědnost* introduced in 1998 was replaced by *rodičovská odpovědnost*, both of which are translated as 'parental responsibility'. The parental responsibility under the current Civil Code includes the duties and rights of a parent, consisting in (a) care for the child, primarily including the care for the child's health, physical, emotional, intellectual, and moral development, (b) protection of the child, (c) promoting personal contacts with the child, (d) ensuring the child's education and upbringing, (e) determining the child's place of residence, (f) representing the child, and (g) administering the child's assets and liabilities; it arises upon the birth of the child and ends as soon as the child attains full legal capacity. The duration and scope of the parental responsibility may be changed only by the court (Article 858 CC).

³⁹ The standard of due managerial care is defined in Article 159 CC, which provides: 'By accepting an office of a member of an elected body the person agrees to discharge the office with the required loyalty and the necessary knowledge and care'. Due managerial care therefore implies care with loyalty and the necessary knowledge.

In such a case the court appoints a curator for the child (Article 892(3) CC and also in general Article 437 CC)⁴⁰.

With reference to the distinction mentioned in the introduction between assets on the one hand, and assets and liabilities on the other hand, it should be noted for the sake of completeness that it is necessary to distinguish whether the child's assets and liabilities actually include any assets. If the child has no assets, i.e. is indigent (which is almost always the case in practice), the parents settle the debts of the child with their own assets within their maintenance duty (*cf.* Article 910 et seq. CC). Only if the child does have assets can the parents use those assets to settle the debts of the child, however they must follow the rules (limitations) stated above⁴¹.

The regulation of the maintenance duty also shows continuity with the development of the legal regulation to date, despite certain shifts in both the general and the special regulation. In general terms it is necessary to consider justified needs of the entitled person and (newly also) the property circumstances and abilities of the entitled person, and the possibilities and property circumstances of the obligee (Article 913 CC). This is based on the fact that in some cases it is possible for the child to have greater assets than the parents. However, this does not mean that the child is not entitled to maintenance. On the contrary, due to the increased protection of children it is explicitly stipulated that a minor child who does not have full legal capacity is entitled to maintenance even if the child owns assets but the profit from the assets combined with the income from business activities is not sufficient for the child's subsistence (Article 912 CC). With respect to the specific criterion for determining the amount of maintenance between parents and children, it is stipulated that the standard of living of the child must in principle be equal to the standard of living of the parents. However, there is another change in that it is stipulated that this criterion is superior to the criterion of the justified needs of the child (Article 915 CC). However, this cannot be interpreted as the child being automatically, without any further considerations, entitled to have for instance the same amount of financial resources as their wealthy parents: 'it is necessary to distinguish between the realised standard of living and the possible, potential, standard of living. It is impossible to force the parents of the entitled child to live on the standard directly proportional to their assets. The substance of equal standard of living is that all family members should be perceived equally and that their position in using the family resources should be at least similar, if not identical. Equal standard of living does not mean that the children must have available, for example, the same amount of financial resources as their parents. It is necessary to consider that the higher income of the parents is usually related to a demanding job and the higher responsibility they carry. On the other hand, for the child it would be an unearned income deserved only by nature of being a child of the parents. Equality of the standard of living between the parents and the children should be seen primarily in the way of life, and access to cultural, sports, and social possibilities. Equal standard of living must enable the child to live such a lifestyle that does not exclude the child from the family as a whole

⁴⁰ In general, concerning legal representation *cf.* also Article 436 et seq. CC and in particular Article 457 et seq. CC. Article 457 CC establishes the essential principle that the purpose of both legal representation and curatorship is to protect the interest of the person represented and their rights.

⁴¹ The possibility to use the assets of a child to provide maintenance of parents and siblings is regulated (including the pre-requisites, that must be complied with) in Article 900 CC.

if compared to the other members, or that does not create unjustified differences between the parents and the children⁴².

We may conclude that the current legal regulation as a whole may be evaluated as the most detailed compared to the previous regulations, as in addition to general rules it contains supplementary rules, adding precision with the aim of further increasing the legal certainty of juridical acts involving minors who do not yet have full legal capacity. This means that even more prudence is required when researching the real causes of the phenomenon of 'child debtors'. It is even more urgent because the proposed legislative solution, which is currently being debated by a group of members of the Chamber of Deputies focuses on resolving the problem through an intervention in the conception of minors' capacity to make juridical acts.

3. CURRENT ISSUES

3.1 Issues of fees for communal waste

As already indicated in the introduction to this paper, the issue of child debtors emerged first in relation to the duty to pay fees for communal waste⁴³. Article 10b of the Local Fees Act ('LFA') (in the wording effective up to 30 June 2012) stipulated that the fee for communal waste was to be paid by (a) a natural person having permanent residence in the community⁴⁴; the fee may be paid for a household by a joint representative, for a family house or a block of flats it may be paid by the owner or administrator; these persons have a duty to inform the community of the names and the dates of birth of the persons on whose behalf they pay the fee; and (b) a natural person who owns a building designed or serving for individual recreation in which no natural person has permanent residence; if several persons have ownership rights in the building they all have the duty to pay jointly and severally the fee equal to the fee for one natural person. From the point of view of the issues discussed in this paper, (a) is of key importance, as it states that the only criterion for creating the duty to pay the fee by a natural person consists in the permanent residence in the community, clearly as a consequence of a belief that every citizen in the community must necessarily use the community system of waste management. As a result, the fee was assessed by the communities for example for children placed in children's care homes in the territory of the community including, for example, orphans, most of whom are indigent. If the fee was not paid on behalf of the child by the legal representative, or the tutor or curator in their place, the community (having the duty to act with due managerial care) had to collect the fee directly from the child, hence, usually shortly after reaching the age of majority the child received an enforcement order for the purpose of enforcing this claim of the

⁴² Cf. The judgment of the Constitutional Court of the Czech Republic in case IV. ÚS 650/15. Available at: https://www.usoud.cz/fileadmin/user_upload/Tiskova_mluvci/Publikovane_nalezky/IV_US_650_15_an.pdf [accessed on: 23 June 2019].

⁴³ 'A fee for communal waste' is a shortened version of the official wording of the Local Fees Act No. 565/1990 Sb. it is a local fee for the operation of the system of gathering, collection, transport, separation, use, and disposal of communal waste (cf. Article 1 of the quoted Act).

⁴⁴ Permanent residence is regulated in Article 10 of Act No. 133/2000 Sb., to regulate the registration of citizens and the birth registration numbers and to change other laws (Citizens Registration Act).

community, the claim in the meantime rose due by default interest and the costs of enforcement and court proceedings⁴⁵. We must emphasise that the quoted legal regulation did not give the communities any other options, such as exempting the child from the duty to pay the fee based on administrative discretion.

As of 1 July 2012, this provision was amended by Act No. 174/2012 Sb., to change the Local Fees Act No. 565/1990 Sb., as amended. Article 12 LFA now stipulates that if the payer is a minor at the time when the duty to pay the fee arises, the liability to pay the fee is imposed on the payer and their legal representative and it is joint and several; in such a case the legal representative has the same procedural position as the payer. If the fee is not paid by either the payer or their legal representative, the local authority assesses the fee for one of them. However, the amendment did not solve the problem. It is a paradox that it confirmed the existing practice whereby the communities assessed the fee primarily against the children and later also enforced it against the children, assuming that they were not as burdened by other debts as their parents (we must remember that we are talking about children placed in care homes for various reasons, typically social ones).

In the meantime, the matter was considered by the Supreme Administrative Court of the Czech Republic based on a cassation complaint⁴⁶. In case No. 9 As 211/2014, the Supreme Administrative Court reached the following conclusion: ‘in a situation when a large group of payers has no assets and objectively cannot have any assets, there is not only destruction of their assets but even negation of the assets as upon reaching the age of majority they are burdened with liabilities which were not discharged by those who had the maintenance obligation towards them. [...] The state should not impose taxes and fees on minor persons, unless it is taxation of their assets or their income, because whether they pay them or not depends only on compliance with the maintenance duty by the obligees, rather than on the possibilities of the minor. The imposition of tax liability on indigent minors must be considered as extreme disproportionality of tax liability, prohibited by Article 4(4) of the Czech Charter of Fundamental Rights and Freedoms.’. Based on this consideration (and others) the Supreme Administrative Court turned to the Constitutional Court of the Czech Republic proposing that the quoted provisions of the Local Fees Act be declared unconstitutional. The Constitutional Court of the CR later agreed with the Supreme Administrative Court concluding that: ‘[m]inor payers had no effective means of protection of their rights within the trial proceedings, despite the fact that the imposition of the duty to pay the fee on them had unbearable (choking) effect’, where ‘the legal regulation which imposes on minors the duty to pay fees irrespective of whether they have the means to do so (or at least the possibility to gain such means), burdens them irrespective of the possibility to influence the imposition of the payment of duty (e.g. by refraining from the activities on which the fee is imposed) or at least to be released from the duty (e.g. by relying on the harshness clause), is contradictory to the second sentence of Article 32(1) in connection with Article 4(4) of the Charter of Fundamental Rights and Freedoms (absence of special protection of children and juvenile persons), with Article 3(1) (inadmissible discrimination based on social background), and with Article 11(1) in connection with Article 4(4) (the choking

⁴⁵ The aggregate amounts could be around CZK 15,000, i.e. approximately EUR 600 (using the exchange rate of CZK 25/EUR 1).

⁴⁶ Hereinafter in the text also referred to as the Supreme Administrative Court.

effect of the fee)⁴⁷. The related administrative practice and interpretation issues concerning the scope of the constitutional judgment (brought about by the above-mentioned amendment to the Local Fees Act), including the course of action of the fee administrator is appropriately summarised in the article by Jantoš and Těžký⁴⁸, which can be referred to for detailed information. The whole matter was finally resolved by Act No. 266/2015 Sb., to change the Local Fees Act No. 565/1990 Sb., as amended. Several mechanisms were incorporated into the Local Fees Act with the objective of resolving the unfortunate situation in reaction to the aforementioned judgments.

Firstly, a provision was inserted exempting from the fee *ex lege* certain groups of persons (briefly speaking, children in children's care homes, persons with disabilities, and elderly people placed in care homes)⁴⁹.

Secondly, concerning minor payers it was stipulated that if an outstanding payment arises against a payer who is, on the due date, a minor (does not have full legal capacity) or whose legal capacity is, on the due date, limited (due to mental disorder, *cf.* Article 55 et seq. CC) and a curator was appointed for that payer to administer their assets and liabilities, the duty of such payer to pay the fee passes onto the legal representative or the curator; the legal representative or curator has the same procedural position as the payer. In such a case, the local authority assesses the fee against the legal representative or the curator of the payer. If there is more than one legal representative or curator, they have to discharge the duty to pay the fee jointly and severally (*cf.* Article 12 LFA).

And finally, new provisions were inserted into the Local Fees Act, which now regulate the possibility of a total or partial waiver of the fee on an individual or *en bloc* basis: for one thing, the local authority, upon an application by the payer on the grounds of mitigating the harshness of the law, may waive the fee for communal waste in full or in part, or the accessories of the debt, if it can be justified considering the circumstances of the given case (Article 16a LFA), for the other thing the local authority may by its own motion (i.e. without application from the payer) waive the fee or the accessories in full or in part in the case of emergencies, especially natural disasters, where the fee is waived for all payers to whom the grounds for waiver apply, as of the date when the decision acquires legal force (Article 16b LFA).

Thus, the issue of 'child debtors' was resolved in the case of the fee for communal waste, so that now the above-described excessive cases do not occur. It is necessary to state that it was caused by completely inappropriate (ill-conceived and sketchy) provisions in the public-law

⁴⁷ The judgment was published on 16 October 2017 in the Collection of Laws under No. 338/2017 Sb. The dissenting opinions of judges Sládeček, Suchánek, and Fiala are also interesting. Among other things, they make it clear that they prefer the constitution-conforming interpretation of the challenged provisions of the Local Fees Act (which, according to the dissenting judges, was followed in the judgment of the Regional Court in Brno in case No. 62 Af 78/2013–48) to declaring the provisions unconstitutional and thus inapplicable. The judgment is available at: https://www.usoud.cz/fileadmin/user_upload/Pl_US_9_15_s_disenty.pdf [accessed on: 23 June 2019].

⁴⁸ M. Jantoš, V. Těžký, *K protiústavnosti vymáhání nedoplatků na místních poplatcích u nezletilých [On Unconstitutionality of Collection of Outstanding Amounts of Local Fees against Minors]*, Deník veřejné správy. [online], 27 November 2017, available at: <http://www.dvs.cz/clanek.asp?id=6744614> [accessed on: 23 June 2019]. Apart from other things, the authors raised the question as to the consequences the Constitutional Court judgment has on the fee administrator and payers and whether it makes sense to also consider the unconstitutionality of a part of the Local Fees Act in the wording effective up to the middle of 2012.

⁴⁹ To be precise, it was an exemption for natural persons (a) placed in a children's care home for children up to 3 years of age, special in-patient educational institutions or young offender institutions, or educational institutions providing preventive educational care upon a decision of court or based on a contract, (b) placed in an institution for children requiring immediate assistance upon the decision of a court, at a request of the local authority of a community with extended powers, the legal representative of a child or a minor, (c) as children lacking maintenance placed in a home for persons with disabilities upon the decision of court or a contract to provide social services, or (d) placed in a home for persons with disabilities, a home for elderly persons, a special care home or protected housing (Article 10b(2) LFA). For the sake of completeness, we must add that later this provision was slightly amended, however the contents remained unchanged.

regulation on local fees. This issue therefore had no relation to the private-law regulation of the capacity of minors to make juridical acts and therefore the solution of the issue did not require intervention in private law. To understand other problematic cases (primarily the sanctions for rides on public transport without a valid ticket) it was necessary to introduce the readers to this situation and its solution. In conclusion, it is worth mentioning that the above solution did not aspire to resolve the situation of ‘child debtors’ (at the time the issue of child debtors was not particularly serious in any other field), but it was limited in a minimalist fashion to a partial (i.e. non-universal) solution of a problem at the point where it originated. This may be perceived as a positive aspect of the situation, because partial, non-universal solutions do not entail unnecessary interventions in other legal institutions (private-law or public-law ones) and therefore cannot cause any unwanted ‘side effects’.

3.2 Issues of debts arising from rides without a valid ticket

With respect to the fact that claims arising from riding public transport without a valid ticket are currently perceived as the most burning part of the issue of ‘child debtors’, we decided to deal with this issue in detail in a separate part of this study (Frinta, Frintová: *Children and Their Debts: Current Situation in the Czech Republic. Part Two: Specific Aspects of Debts of Children Arising from Contracts of Transportation of Persons*).

Let us only briefly note here that this type of debt arises when in the course of transport a child is unable to show a valid ticket or to pay on the spot either the fare or the surcharge on top of the fare, which ticket controllers are authorised to charge in such a case. If such debt is not paid voluntarily within a set period, the amount starts to increase due to costs related to recovery of the debt and late payment interest. And if the debt is recovered through court proceedings, then the amount of the debt will also include the costs of the proceedings – including the costs of representation of the creditor by an attorney and possibly also the cost of enforcement (Czech: *exekuce*). The main issue identified in the study is the fact that the procedural rights of the minor child are insufficiently ensured (service of process, representation – for details see the relevant part of the study), as a result of which the child is informed about the debt usually after attaining full legal capacity and in particular when the child starts earning their own living. It then turns out that their income is affected by enforcement of the debt from his childhood.

3.3 Other similar debts

3.3.1 General comments

Apart from the debts of minors arising in relation to using public transport, there are other types of debts characterised by more or less identical features even if they represent a much lower number of cases compared to transportation debts.

3.3.2 Regulatory fees in healthcare

It is necessary to mention one of the issues of the past – i.e. regulatory fees for healthcare services. These fees are governed by Article 16a of Act No. 48/1997 Sb. to regulate public health insurance and to change certain related laws.

Currently, only a regulatory fee amounting to CZK 90 is paid for the use of emergency medical services or emergency services of a dentist⁵⁰. It is explicitly stipulated that the fee is paid by the insured or the legal representative on their behalf. At the same time it is stated that certain categories of persons are exempt from this fee⁵¹. This particular issue was also considered by the Constitutional Court of the Czech Republic. In its judgment in case No. II. ÚS 728/15, the Court stated that: 'the legal representatives of the minor (child) are the persons having primary financial responsibility for the child. Usually it is the legal representative rather than the child who decides whether the minor would use services that are subject to a regulatory fee, where the child in principle has no realistic possibility of influencing whether the regulatory fee for their stay in the hospital would be paid by the legal representative or not, and it would be unreasonable to request the child to force their legal representative to make the payment. Moreover, younger children in particular are not necessarily aware of the duty to pay the fee. According to the Constitutional Court, unless the regulatory fee for the provision of medical care involving a stay in the hospital to a minor is paid voluntarily, it is not in accordance with the quoted content of the above cited Convention on the Rights of the Child that Article 16a(1)(f) of the Act to Regulate Public Health Insurance be interpreted so that the failure to pay the regulatory fee is considered the responsibility of the minor, or that the payment of such regulatory fee be enforced against a person who was a minor at the time when the duty to pay the fee arose. [...] The Constitutional Court therefore agrees with the conclusion expressed in the reasoning of the challenged judgment of the District Court stating that the duty to pay the regulatory fee for the provision of medical care involving a stay in the hospital to the minor enjoined party is incident exclusively on their legal representative under Article 16a(1)(f) of the Act to Regulate Public Health Insurance, where according to the Constitutional Court the wording of Article 16a(1)(f) of the Act to Regulate Public Health Insurance does allow for such interpretation as among other things stated in the above mentioned reasoning of the District Court'⁵².

As a result of this judgment, the issue of these debts may in principle be considered resolved⁵³.

3.3.3 Contracts with cell phone operators

Another frequently mentioned type of debt is what minors owe to mobile operators. In contrast to the debts arising from rides without a valid ticket, this issue was not

⁵⁰ Let us add for the sake of completeness that formerly the scope of medical services subject to the regulatory fee was considerably more extensive.

⁵¹ To put it briefly and simply, they are children in care homes, the insured persons lacking means of subsistence (under the relevant legal regulations), persons living in homes for the elderly, and persons who will be immediately admitted to the hospital.

⁵² Available at: https://nalus.usoud.cz/Search/GetText.aspx?sz=2-728-15_2 [accessed on: 24 June 2019].

⁵³ It is worth noting that it is true that the interpretation in the judgment quoted is not applicable to all cases: 'It is questionable how a case would be determined if it concerned a seventeen-year-old minor with earnings from employment and, as for their intellectual and volitional maturity, fully aware of the duty to pay the fee and able to pay it. I believe that in this case the duty to pay the regulatory fee would not be contrary to the interest of the minor, therefore it is necessary to consider every individual case separately.' Cf. L. Chalupská, *Regulační poplatky už nelze vymáhat po nezletilých* [Regulatory Fees Can No Longer be Recovered from Minors], *Právní prostor* [online], 10 December 2015, available at: <https://www.pravniprostor.cz/clanky/obcanske-pravo/regulacni-poplatky-uz-nelze-vymahat-po-nezletilych> [accessed on: 24 June 2019].

considered as serious⁵⁴ as the debts of minors based on contracts of transportation of persons, even though the mobile voice and data services have been experiencing a great boom in the Czech Republic. Let us mention at least briefly by way of illustration that since 2004 the number of active SIM cards has been higher than the number of citizens of the Czech Republic, and in 2015 a total of 14 million SIM cards, or on average 1.33 SIM cards per citizen of the Czech Republic, were registered. In this context it will come as no surprise that in 2015, 7.8 million users accessed the Internet via mobile networks, whereas only 2.9 million users relied fixed network services⁵⁵. In 2018 in the Czech Republic, 96% of people aged 16 and above used a mobile phone and out of that number 63.1% used a so-called smartphone. Seventy percent of people aged 16 and above accessed the Internet every day or almost every day, while in 2015 ‘only’ 37% of people did so via a mobile phone; in 2018, 58.4% of people in this age range used a mobile phone for Internet access. In absolute figures, the number of users of Internet on mobile phones grew from 1.2 million in 2012 to 5.4 million in 2018⁵⁶.

This is how the Public Defender of Rights reports on a case that could be taken as a ‘reference’ case: ‘In the case considered there was a situation where a mother entered into a contract for a student tariff. In order to be able to use this cheaper tariff she had it registered in the name of her eight-year-old son. The son did not live with her in a common household – he had been in foster care from four years of age and the mother showed no interest in the son. The mother soon stopped paying the monthly bills. After three years, the operator applied to Czech Telecommunications Office to start proceedings against the debtor. The Czech Telecommunications Office approved the application and issued a decision on the basis of which the operator filed an application for enforcement of debt against the then eleven-year-old boy. [...] It could not be assumed that the mother – as his legal representative – would be able to act in his best interest. On the contrary, the mother exploited her son and it suited her that the enforcement proceedings were against her child’⁵⁷. In this case the Czech Telecommunications Office reacted to the situation properly⁵⁸ and started to recover the debts from the legal representatives⁵⁹.

⁵⁴ Even if according to some sources there were actually dozens of cases of this type of debt. Cf. R. Vaculík, *Telefonní účty na děti? Stále to jde, ale dluhy už platí rodiče* [Telephone Bills in the Name of Children: Still Possible but Debts are Paid by the Parents], Novinky.cz [online], 20 February 2018, available at: <https://www.novinky.cz/internet-a-pc/mobil/463775-telefonni-ucty-na-deti-stale-to-jde-ale-dluhy-uz-plati-rodice.html> [accessed on: 24 June 2019].

⁵⁵ Source: Czech Statistical Office *Informační společnost v číslech 2017* [The Information Society in Figures 2017], 2017, available at: https://www.czso.cz/documents/10180/46014808/061004-17_S.pdf/b9a0a83e-7a6f-4613-b1df-33fe8b5d1a8e?version=1.1. [accessed on: 24 June 2019].

⁵⁶ Source: Czech Statistical Office, *Informační společnost v číslech 2019 – jednotlivci* [The Information Society in Figures 2019 – Individuals], 2019, available at: <https://www.czso.cz/documents/10180/90577061/06100419c.pdf/3f2e4e4e-cbdb-4e6c-8904-c21160ddaa8?version=1.2>. [accessed on: 24 June 2019].

⁵⁷ Public Defender of Rights, *Rodiče nemají zadlužovat své děti* [Parents Should Not Indebt their Children], 11 October 2016, available at: <https://www.ochrance.cz/aktualne/tiskove-zpravy-2016/rodice-nesmi-zadlužovat-sve-deti/> [accessed on: 25 June 2019].

⁵⁸ Based on Act No. 127/2005 Sb., to regulate electronic communications and to change certain related laws (Electronic Communications Act), the Czech Telecommunications Office is the central administrative authority for state administration in matters stipulated in this Act, including regulation of the market and setting the conditions for business activities in electronic communications and postal services. Failure to pay or the delayed payment of bills is regulated in Article 65 of the Act and the above-mentioned Office is at the same time the enforcement administrative body for the enforcement of duties stipulated in the Act or imposed *ex officio* and on the basis of the Act [Article 108(1)(aa) of the Act].

⁵⁹ Cf. T. Bystrý, *Ochrana před rodiči. Telekomunikační úřad už nebude moci vymáhat dluhy na dětech* [Protection against Parents. The Telecommunications Office will No Longer be Allowed to Recover Debts from Children] iROZHLAS.cz [online], 11 October 2016, available at: https://www.czso.cz/documents/10180/46014808/061004-17_S.pdf/b9a0a83e-7a6f-4613-b1df-33fe8b5d1a8e?version=1.1 [accessed on: 25 June 2019]. For a similar opinion, see A. Vlachová, M. Snížek, *Typické dluhy...*, p. 4.

The Office issued a consolidated opinion, which stated among other things: 'A contract for the provision of electronic communications services whereby the user agrees to make long-term recurring payments, and the amount of payment is practically unlimited, is a juridical act of which a six-year-old child is unable to understand and consider the consequences. Generally, the person having the obligation to pay is the contracting party, or the user, as stipulated in Article 64(1) of the Electronic Communications Act. However, a parent has a parental responsibility as defined in Article 31 of the Family Act⁶⁰, and it is the parent who is responsible for performing the obligations of a minor child'⁶¹. To support the reasoning, the Office appropriately recalled the judgment of the Supreme Court of the Czech Republic in case No. 28 Cdo 3429/2008: 'If a minor child is a party to a building savings contract, certain rights and obligations arise from such a contract for the child. The legal representatives are responsible for performing the obligations on behalf of the minor, [...]. Such obligations form part of the parental responsibility under Article 31 of the Family Act. If an obligation (in this case to make deposits of the agreed amounts with the building and loan society – Article 5(1) of Act No. 96/1993 Sb.) arises from a contract with a minor child as a contracting party, this obligation must be performed by the legal representatives of the minor'⁶². On this basis the Office concluded: 'In view of the above, the Czech Telecommunications Office deviated from the previously applied interpretation that the application should be issued against the minor, when in a case currently under consideration it rejected an application of O2 [mobile operator] stating that the capacity to be sued may only be rest with a parent'⁶³.

Let us add for the sake of completeness that out of the three main mobile operators, the above issue concerned only two (Vodafone and O₂), because in T-Mobile it was not possible to enter into a contract on behalf of a minor⁶⁴. This resolved the issue of 'child debtors' in this area only by means of interpretation of the meaning of parental responsibility and without the need for any legislative interventions.

From the perspective of the current legal regulation, the above-mentioned provisions on the administration of assets and liabilities of a minor by parents and in particular Article 898 CC, according to which parents need the consent of a court (among other things) to make juridical acts whereby the child enters into a contract creating an obligation to perform on a recurring long-term basis, a loan contract or a similar contract, or a contract concerning housing, in particular a lease, while a juridical act of the parent lacking the consent of the court is not considered (it is therefore a non-existent juridical act, only an apparent juridical act).

⁶⁰ Authors' note: The case was considered under the former legal regulation, i.e. under the Family Act. However, the same may be stated on the parental responsibility under Article 865 et seq. CC.

⁶¹ Czech Telecommunications Office, *Monitorovací zpráva. 2017, č. 2* [Monitoring Report. 2017, No. 2], Praha: ČTÚ, 2017, p. 27, available at: <https://www.ctu.cz/sites/default/files/obsah/ctu/monitorovaci-zprava-c.04/2017/obrazky/mz-2017-04.pdf> [accessed on: 25 June 2019].

⁶² The judgment is available at: <http://kraken.slv.cz/28Cdo3429/2008> [accessed on: 25 June 2019].

⁶³ Czech Telecommunications Office, *Monitorovací zpráva. 2017, č. 2* [Monitoring Report. 2017, no. 2], Praha: ČTÚ, 2017, p. 27, available at: <https://www.ctu.cz/sites/default/files/obsah/ctu/monitorovaci-zprava-c.04/2017/obrazky/mz-2017-04.pdf> [accessed on: 25 June 2019].

⁶⁴ For details cf. R. Vaculík, *Telefonní účty na děti? Stále to jde, ale dluhy už platí rodiče* [Telephone Bills in the Name of Children: Still Possible but Debts are Paid by the Parents], Novinky.cz [online], 20 February 2018, available at: <https://www.novinky.cz/internet-a-pc/mobil/463775-telefonni-ucty-na-deti-stale-to-jde-ale-dluhy-uz-plati-rodice.html> [accessed on: 25 June 2019].

3.3.4 Debts of minors in connection with books borrowed from public libraries

Another type of debts of minors are those arising from the late return (or failure to return) books or other items to public libraries. To start with, we should at least briefly introduce the system of libraries in the Czech Republic⁶⁵ and their use by the public. According to the available data (the latest currently available figures are for 2017) there were 5,339 libraries in the Czech Republic, at which a total of 1,383,786 registered readers borrowed a total of 55,364,431 library items (which means 40 borrowed items per average reader). In addition to public libraries, there are approximately 100 specialised libraries, out of which 85 participated in the statistical survey in 2017. A total of 145,686 readers were registered in these libraries and they borrowed a total of 428,529 items⁶⁶. On the whole, we are talking about at least 1,812,315 registered readers and 55,792,960 library items (on average, 30 borrowed items per reader). If we relate it to the total number of citizens in the Czech Republic as of 1 January 2017⁶⁷, a total of 17.13% were registered as readers.

From the private law perspective, there is a legal relationship between the library and a reader, the subject matter of which is primarily the right of the reader to use the services provided by the library in accordance with the rules of individual libraries; these services include in particular borrowing items to study them locally at the library or to take them away and return later. These loans are based on individual contracts of loan for use (under a contract of loan for use the lender delivers to the borrower a non-consumable thing and agrees to allow them to use it free of charge for a limited period of time, *cf.* Article 2193 *et seq.* CC), where the details arise from the rules of individual libraries⁶⁸. These individual loans are therefore free of charge, a debt, if any, may arise from a breach of obligations by the reader-borrower. The debt in the form of a contractual penalty (*cf.* Article 61 of the Library Rules) is therefore related to the breach of the obligations of the reader towards the library which consists mostly in the late return of, damage to, or loss of the library item. This contractual penalty in the Municipal Library of Prague currently amounts to CZK 5 per library item and per day the library is open⁶⁹. If we consider an example of two library items that were not returned for a period of 1 year, the penalty amounts to approx. CZK 2,510

⁶⁵ The fundamental legal regulation that stipulates the basic classification of libraries is Act No. 257/2001 Sb., to regulate libraries and the conditions of operation of public library and information services (the Library Act). For the sake of completeness, it is necessary to add that this act does not apply to libraries operated on the basis of a trade licence (*cf.* Article 1(2) of the Library Act). However, for the purposes of this paper it is not necessary to cover in detail the differences between the libraries operated on the basis of the Library Act and those operated on the basis of a trade licence.

⁶⁶ Source: National Information and Consulting Centre for Culture – Centre for Cultural Information and Statistics ('NIPOS'), *Základní statistické údaje o kultuře v České republice*, 2017. III. díl. *Knihovny a vydavatelská činnost* [Basic Statistical Data on Culture in the Czech Republic, 2017. Volume III. Libraries and Editorial Activities], Prague 2018, p. 7, available at: https://statistikakultury.cz/wp-content/uploads/2018/10/Statistika_2017_III.KNIHOVNY_VYDAVATELE_web.pdf [accessed on: 25 June 2019].

⁶⁷ With the population of the Czech Republic of 10,578,820 as of 1 January 2017. Source of data: Czech Statistical Office. Available at: <https://www.czso.cz/documents/10180/45964084/13007217.pdf/16152f213984-4ada-8599-be35c0e31ad6?version=1.1> [accessed on: 25 June 2019].

⁶⁸ *Cf.* for example Article 33 *et seq.* of the Library Rules of the Municipal Library in Prague, available at: <https://www.mlp.cz/cz/sluzby/jak-se-stat-ctenarem/> [accessed on: 26 June 2019]. Hereinafter we will use these Library Rules as the model rules.

⁶⁹ *Cf.* Price list of services of the Municipal Library in Prague, available at: <https://www.mlp.cz/cz/sluzby/cenik-sluzeb/> [accessed on: 26 June 2019].

(considering approx. 251 working days in a year). Additionally, there is a default interest of 0.5% of the outstanding amount for every calendar month of delay (*cf.* Article 62 of the Library Rules).

Theoretically, these debts could in the case of longer periods reach considerable amounts. It is necessary to mention that the quoted Library Rules contain clauses to make sure that any potential debts are not to be recovered from minors. Firstly, there is Article 17 of the Library Rules, according to which it is possible to register a person below the age of 15 as a reader irrespective of whether the person registers personally or through a legal representative; at the same time, such registration is not possible without a signature of a surety who guarantees compliance with the obligations of the reader arising up to the age of 15, where the surety may be also the legal representative. The purpose of the provision is clear: in the case of a debt the library proceeds under Article 2021 CC, i.e. sends a notice to the debtor – the minor – requesting them to pay the liability (the notice is not necessary if the creditor cannot accomplish it or if it is clear that the debtor will not pay the debt) and then requests the payment from the surety – typically the legal representative. This ensures that the library does not have to recover the debt from a child and enables it to recover the debt from the legal representatives, who provided suretyship. Additionally, we must also mention Article 67 of the Library Rules, which allows for an exceptional partial or full annulment of debt of a registered reader by the managing director of the library or by an employee designated by them. This is a convenient safety mechanism of last resort enabling the library to mitigate the harshness in individual cases.

It is therefore clear that in this way sufficient protection is achieved for the rights of the library (in terms of recovery of any potential claims) without at the same time having to sanction (indigent) minors and without having to postpone the resolution of their debts to the time when they attain majority, which would necessarily involve higher amounts of debt. Based on the available sources (*cf.* the examples mentioned in the introduction) it may be concluded that compared to the rides of minors without a valid ticket this is not such a frequent issue, therefore we believe that a majority of libraries proceed in this way (even though the timeframe of this paper makes it impracticable to support this statement with deeper research). And if some specific libraries do not do so, this mode of *balancing* the relationship among the library, a minor reader, and their legal representative is certainly an example of *good practice* worth pursuing, as it does not require any legislative changes.

We may consider whether it would be possible to transpose this *good practice* also to the field of the transportation of persons, which is perceived as the most serious issue. We believe that the *good practice* could be transposed even – if only to a limited extent, so the benefit of such transposition would also be limited. It could be considered that when a child buys a long-term pass (i.e. usually for a month, six months, or a year), it would be possible to make the sale of such a long-term pass conditional upon stating the name of the person who will act as a surety in cases when the transportation company needs to enforce the rights arising from a breach of obligations under the contract of transportation. Considering that the long-term pass is usually cheaper than the cost of tickets for individual rides and therefore it is a voluntary benefit provided by the transportation company to passengers, we believe that there are no obstacles to the transportation company's requesting such information from

the future passenger. Also considering that ticket controllers have no way of finding out whether the child is accompanied by the legal representative, and in principle have no possibility to obtain their personal data otherwise⁷⁰, it would be an option for the transportation company to obtain the data. Clearly, the possibility to transpose the solution is limited only to those children who would actually want to use the long-term pass (even if in the case of commuting pupils or students it may be a considerable percentage), but it would not be an option in case of minor passengers who use public transport *without* a valid ticket.

3.3.5 Debts arising from the lease of a flat or a house

For the sake of completeness, we consider it necessary to also mention the issue of debts related to the leasing of a flat or a house, as also in this respect there appear references to ‘child debtors’⁷¹. Even though, according to the quoted source, it is a one-off case, it requires attention because 19% of households live in leased premises⁷². and it may be expected that in the future the number of residential leases will grow due to the rising property prices.

Leases are regulated in Article 2201 et seq. CC, where Article 2235 et seq. contain special provisions concerning leases of flats or houses⁷³. The legal relationship in a residential lease consists in the obligation of the landlord to allow the tenant to use the premises for the purpose of meeting the housing needs of the tenant and their household members, if any, and the tenant agrees to pay rent to the landlord.

The first thing that may come to mind in connection with the lease may be a situation where a child (e.g. at the age of 17) enters into a lease agreement. At the age of 17, a child does not have the capacity to make such juridical acts, unless the child has full legal capacity. We must note that a minor who has not attained full legal capacity is never, irrespective of the content of other provisions, competent to act independently in those matters for which even their legal representative would require a leave of court (Article 36 CC). And a lease is one of the types of contracts where the legal representative would require a leave of court if they wanted to enter into such contract on behalf of the minor [*cf.* Article 898(2)(d) CC⁷⁴], and the parent’s juridical act lacking the required consent of court is not considered (Article 898(3)). This is why under

⁷⁰ For details *cf.* the above-mentioned paper dealing with debts of minors arising from contracts for the transportation of persons.

⁷¹ A. Skoupá, *Stát by měl dětem pomáhat, ne z nich dělat dlužníky, říká advokátka Vlachová* [The State Should Help Children Rather Than Make Children into 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: 26 June 2019].

⁷² Out of a total of 4,394,869 households, approximately 835,025 households use leased premises. According to the data of the Czech Statistical Office, available at: <https://www.czso.cz/documents/10180/91839453/160021191d.pdf/74ca6046-8b6f-4738-a74f-4efb85764cae?version=1.2> [accessed on: 26 June 2019]. We can also state that this figure has not changed significantly over the last couple of years, *cf.* e.g. R. Novák, T. Hrtúsová, T. Kozelský, *Nájemní bydlení: jak žijí obyvatelé České republiky?* [Residential Leases: Where do the Citizens of the Czech Republic Live?], Česká spořitelna [online], September 2018, available at: https://cz.products.erstegroup.com/Retail/cs/Anal%C3%BDzy_a_progn%C3%BDzy/Vyhled%C3%A1vuC3%A1nuC3%ADanal%C3%BDz/Detail_analuC3%BDzy/index.phtml?ID_ENTRY=104029 [accessed on: 26 June 2019].

⁷³ Hereinafter we will only use ‘residential lease’ to refer to both a flat and a house.

⁷⁴ ‘The consent of court is required in particular for juridical acts whereby the child [...] enters into a contract creating an obligation to perform on a recurring long-term basis, a loan contract or a similar contract, or a contract concerning housing, in particular a lease.’

the current Civil Code a child may be a party to a lease, irrespective of whether the child entered into the lease themselves or if the legal representative made the contract on their behalf, providing that the court consented to it. It is clear that the focus of interest of the court in such proceedings would be the financial circumstances of the child, in particular finding out whether they enable the child to pay a certain amount of rent on a regular basis.

In case of residential leases there is one more way in which a minor child may become a party to a lease as a tenant: passage of a residential lease. Article 2279 CC states that if a tenant dies (and it is not a joint residential lease by spouses), the lease passes to a member of the tenant's household who lived in the flat as of the date when the tenant died and does not have a home of his own. If such person is someone other than the tenant's spouse, partner, parent, sibling, son-in-law, daughter-in-law, child, or grandchild, the lease passes to such person providing that the landlord has agreed for the lease to pass to that person. The residential lease terminates no later than within two years of the date of such passage. This does not apply if the person to whom the lease passed was, on the day of passage of the lease, seventy years of age or more. Nor does it apply if the person to whom the lease passed had not yet attained the age of eighteen on the day of passage; in such a case the lease terminates no later than on the day when this person turns twenty, unless the landlord and the tenant agree otherwise. If more members of the tenant's household comply with the conditions for the passage of the lease, the rights and obligations of the lease pass to all of them jointly and severally. Every person who complies with the conditions for the passage of the lease may, within one month of the death of the tenant, notify the landlord in writing that they do not intend to continue the lease; the lease of such a person is discharged on the date when such notice is served on the landlord.

We may conclude from the above that a minor child who does not have full legal capacity may become a party (tenant) to a lease typically in the case of death of the child's parents since in such a situation the passage of the lease is not conditional upon the consent of the landlord. In the case of death of only one parent, the lease may pass to the other parent and the child jointly and severally, so it will be up to the landlord to decide from which of the two tenants to recover the outstanding amount of rent, if any⁷⁵. The law does provide for the tenant's possibility to notify within one month that they do not want to continue the lease (*cf.* above), however, a minor child (especially a younger one) cannot reasonably be expected to follow such a procedure. If the parents of a child die, the role of the tutor is performed by the so-called public tutor (i.e. the body in charge of social protection of children) up to the time when the court appoints a tutor for the child or until the tutor assumes office (Article 929 CC). It is hard to imagine that the body acting as a public tutor will be able to react within such a short period of time – perhaps with the exception of cases when in the vicinity of the child there would be a prudent person with sufficient knowledge of the law who would realise this need and would contact, with an explicit request, the body in charge of the social protection of children. We may agree with the opinion of Vlachová: 'Unfortunately the law does not take account of the fact that there may be children, even really young children, living in the household. Although the provision

⁷⁵ *Cf.* Article 1872 et seq. CC.

is motivated by an effort to protect other people against losing their home overnight due to the death of one member of the family, the lawmakers did not realise that the lease does not involve only rights, but also significant obligations, in particular the payment of rent, which may be a considerable amount. And if the remaining adult member of the family fails to pay the rent, the children become joint and several debtors⁷⁶. Even though, as mentioned above, that it is a one-off case, it could happen again in the future.

It seems that in this specific case there is not much space for a solution through interpreting the relevant provisions of the Civil Code, especially if the child is indigent (which will always be the case). And the situation will be even more serious if the lease passes only to a child (and not jointly and severally with, for example, the surviving parent). Even if we consider that the child will immediately be taken care of by, for instance, the grandparents, they cannot make any juridical acts on behalf of the child unless they are appointed as tutors. And if they do not request the body in charge of the social protection of the child to notify the landlord of the intention not to continue in the lease within one month, the lease – and therefore also the obligation to pay the rent – will continue. In addition, termination of a lease by the tutor (even if it is the body in charge of social protection of the child in the role of public tutor) does not fall within the scope of ordinary matters and therefore under Article 934 CC would require the consent of the court. It is clearly unrealistic to expect that the whole matter would be resolved within a month.

It may be expected that the child will inherit some property from the parents, but this does not have to be the case, as by the time the inheritance proceedings are completed the debt arising from unpaid rent may reach such an amount that the inherited property will be insufficient to pay the debt.

The legal regulation, even if with a good motive of making sure that the persons sharing the household with the tenants do not become homeless overnight, may in some cases easily turn against these persons. It is questionable whether such a situation may be resolved using for example the housing benefit under Article 24 et seq. of Act No. 117/1995 Sb., on state social support or using the additional housing benefit under Article 33 et seq. of Act No. 111/2006 Sb., on hardship assistance. For one, it is only a contribution which usually does not cover the housing costs in full and, additionally, only a tenant who has permanent residence in the flat is entitled to receive it (if additional prerequisites are met)⁷⁷. Therefore it seems that the given situation cannot be satisfactorily resolved without an appropriate amendment either in the field of state social support benefits (it may be possible to consider, for example, some compensation mechanism for the period until the situation of an indigent child can be resolved by a tutor) or by the limitation of liability of the child for a debt arising in this situation, for example, only to the amount of the inheritance received. However, this is just an initial imperfect consideration – it is necessary to find a solution that will protect the interests of the child, while respecting the landlord's rights. It is clear that finding such a solution would require a separate and in-depth analysis, which is outside the scope of this paper.

⁷⁶ A. Skoupá, *Stát by měl dětem pomáhat...*

⁷⁷ We do not cover this issue because it is outside the scope of this paper.

4. CONCLUSION

The above analysis of typical 'child debts' shows that in principle they can be solved in a satisfactory way under the existing legal regulation. The two exceptions include debts which may potentially arise if a residential lease passes to an indigent child (paradoxically, this type of debt has attracted little attention compared to the level of attention currently paid to the topic of child debt), as well as debts arising from using public transport without a valid ticket (which will be analysed in detail in the upcoming paper).

Abstract

Ondřej Frinta, Dita Frintová, David Elischer, *Children and Their Debts: Current Situation in the Czech Republic. Part One: General Findings and Particular Types of Debts*

The paper deals with the issue of the debts of minors. For this purpose, the current legal regulation of the capacity to make juridical acts of minors, the administration of their assets by legal representatives under parental responsibility, and the maintenance duty of parents to children are first analysed. Consequently, six problematic types of debts that arise for minors are identified. Regarding fees for municipal waste, regulatory fees in healthcare, debts from contracts with cell phone operators, and debts resulting from the use of public library services, these are already resolved or at least solvable without the need to amend the existing legislation. As for the debt arising from the transfer of the lease to a minor as a result of the tenant's death (usually a parent), this is a specific problem that will probably require a solution to change the legislation. However, due to the specificity of the problem, a deeper analysis will be needed. That being so, the main problem remains debts from public transport rides without a valid ticket, which are the focus of a separate paper.

Keywords: child, minor, debt, capacity to make juridical acts, litigation, draft, solution

Streszczenie

Ondřej Frinta, Dita Frintová, David Elischer, *Dzieci i ich długi – obecna sytuacja w Republice Czeskiej. Część I: Ustalenia ogólne i poszczególne rodzaje długów*

Artykuł dotyczy kwestii długów osób małoletnich. W tym celu w pierwszej kolejności analizowane są obowiązujące regulacje prawne dotyczące zdolności osób małoletnich do dokonywania czynności prawnych, zarządu ich majątkiem przez przedstawicieli prawnych w ramach wykonywania władzy rodzicielskiej, a także obowiązku alimentacyjnego rodziców wobec dzieci. Następnie autorzy wskazują sześć problematycznych rodzajów długów powstających u osób małoletnich. W zakresie opłat za gospodarowanie odpadami komunalnymi, opłat regulacyjnych w służbie zdrowia, długów wynikających z umów z operatorami telefonii komórkowej, a także długów wynikających z korzystania z usług bibliotek publicznych istnieją już rozwiązania lub możliwości rozwiązania tych problemów bez konieczności dokonywania zmian w obowiązujących przepisach. Długi wynikające z przeniesienia umowy najmu na osobę małoletnią wskutek śmierci najemcy (najczęściej rodzica) stanowią specyficzny problem, którego rozwiązanie będzie prawdopodobnie wymagało

zmiany przepisów prawa. Jednak ze względu na specyfikę tego problemu konieczna będzie pogłębiona analiza. W związku z tym głównym problemem pozostają długie wynikające z korzystania z transportu publicznego bez ważnego biletu, które są przedmiotem odrębnego artykułu.

Słowa kluczowe: dziecko, osoba małoletnia, dług, zdolność do podejmowania czynności prawnych, spór sądowy, projekt, rozwiązanie

Bibliography:

1. Boháček M., *Nástin přednášek o soukromém právu římském. III. Část všeobecná. Sešit první* [An Outline of Lectures on Private Roman Law. General Part III. Book One], 1st ed. Praha 1947;
2. Bystrý T., *Ochrana před rodiči. Telekomunikační úřad už nebude moci vymáhat dluhy na dětech* [Protection against Parents. The Telecommunications Office will No Longer be Allowed to Recover Debts from Children] iROZHLAS.cz [online], 11 October 2016, available at: https://www.czso.cz/documents/10180/46014808/061004-17_S.pdf/b9a0a83e-7a6f-4613-b1df-33fe8b5d1a8e?version=1.1;
3. Chalupská L., *Regulační poplatky už nelze vymáhat po nezletilých* [Regulatory Fees Can No Longer be Recovered from Minors], Právní prostor [online], 10 December 2015, available at: <https://www.pravniprostor.cz/clanky/obcanske-pravo/regulacni-poplatky-uz-nelze-vymahat-po-nezletilych>;
4. Dobrovolná E., *Komentář k § 31* [Commentary on Article 31], [in:] P. Lavický et al., *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654). Komentář* [Civil Code I. General Part (Articles 1–654). Commentary], 1st ed. Praha 2014;
5. Eliáš K., *Nový občanský zákoník s aktualizovanou důvodovou zprávou a rejstříkem* [New Civil Code with an update explanatory memorandum and an index], 1st ed. Ostrava 2012;
6. Eliáš K., *Vychováváme generaci negramotů?* [Are We Bringing up a Generation of Illiterates?], Lidové noviny, 20 May 2019;
7. Frinta O., *Pojetí svéprávnosti v návrhu nového občanského zákoníku* [The Conception of Legal Capacity in the Draft New Civil Code], Bulletin advokacie, (1–2)2011;
8. Hovorka J., *Velká prasárna. Stát vyrobil tisíce dětských dlužníků, teď vymyslí pomoc* [What a Disgrace. The State Produced Thousands of Infant Debtors, Now it is Designing a Solution], www.penize.cz [online], 16 May 2019. Available at: <https://www.penize.cz/exekuce/406350-velka-prasarna-stat-vyrobil-tisice-detskych-dluzniku-ted-vymysli-pomoc>;
9. Jantoš M., Těžký V., *K protiústavnosti vymáhání nedoplatek na místních poplatcích u nezletilých* [On Unconstitutionality of Collection of Outstanding Amounts of Local Fees against Minors], Deník veřejné správy [online], 27 November 2017, available at: <http://www.dvs.cz/clanek.asp?id=6744614>;
10. Kintl J., Urfus V., Skřejpek M., *Římské právo* [Roman Law], 2nd ed. Praha 1995;
11. Kintl J., *Gaius: Učebnice práva ve čtyřech knihách* [Gaius: The Textbook of Law in Four Books], 1st ed. Plzeň 2007;
12. Knapp V., *Hlavní zásady československého socialistického občanského práva* [The Main Principles of Czechoslovak Socialist Civil Law], 1st ed. Praha 1958;
13. Novák R., Hrtúsová T., Kozelský T., *Nájemní bydlení: jak žijí obyvatelé České republiky?* [Residential Leases: Where do the Citizens of the Czech Republic Live?], Česká spořitelna [online], September 2018, available at: https://cz.products.erstegroup.com/Retail/cs/AnaluC3uBDzy_a_prognuC3uB3zy/VyhleduC3uA1vuC3uA1nuC3uAD_analuC3uBDz/Detail_analuC3uBDzy/index.phtml?ID_ENTRY=104029;
14. Sedláček J., *Komentář k § 152* [A Commentary on Article 152], [in:] F. Rouček, J. Sedláček (eds.), *Komentář k Československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi. Díl první (§§ 1 až 284)* [A Commentary on Czechoslovak General Civil Code and the Civil Law Valid in Slovakia and Carpathian Ruthenia. Volume one (Articles 1–284)], 1st ed. Praha 1935;

15. Šínová R., *Komentář k § 31 [Commentary on Article 31]*, [in:] F. Melzer, P. Tégl et al.: *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek I. § 1–117 [Civil Code – Great Commentary. Volume I. Articles 1–117]*, 1st ed. Praha 2013;
16. Skoupá A., *Stát by měl dětem pomáhat, ne z nich dělat dlužníky, říká advokátka Vlachová [The State Should Help Children Rather Than Make Children into 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/>;
17. Sommer O., *Učebnice soukromého práva římského. Díl I. Obecné nauky [A Textbook of Private Roman Law. Part I. General Studies]*, 1st ed. Praha 1946;
18. Vaculík R., *Telefonní účty na děti? Stále to jde, ale dluhy už platí rodiče [Telephone Bills in the Name of Children: Still Possible but Debts are Paid by the Parents]*, Novinky.cz [online], 20 February 2018, available at: <https://www.novinky.cz/internet-a-pc/mobil/463775-telefonni-ucty-na-deti-stale-to-jde-ale-dluhy-uz-plati-rodice.html>;
19. Vlachová A., Snížek M., *Typické dluhy nezletilých [Typical Debts of Minors]*, Soukromé právo, (10)2018;
20. Zvánovec V., *Právní úprava svéprávnosti nezletilců v návrhu nového občanského zákoníku [Legal Regulation of Legal Capacity of Minors in the Draft New Civil Code]*, Bulletin advokacie, (1–2)2011.

Paweł Ostaszewski, Ewelina Melaniuk*

Sprawy ze skargi na przewlekłość postępowania sądowego w 2018 r.**

Podstawowym celem niniejszego badania spraw ze skargi na przewlekłość postępowania sądowego, w których sądy ustaliły przewlekłość i zasądziły rekompensatę pieniężną, było ustalenie rzeczywistej średniej kwoty zasądzonej przez sądy w poszczególnych rodzajach spraw za każdy rok przewlekłości. W badaniu uwzględniono okoliczności każdej ze spraw, w tym: czas trwania postępowania, stopień faktycznego i prawnego skomplikowania sprawy, szczególne znaczenie sprawy dla strony postępowania, zachowanie skarżącego (zwłaszcza przyczynienia się do przewlekłości).

Uzyskane i prezentowane w artykule wyniki analizy miały pomóc ustalić, czy – i ewentualnie w jakim zakresie – sądy powszechne stosują przepisy ustawy o skardze zgodnie ze standardami konwencyjnymi.

1. WPROWADZENIE

Przedmiotem niniejszego artykułu jest analiza spraw ze skargi na przewlekłość postępowania sądowego, w których sądy w 2018 r. stwierdziły przewlekłość i zasądziły przyznanie skarżącemu sumy pieniężnej. Głównym celem badania było zaś ustalenie rzeczywistej średniej kwoty zasądzonej przez sądy w poszczególnych rodzajach spraw za każdy rok przewlekłości, z uwzględnieniem okoliczności każdej ze spraw.

W badaniu uwzględniono m.in. takie elementy charakterystyki spraw przewlekłych jak: czas trwania postępowania na dzień rozpoznania skargi oraz jego wieloetapowość, stopień faktycznego i prawnego skomplikowania sprawy, szczególne znaczenie sprawy dla strony postępowania, zachowania skarżącego (zwłaszcza przyczyniające

* Dr Paweł Ostaszewski jest adiunktem w Instytucie Profilaktyki Społecznej i Resocjalizacji na Wydziale Stosowanych Nauk Społecznych i Resocjalizacji Uniwersytetu Warszawskiego, Polska, ORCID 0000-0001-8067-8978, e-mail: pawel.ostaszewski@uw.edu.pl; mgr Ewelina Melaniuk jest absolwentką Instytutu Profilaktyki Społecznej i Resocjalizacji na Wydziale Stosowanych Nauk Społecznych i Resocjalizacji Uniwersytetu Warszawskiego, Polska, ORCID 0000-0002-2331-5633, e-mail: melaniuk.ewelina@gmail.com

** Data zgłoszenia tekstu przez autorów: 13.01.2020 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 9.03.2020 r. Artykuł stanowi skróconą i zmodyfikowaną wersję raportu Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości: P. Ostaszewski, E. Melaniuk, *Kwerenda spraw ze skargi na przewlekłość postępowania sądowego*, Warszawa 2019, https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2020/01/IWS_Ostaszewski-P-Melaniuk-E_Kwerenda-spraw-ze-skargi-na-przewlek%C5%82o%C5%9B%C4%87-post%C4%99powania-s%C4%85dowego.pdf (dostęp: 28.03.2020 r.). W raporcie zostały zawarte dodatkowo liczne i szczegółowe zestawienia tabelaryczne z opisywanymi danymi.

się do przewlekłości), przywołane w uzasadnieniach przesłanki przyznania określonej kwoty (zwłaszcza, gdy przekraczała ona ustawowe minimum), ewentualny brak uzasadnienia wysokości rekompensaty oraz wniesienie w sprawie więcej niż jednej skargi.

Uzyskane w wyniku przeprowadzenia kwerendy informacje pomogły ustalić, czy i ewentualnie w jakim zakresie, sądy powszechne stosują przepisy ustawy z 17.06.2004 r. o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu przygotowawczym prowadzonym lub nadzorowanym przez prokuratora i postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki¹ zgodnie ze standardami konwencyjnymi w aspekcie adekwatnej rekompensaty. Będą one mogły również służyć pomocą przy formułowaniu ewentualnych zmian legislacyjnych i wprowadzaniu innych środków zaradczych.

Problematyka przewlekłości postępowań sądowych i prokuratorskich była przedmiotem licznych opracowań i analiz. Nawet skrótowy przegląd całej literatury tego przedmiotu znacznie wykracza poza ramy niniejszego, ściśle empirycznego opracowania. Warto jednak zasygnalizować, że podobne badania do prezentowanego w tym miejscu były już prowadzone, m.in. w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości (dalej IWS)², jednak znaczny upływ czasu od ostatniej porównywalnej analizy spraw skargowych skłania do ponownego podjęcia tego zagadnienia.

W artykule bardzo skrótkowo omówiono genezę i treść przywołanej wyżej ustawy z 17.06.2004 r. o skardze na przewlekłość postępowania. Zarysowano także, na podstawie danych ze sprawozdań Ministerstwa Sprawiedliwości, statystyczny obraz spraw z tzw. wykazu S, czyli skarg na postępowanie sądowe wszczynanych na podstawie przywołanej wyżej ustawy o skardze na przewlekłość. Rozdział trzeci zawiera opis wykorzystanej w badaniu metodologii i przeanalizowanych spraw. W dwóch ostatnich częściach artykułu analizie poddano dwa najważniejsze zagadnienia, a więc okres przewlekłości postępowań, których dotyczyła skarga i kwotę odpowiedniej sumy pieniężnej, o którą wnioskował skarżący, i która została mu przyznana.

2. USTAWA O SKARDZE NA PRZEWLEKŁOŚĆ POSTĘPOWANIA

Niepodważalne jest, że rozstrzygnięcie sprawy przez sąd w rozsądnym czasie i bez nieuzasadnionej zwłoki jest, obok sprawiedliwości i jawności postępowania

¹ Dz.U. z 2018 r. poz. 75 ze zm. – dalej u.s.p. Ustawę ogłoszono w: Dz.U. Nr 179, poz. 1843, a weszła ona w życie 17.09.2004 r.

² Por. np. cały numer „Prawa w Działaniu” (2007/2) poświęcony tej problematyce: E. Holewińska-Łapińska, A. Siemaszko, *Słowo wstępne*, s. 7–14; A. Kryże, P. Niedzielak, K. Petryna, *Przewlekłość postępowania w sprawach karnych. Wprowadzenie*, s. 17–23; P. Niedzielak, K. Petryna, *Sprawność postępowania sądowego w sprawach karnych rozpoznawanych w pierwszej instancji przez warszawskie sądy rejonowe. Analiza spraw zakończonych*, s. 24–68; A. Kryże, *Sprawność postępowania sądowego w sprawach rozpoznawanych w pierwszej instancji przez warszawskie sądy rejonowe. Analiza spraw niezakończonych prawomocnie*, s. 68–105; A. Kucharska, *Przyczyny przewlekłości postępowań cywilnych w sądach rejonowych*, s. 109–161; E. Holewińska-Łapińska, *Postępowania ze skargi na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy cywilnej w postępowaniu rozpoznawczym przed sądami rejonowymi i okręgowymi bez nieuzasadnionej zwłoki, zakończone orzeczeniem merytorycznym*, s. 162–201 oraz raport IWS autorstwa E. Holewińskiej-Łapińskiej, *Praktyka zasądzenia „odpowiedniej sumy pieniężnej” w przypadku stwierdzenia przewlekłości postępowania*, Warszawa 2007 (niepublikowany). Z najnowszych, powiązanych tematycznie opracowań, warto zwrócić uwagę na następujący raport IWS: M. Wielec, K. Buczkowski, K. Burdziak, M. Jankowski, P. Ostaszewski, J. Włodarczyk-Madejska, P. Bachmat, P. Banaszak, J. Klimczak, R. Szymczykiwicz, *Przyczyny przewlekłości postępowania sądowego w sprawach karnych*, Warszawa 2019, https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2019/10/IWS_Zesp%C3%B3%C5%82_Przyczyny-przewlek%C5%82o%C5%9Bci-post%C4%99powania-s%C4%85dowego-w-sprawach-karnych.pdf (dostęp: 10.12.2019 r.).

sądowego, istotnym elementem konstytucyjnego prawa człowieka do sądu. Zgodnie z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP³ „każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd”. Również Europejska Konwencja Praw Człowieka⁴ zwraca uwagę na kryterium czasu rozpoznawania sprawy, stanowiąc w art. 6 ust. 1, że: „każdy ma prawo do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia jego sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd”. Trudno nie zgodzić się ze stwierdzeniem, że: „prawo do sądu traci na znaczeniu, gdy wikła zainteresowanego w przewlekłe, długotrwałe procesy i mimo nakładu energii i środków finansowych nie przynosi mu żadnego pożytku”⁵. Oczywiście nie oznacza to, że każda sprawa powinna zostać zakończona już na pierwszym posiedzeniu. Zarówno zgodnie z polskim orzecnictwem, jak i orzecnictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej ETPC) najważniejsze jest wydanie sprawiedliwego wyroku, opartego na prawidłowo dokonanych ustaleniach faktycznych. Potwierdzeniem tego może być wyrok Trybunału Konstytucyjnego (dalej TK) z 13.05.2002 r., SK 32/01, w którym czytamy, że: „[p]ostulat szybkości (...) postępowania cywilnego, mający u podstaw dyrektywę przeciwdziałania przewlekłości postępowania jest jednak ograniczony zastrzeżeniem, że dążenie do tego, aby rozstrzygnięcie nastąpiło na pierwszym posiedzeniu, może mieć miejsce tylko wówczas, o ile jest to możliwe bez szkody dla wyjaśnienia sprawy”⁶.

Jeszcze przed podpisaniem przez Polskę EKPC i wejściem w życie Konstytucji RP z 1997 r., w orzecnictwie wielokrotnie zwracano uwagę na kwestię czasu „procesowania”, zalecając, aby postępowanie od momentu wszczęcia do chwili wydania prawomocnego rozstrzygnięcia nie trwało dłużej niż jest to konieczne dla merytorycznie prawidłowego rozstrzygnięcia. Jednak nie było w tej kwestii żadnych prawnie obowiązujących regulacji. Dopiero wyrok ETPC w sprawie Kudła przeciwko Polsce⁷ powiązał art. 13 z art. 6 EKPC. Zgodnie z art. 13 EKPC „każdy, kogo prawa i wolności zostały naruszone, powinien mieć prawo do skutecznego środka odwoławczego do właściwego organu państwowego także wówczas, gdy naruszenia dokonały osoby wykonujące swoje funkcje urzędowe”. W przypadku przewlekłego postępowania jedną z form realizacji tego zapisu ma być możliwość składania skargi na przewlekłość postępowania w pierwszej kolejności do organów krajowych. W związku z tym Trybunał w Strasburgu zobowiązał Polskę do wprowadzenia do krajowych systemów prawnych środka umożliwiającego zaskarżenie przewlekłości postępowania⁸.

Niewątpliwie, to właśnie wyrok ETPC w sprawie Kudła przeciwko Polsce stał się głównym impulsem do stworzenia przywoływanej na wstępie ustawy z 17.06.2004 r. o skardze na przewlekłość postępowania. Ustawa ta reguluje zasady

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

⁴ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.) – dalej EKPC lub Konwencja.

⁵ C.P. Klak, *Pojęcie przewlekłości postępowania sądowego*, „Prokuratura i Prawo” 2008/12, s. 63.

⁶ OTK-A 2002/3, poz. 31.

⁷ Wyrok ETPC z 26.10.2000 r., skarga nr 30210/96, LEX nr 42804.

⁸ E. Bagińska, *Skarga na przewlekłość postępowania i prawo do „odpowiedniej sumy pieniężnej” z tytułu naruszenia prawa strony do procesu w rozsądnym czasie – fiasko polskiego modelu kompensacyjnego?*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2016, t. XXXVI, s. 27.

oraz tryb wnoszenia i rozpatrywania skargi strony, której prawo do rozpoznania sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki zostało naruszone na skutek działania lub bezczynności sądu bądź prokuratora prowadzącego lub nadzorującego postępowanie przygotowawcze. Przepisy ustawy mają zastosowanie także do zbędnej zwłoki w postępowaniu egzekucyjnym prowadzonym przez komornika, pod nadzorem sądu.

Zgodnie z wyrokiem TK z 1.04.2008 r., SK 77/06⁹ „[s]karga na przewlekłość postępowania ma szczególnie charakter jako gwarancja prawa do sądu”. W opinii Trybunału Konstytucyjnego umożliwienie złożenia skargi na przewlekłość postępowania stanowi „(...) dwustopniową gwarancję wolności i praw konstytucyjnych: podstawową gwarancję tych wolności i praw stanowi prawo do sądu, a na wypadek gdyby prawo to nie było właściwie realizowane, stronie przysługuje skarga na przewlekłość postępowania”. Z kolei Sąd Najwyższy (dalej SN) stwierdził, że to „[p]aństwo ma obowiązek zorganizowania warunków należytego sprawowania władzy jurysdykcyjnej, w tym zapewnienia optymalnej obsady kadrowej sądów, aby nie dochodziło do przewlekłości postępowania”¹⁰.

Co do zasady, podmiotem uprawnionym do złożenia skargi jest strona postępowania, jednak w art. 3 u.s.p. ustawodawca wskazał również na inne podmioty, które w danym postępowaniu są do tego uprawnione:

- w postępowaniu w przedmiocie odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary – wnioskodawca;
- w postępowaniu karnym – pokrzywdzony (nawet, jeśli nie jest stroną postępowania);
- w postępowaniu cywilnym – interwenient uboczny i uczestnik postępowania;
- w postępowaniu sądowo-administracyjnym – skarżący lub uczestnik postępowania na prawach strony;
- w postępowaniu egzekucyjnym oraz w innym postępowaniu dotyczącym wykonania orzeczenia sądowego – inna osoba realizująca swoje uprawnienia w tym postępowaniu.

Uprawniony podmiot może wnieść skargę zawsze, gdy w jego opinii postępowanie trwa dłużej niż jest to konieczne dla wyjaśnienia okoliczności faktycznych i prawnych niezbędnych do rozstrzygnięcia sprawy, zakończenia postępowania przygotowawczego lub wykonawczego. Rozstrzygając zgodnie z art. 2 ust. 2 u.s.p., czy w danej sprawie faktycznie doszło do przewlekłości, sąd orzekający powinien poddać ocenie prawidłowość oraz terminowość podejmowanych przez dany organ czynności, w szczególności uwzględniając:

- dotychczasowy czas trwania postępowania od momentu jego wszczęcia do chwili rozpoznania skargi;
- charakter sprawy;
- stopień faktycznej i prawnej zawichości sprawy;
- znaczenie dla strony, która wniosła skargę rozstrzygniętych w sprawie zagadnień;
- zachowanie się stron, a szczególnie strony zarzucającej przewlekłość postępowania.

⁹ OTK-A 2008/3, poz. 39.

¹⁰ Postanowienie SN z 8.03.2005 r., III SPP 34/05, OSNP 2005/20, poz. 327.

Z formalnego punktu widzenia skarga powinna zostać złożona w toku prowadzonego postępowania do sądu, przed którym się ono toczy, a w przypadku postępowania przygotowawczego do prokuratury prowadzącej lub nadzorującej to postępowanie. Natomiast sądem właściwym do rozpoznania złożonej skargi będzie sąd nadrzędu nad tym, któremu zarzuca się przewlekłość „procesowanie”.

Artykuł 12 ust. 4 u.s.p. przewiduje możliwość zasądzenia odpowiedniej sumy pieniężnej na rzecz skarżącego. Do czasu nowelizacji ustawy w 2009 r. maksymalna suma, której sąd nie mógł przekroczyć, ustalona była na poziomie 10 000 zł. W stosunku do zadośćuczynienia przyznawanego przez ETPC w takich sprawach kwota ta była dosyć niska, w związku z czym została ona dwukrotnie podwyższona, co oznacza, że sąd może przyznać skarżącemu w ramach rekompensaty za przewlekłość postępowania maksymalnie 20 000 zł. Ustalony został także dolny limit przyznawanego zadośćuczynienia – sąd nie może przyznać skarżącemu sumy pieniężnej niższej niż 2 000 zł, a także mniejszej niż 500 zł za każdy rok dotychczas trwającego postępowania. Kwoty te są stawkami minimalnymi. Ustawodawca podkreśla, że sąd może przyznać skarżącemu sumę pieniężną wyższą niż ustalone minimum, gdy „sprawa ma szczególne znaczenie dla skarżącego, który swoją postawą nie przyczynił się w sposób zawiniony do wydłużenia czasu trwania postępowania” (art. 12 ust. 4 zd. 3 u.s.p.). Dodatkowo, ustawa ta daje możliwość wielokrotnego zaskarżenia przewlekłości postępowania i ubiegania się o zasądzenie „odpowiedniej sumy pieniężnej”. Zgodnie z art. 14 ust. 1 u.s.p. „skarżący może wystąpić z nową skargą w tej samej sprawie po upływie 12 miesięcy, a w postępowaniu przygotowawczym, w którym stosowane jest tymczasowe aresztowanie, oraz w sprawie egzekucyjnej lub innej dotyczącej wykonania orzeczenia sądowego – po upływie 6 miesięcy, od daty wydania przez sąd orzeczenia”.

Mimo upływu prawie 16 lat od wejścia w życie ustawy o skardze, problem przewlekłości postępowań sądowych oraz możliwej nieefektywności stworzonego środka trwa nadal. Dostrzegalne jest to m.in. w liczbie uwzględnianych przez ETPC skarg na niekończące się postępowania, składanych po uprzednim skorzystaniu z krajowych środków przeciwdziałania przewlekłości postępowań. W lipcu 2015 r. ETPC ponownie stwierdził naruszenie przez polski wymiar sprawiedliwości gwarantowanych praw do rozpoznania sprawy w rozsądnym terminie oraz skorzystania ze skutecznego środka odwoławczego w sprawie Rutkowski i inni przeciwko Polsce¹¹. Wyrok pilotażowy wydany w tej sprawie dotyczył połączonych trzech skarg oraz 591 analogicznych skarg, które zostały wniesione w okresie od 4.03.2008 r. do 23.05.2015 r. i zostały ujęte w załączonym do wyroku wykazie¹².

W sprawie Rutkowski przeciwko Polsce¹³ badaniu przez Trybunał strasburski została poddana przewlekłość postępowania przygotowawczego oraz postępowania prowadzonego przed sądem karnym I instancji w łącznym okresie 7 lat i 10 miesięcy. W tym czasie zostały stwierdzone liczne uchybienia procesowe oraz znaczące okresy beczynności, do powstania których skarżący w żaden sposób się

¹¹ A. Pietryka, *Przewlekłość jako problem strukturalny w Polsce – analiza wyroku Rutkowski i inni przeciwko Polsce*, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, „Analizy i Rekomendacje” 2015/9, s. 1–2.

¹² A. Pietryka, *Przewlekłość...*, s. 2.

¹³ Wyrok ETPC z 7.07.2015 r., skargi nr: 72287/10, 13927/11, 46187/11, HUDOC.

nie przyczynił¹⁴. Pierwsza rozprawa w tej sprawie odbyła się po blisko 4 latach od momentu wpłynięcia aktu oskarżenia, a długotrwała przewlekłość doprowadziła do sporu, co do właściwości sądu do rozpoznawania danej sprawy. Ostatecznie, w 2010 r. skarżący został uniewinniony. Złożona przez niego skarga na przewlekłość postępowania została uwzględniona, a w ramach rekompensaty przyznano mu sumę pieniężną w wysokości 2 000 zł.

Łącznie ze sprawą Rutkowski przeciwko Polsce rozpatrywane były dwie inne sprawy: Orlikowski przeciwko Polsce¹⁵ oraz Grabowska przeciwko Polsce¹⁶. W tych sprawach okresy badanej przewlekłości były jeszcze dłuższe – odpowiednio 11 lat i 8 miesięcy oraz 13 lat i 2 miesiące. Pierwsze postępowanie dotyczyło sprawy o zapłatę należności za wykonane prace remontowe. Przewlekłość w tym przypadku związana była ze zbyt niską częstotliwością wyznaczania terminów kolejnych rozpraw oraz długotrwałym oczekiwaniem na sporządzenie opinii przez biegłego. W drugiej sprawie, dotyczącej stwierdzenia nabycia udziału we współwłasności nieruchomości przez zasiedzenie, ETPC dopatrzył się błędów w toku prowadzonego postępowania, polegających m.in. „na niedołożeniu staranności w zawiadamianiu stron o przebiegu postępowania”¹⁷. W obu sprawach skargi na przewlekłość postępowań zostały oddalone.

W wyroku Rutkowski i inni przeciwko Polsce ETPC stwierdził nie tylko naruszenie art. 6 i 13 EKPC w tej konkretnej sprawie, ale zdiagnozował ogólny problem systemowy w Polsce związany z przewlekłością postępowań sądowych. Na gruncie art. 6 Konwencji wiąże się on przede wszystkim ze zbyt opieszałym przedkładaniem opinii przez biegłych sądowych oraz wadliwym zarządzaniem procesami, przejawiającym się w częstym odraczaniu rozpraw oraz długimi przerwami między kolejnymi posiedzeniami. Z kolei na gruncie art. 13 Konwencji problem strukturalny odnosi się do funkcjonowania stworzonego środka zaskarżenia w postaci skargi na przewlekłość. Europejski Trybunał Praw Człowieka wskazał tu dwa główne problemy. Pierwszym jest „fragmentaryzacja” badania przewlekłości polegająca na „ograniczeniu oceny stanu przewlekłości do tej fazy danego postępowania, w której składana jest skarga na przewlekłość”¹⁸. Drugi problem odnosi się do nierealizacji założonej kompensacyjnej funkcji skargi, czyli „zaniżania wysokości przyznawanych skarżącym rekompensat pieniężnych z tytułu zaistnienia stanu przewlekłości”¹⁹.

Liczne wyroki ETPC wskazujące na rozbieżności pomiędzy standardami wyznaczanymi przez orzecznictwo strasburskie a orzecznictwem krajowych sądów były powodem nowelizacji ustawy o skardze na przewlekłość, która miała miejsce w grudniu 2017 r. Warto zatem poddać ocenie, czy ta modyfikacja zwiększyła efektywność tego środka zaskarżenia i wspomogła ochronę prawa jednostki do rozpoznania sprawy przez sąd w rozsądnym terminie. Podczas posiedzenia w grudniu 2018 r. Komitet Ministrów Rady Europy wydał decyzję²⁰, w której, w pkt 6, wyraził zaniepokojenie,

¹⁴ A. Pietryka, *Przewlekłość...*, s. 2.

¹⁵ Skarga nr 72287/10.

¹⁶ Skarga nr 46187/11.

¹⁷ A. Pietryka, *Przewlekłość...*, s. 3.

¹⁸ A. Pietryka, *Przewlekłość...*, s. 3–4.

¹⁹ A. Pietryka, *Przewlekłość...*, s. 4.

²⁰ Decyzja Komitetu Ministrów Rady Europy wydana podczas 1331. spotkania, 6.12.2018 r., Ministerstwo Spraw Zagranicznych, *Raport z wykonywania wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka przez Polskę za 2018 r.*, Warszawa 2019, s. 14.

że pomimo nowelizacji ustawy o skardze w 2017 r. oraz intensywnego podnoszenia świadomości wśród sędziów, nadal średnia wysokość kwoty rekompensaty przyznawanej przez sądy krajowe rozpoznające skargę na przewlekłość pozostała niezmienniona. Jednocześnie Komitet skierował prośbę o głęboką refleksję na temat możliwości poprawy obecnej sytuacji oraz nakazał wskazanie przyczyn tak dużej liczby skarg na nadmierną długość postępowania odrzuconych ze względów formalnych.

Należy również wskazać na bogate orzecznictwo sądów krajowych w zakresie rozpatrywanej problematyki, którego jednak nawet pobieżny przegląd nie byłby celowy w tym artykule.

3. OBRAZ STATYSTYCZNY SPRAW ZE SKARGI NA PRZEWLEKŁOŚĆ POSTĘPOWANIA SĄDOWEGO

Od 2004 r. polskie prawo daje możliwość złożenia skargi na przewlekłość postępowania. Od tego czasu liczba zarejestrowanych spraw z wykazu S systematycznie wzrasta – od niespełna 1,8 tys. w 2004 r.²¹ do ponad 18 000 w roku 2018, co oznacza ponad dziesięciokrotny wzrost²².

Najwięcej skarg na przewlekłość postępowania rozpatrywały wydziały cywilne sądów okręgowych. Corocznie stanowią one ok. 50% łącznej liczby załatwionych spraw z wykazu S. Znaczny odsetek tworzą również skargi rozpatrywane przez wydziały cywilne sądów apelacyjnych oraz wydziały karne sądów okręgowych (między 10% a 30%).

Zgodnie z rekomendacjami ETPC sąd, który uzna, że w danej sprawie faktycznie doszło do przewlekłości postępowania, powinien zasądzić na rzecz skarżącego „odpowiednią sumę pieniężną”. W ciągu prawie 16 lat obowiązywania ustawy o skardze na przewlekłość postępowań, rocznie jedynie od 9% do 18% wszystkich załatwionych spraw z wykazu S kończy się uwzględnieniem skargi w całości lub części oraz zasądzeniem rekompensaty pieniężnej.

Wraz ze wzrostem liczby wpływających skarg na przewlekłość postępowań, zwiększa się również łączna kwota wypłaconych odszkodowań na rzecz osób skarżących – od 357 000 zł w 2004 r. do 5,8 mln zł w 2018 r.

Jednak mimo wzrostu ogólnych wydatków na odszkodowania z tytułu naruszenia prawa do rozstrzygnięcia sprawy bez zbędnej zwłoki, średnia kwota wypłacanych rekompensat nie zmieniła się w znaczący sposób – w 2004 r. wynosiła ona 2,4 tys. złotych, a w 2018 r. – 3,1 tys. złotych.

Jak już zasygnalizowano wcześniej, w 2018 r. łącznie zostało załatwionych ponad 18 000 spraw z wykazu S. Najwięcej, bo aż 80% stanowiły skargi rozpatrywane przez sądy cywilne (50% – sądy okręgowe, 30% – sądy apelacyjne), niespełna 13% to skargi na przewlekłość postępowań karnych (10% – sądy okręgowe, 3% – sądy apelacyjne), ok. 4% skarg dotyczyło spraw gospodarczych (3% – sądy okręgowe, 1% sądy apelacyjne), a ok. 2% – sprawy z zakresu prawa pracy i ubezpieczeń społecznych (1% – sądy okręgowe, 1% – sądy apelacyjne).

²¹ Należy odnotować, że ustawa o skardze weszła w życie 17.09.2004 r., a zatem w 2004 r. była stosowana tylko przez ok. jeden kwartał.

²² Prezentowane w tym punkcie dane statystyczne pochodzą z rocznych sprawozdań statystycznych Ministerstwa Sprawiedliwości: MS-S1a, MS-S1o, MS-S5a, MS-S5o, MS-S11-12a, MS-S11-12o, MS-S19o.

Spośród ogółu załatwionych spraw z wykazu S w 2018 r., w całości lub w części zostało uwzględnionych jedynie nieco ponad 2 000 skarg. Pozostałe skargi zostały odrzucone (ok. 60%), oddalone (ok. 8%) lub załatwione w inny sposób (ok. 12%).

W 97% uwzględnionych skarg na przewlekłość postępowania została zasądzona suma pieniężna o łącznej wartości ponad 5,8 mln zł. Najwięcej, bo ponad 3,3 mln zł rekompensat pieniężnych, zostało przyznanych przez wydziały cywilne sądów okręgowych.

Średnia kwota zasądzonych odszkodowań za sprawy z wykazu S oscyluje w granicach 2,2 tys. zł – 3,7 tys. zł. Jedynie w przypadku spraw rozpatrywanych przez wydziały karne sądów apelacyjnych średnia kwota rekompensaty pieniężnej wyniosła ponad 8,8 tys. zł.

Dane statystyczne dotyczące spraw z wykazu S gromadzone w rocznych sprawozdaniach statystycznych Ministerstwa Sprawiedliwości MS-S1a, MS-S1o, MS-S5a, MS-S5o, MS-S11–12a, MS-S11–12o, MS-S19o obejmują też informację o szczegółowych podstawach wnoszonych skarg, czyli inaczej to, na co skarżył się skarżący. Jest to zamknięty katalog uwzględniający następujące przyczyny skargi: 1) zbyt odległe wyznaczenie terminu pierwszej rozprawy; 2) długość przerwy (odroczenia) między rozprawami; 3) zwłokę wykonania opinii przez biegłych albo zasięganie przez sędziów kolejnych opinii; 4) nadużywanie zawieszania postępowania; 5) przewlekłość trwania tzw. czynności wstępnych; 6) przewlekłość postępowania międzyinstancyjnego; 7) przewlekłość postępowania wykonawczego (z rozróżnieniem na postępowania wykonawcze sądu i komornika w sprawozdaniach ze spraw cywilnych, gospodarczych oraz pracy i ubezpieczeń społecznych); 8) beczynność w podejmowaniu czynności procesowych; 9) nieterminowość sporządzania uzasadnień oraz 10) inne. Dodatkowo, w sprawozdaniach w sprawach karnych większość z tych kategorii została wykazana odrębnie dla postępowań sądowych i postępowań prokuratorskich. Według objaśnień do sprawozdań statystycznych, „w sytuacji, gdy wniesiona skarga na przewlekłość postępowania jest zasadna z kilku przyczyn, wykazuje się ją w tym wierszu przyczyny, która miała zasadnicze znaczenie (najistotniejsze) dla jej uwzględnienia”.

Według danych zawartych w sprawozdaniach statystycznych MS najczęstszym powodem przewlekłości postępowania podawanym przez skarżącego w 2018 r., była beczynność w podejmowanych czynnościach procesowych. Została ona wymieniona w 44% łącznej liczby rozpatrywanych skarg. Długotrwałość postępowań, według tych samych danych, wynikała również z takich przyczyn jak:

- przewlekłość postępowania wykonawczego prowadzonego przez sąd lub komornika (17%);
- przewlekłość trwania tzw. czynności wstępnych (4%);
- zbyt odległe wyznaczenie terminu pierwszej rozprawy (2%);
- długość przerwy (odroczenia) między rozprawami (1%).

4. METODOLOGIA BADANIA I OPIS BADANYCH SPRAW

W celu realizacji przedstawionego na wstępie celu badania, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości zwrócił się do wszystkich sądów okręgowych (45) i apelacyjnych (11) o przesłanie akt wszystkich spraw z wykazu S, zakończonych prawomocnie w 2018 r.

w danym sądzie przez zasądzenie kwoty pieniężnej. Jak wynika z prezentowanych w poprzednim punkcie danych statystycznych ze sprawozdań Ministerstwa Sprawiedliwości, w roku 2018 zakończono w ten sposób 1966 spraw. W odpowiedzi na prośbę IWS akta spraw nadesłało: 36 sądów okręgowych (80% z 45) i 8 sądów apelacyjnych (73% z 11). Analizie poddano wszystkie przekazane sprawy spełniające wskazane kryteria²³ – 1324 (67% ze wszystkich 1966 wykazywanych w sprawozdaniach statystycznych). Badanie objęło więc zdecydowaną większość z przedmiotowych spraw i jego wyniki należy uznać za w pełni reprezentatywne dla analizowanej kategorii²⁴. Szczegółowy wykaz liczby analizowanych spraw został zaprezentowany w tabeli 7. Najwięcej akt spraw dotyczących przewlekłości postępowań pochodziło z Sądu Okręgowego w Poznaniu (15%), Sądu Okręgowego w Krakowie (11%) oraz Sądu Okręgowego w Gliwicach (9%). O przewlekłości w 83% badanych spraw orzekały sądy okręgowe, a w niespełna 17% spraw – sądy apelacyjne (por. tabela 1).

Tabela 1 Rodzaj sądu orzekającego o przewlekłości		
Rodzaj sądu	Liczba spraw	Procent
Okręgowy	1103	83,3
Apelacyjny	221	16,7
łącznie	1324	100,0

Źródło: opracowanie własne.

Łącznie 92% analizowanych spraw dotyczyło przewlekłości postępowań sądowych. Około 5% badanych spraw ze skargi na przewlekłość postępowania dotyczyło postępowań przygotowawczych prowadzonych przez prokuratora, a nieco mniej, bo 4% – spraw egzekucyjnych prowadzonych przez komornika (por. tabela 5). Spośród spraw wyszczególnionych jako skargi na przewlekłość postępowania sądowego 6 dotyczyło zarówno skargi na postępowanie sądowe, jak i postępowanie przygotowawcze prowadzone przez prokuraturę.

Ponad 75% badanych spraw dotyczyło przewlekłości postępowania prowadzonego przez sądy rejonowe, 15% przez sądy okręgowe, a jedynie 3 – przez sądy apelacyjne (por. tabela 2). Na przewlekłe sprawy sądowe można też spojrzeć z perspektywy rodzaju przewlekłego postępowania (por. tabela 3). W takim ujęciu nie zmienia się liczba i odsetek postępowań prokuratorskich i komorniczych, zaś spośród spraw sądowych możemy wyróżnić najczęstsze postępowania sądowe – procesowe (47% wszystkich analizowanych, łącznie cywilne, karne, gospodarcze oraz pracy i ubezpieczeń społecznych; 30% spraw dotyczyło przewlekłości postępowań nieprocesowych, a 5% – apelacyjnych. Dane te sugerują więc, że przewlekłość dotyka prawie wyłącznie postępowań w I instancji, sprawy rozpoznawane w II instancji stanowiły bowiem jedynie 5% wszystkich analizowanych spraw.

²³ Sądy przekazały np. omyłkowo kilka spraw, w których „odpowiednia suma pieniężna” nie została zasądzona.

²⁴ Należy mieć jednak oczywiście na uwadze, że nawet przeprowadzenie badania pełnego tego rodzaju spraw nie mogłoby objąć całego fenomenu przewlekłości postępowań, gdyż występuje w tym przypadku *sui generis* zjawisko tzw. ciemnej liczby. Nie wszystkie przewlekłe postępowania są bowiem przedmiotem skargi na przewlekłość i nie we wszystkich sprawach, które faktycznie mogły być przewlekłe, przewlekłość zostanie stwierdzona i przyznana zostanie z tego tytułu rekompensata.

Tabela 2

Rodzaj sądu/organu prowadzącego postępowanie, w którym stwierdzono przewlekłość

Rodzaj sądu/organu	Liczba spraw	Procent
Komornik – sprawa egzekucyjna	48	3,6
Prokuratura – postępowanie przygotowawcze	63	4,8
Sąd rejonowy	1018	76,9
Sąd okręgowy	192	14,5
Sąd apelacyjny	3	0,2
Łącznie	1324	100,0

Źródło: opracowanie własne.

Tabela 3

Rodzaj postępowania, w którym stwierdzono przewlekłość (1)

Rodzaj postępowania	Liczba spraw	Procent
Sądowe – procesowe	616	46,5
Sądowe – nieprocesowe	390	29,5
Sądowe – apelacyjne	68	5,1
Sądowe – inne	139	10,5
Komornicze	48	3,6
Prokuratorskie	63	4,8
Łącznie	1324	100,0

Źródło: opracowanie własne.

Najczęściej stwierdzano przewlekłość sądowych postępowań cywilnych (62%) oraz karnych (18% – łącznie sądowych i prokuratorskich) (por. tabela 4). Interesującą i wyróżnioną w tym zestawieniu, choć niezbyt liczną kategorią przewlekłych sądowych postępowań cywilnych (ok. 3% wszystkich), były sprawy ze skargi na czynności komornika. Jest to więc przykład sytuacji, w której skarga na przewlekłość dotyczyła sprawy, w której sąd rozstrzygał o zasadności innej skargi, a więc, że nawet w sprawach skargowych występuje przewlekłość (a przynajmniej według skarżących). Łącznie ok. 4% analizowanych spraw, w których stwierdzono przewlekłość, stanowiły postępowania egzekucyjne (w większości prowadzone przez komorników, w kilku przypadkach przez sąd). Po 5% ogółu badanych spraw stanowiły przewlekłe postępowania z zakresu prawa rodzinnego oraz sprawy gospodarcze.

Najwięcej przewlekłych postępowań cywilnych dotyczyło spraw o zapłatę. Stanowiły one ponad połowę wszystkich długotrwałych postępowań cywilnych. Ponadto, wśród przewlekłych postępowań cywilnych znalazły się również m.in. sprawy spadkowe oraz dotyczące zasiedzenia i ustanowienia służebności (14%), sprawy dotyczące podziału majątku wspólnego i zniesienia współwłasności (9%) oraz sprawy o odszkodowanie lub zadośćuczynienie (7%).

Co czwarte przewlekłe postępowanie karne dotyczyło przestępstw przeciwko mieniu. Po 5% ogółu długotrwałych postępowań karnych dotyczyło: przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu, przeciwko czci i nietykalności cielesnej oraz przeciwko

funkcjonariuszowi publicznemu wykonującemu swoją pracę. Pojedyncze przypadki, dołączone do tej kategorii, to trzy sprawy z zakresu prawa karnego-skarbowego oraz jedna sprawa o wykroczenie.

Przewlekłe postępowania z zakresu prawa rodzinnego obejmowały głównie sprawy o alimenty (37%), sprawy rozwodowe (25%), sprawy regulujące kontakty z małoletnim (19%) oraz ustanawiające lub zmieniające zakres władzy rodzicielskiej (13%).

W bazie analizowanych spraw przewlekłe postępowania gospodarcze dotyczyły przede wszystkim spraw o zapłatę (72%). Znaczny odsetek stanowiły także postępowania upadłościowe (12%).

Wśród przewlekłych postępowań z zakresu prawa pracy i ubezpieczeń społecznych znalazły się sprawy o przyznanie lub ustalenie świadczenia rentowego/emerytalnego (38%), sprawy związane z mobbingiem lub dyskryminacją w miejscu pracy (21%), sprawy o przyznanie zasiłku chorobowego (17%) lub o wypłatę ubezpieczenia (7%). W grupie badanych akt znalazło się ponadto: 8 spraw wieczystoksięgowych i 6 spraw rejestrowych.

Jak już sygnalizowano, najczęściej analizowane skargi dotyczyły postępowań pierwszoinstancyjnych. Tylko 5% skarg (68) wpłynęło w sprawach drugoinstancyjnych, jednak praktycznie we wszystkich tych przypadkach przedmiotem skargi było zarówno postępowanie drugo-, jak i pierwszoinstancyjne. Patrząc bardziej szczegółowo na te sprawy, należy stwierdzić, że obejmowały one najczęściej postępowania apelacyjne w sprawach cywilnych (46 z 68), czyli tych, których jest najwięcej. Gdy spojrzeć z kolei od strony podziału rzeczowego przewlekłych postępowań, można sprawdzić, czy w którejś z wyróżnionych kategorii było istotnie więcej skarg na postępowania wieloinstancyjne, co mogłoby sugerować większe problemy z szybkością rozpatrywania w nich apelacji. Wyższy odsetek tego rodzaju postępowań odnotowano jedynie w przypadku spraw z zakresu prawa pracy i ubezpieczeń społecznych (12,5% w porównaniu do średniej – 5,1%). Jednak tych spraw było w analizowanym materiale bardzo mało (24), więc różnica ta może być jednak przypadkowa.

Tabela 4

Rodzaj postępowania, w którym stwierdzono przewlekłość (2)

Rodzaj postępowania	Liczba spraw	Procent
Karne	237	17,9
Cywilne	819	61,9
Cywilne ze skargi na czynności komornika	44	3,3
Egzekucyjne	53	4,0
Rodzinne	68	5,1
Gospodarcze	65	4,9
Pracy i ubezpieczeń społecznych	24	1,8
Wieczystoksięgowe	8	0,6
Rejestrowe	6	0,5
łącznie	1324	100,0

Źródło: opracowanie własne.

Podmiot prowadzący postępowanie, którego dotyczy skarga na przewlekłość, może wnieść odpowiedź na skargę. Sąd lub organ, któremu zarzuca się przewlekłe procesowanie odpowiada wówczas na zarzuty skarżącego, przedstawia okoliczności sprawy oraz może wnieść o oddalenie skargi. W bazie analizowanych spraw odpowiedź na skargę została w 81% przypadkach wniesiona przez sąd lub inny organ, którego dotyczyła przewlekłość postępowania. W zdecydowanej większości (93%) odpowiedź ta zawierała szczegółowe wyjaśnienia. Co piąta sprawa nie zawierała odpowiedzi na skargę.

W większości analizowanych spraw (94%), skarga na przewlekłe toczące się postępowanie była wnoszona z inicjatywy jednego podmiotu. Jedynie w 7% przypadków skargę wniosły dwa podmioty lub więcej.

Jak wskazywano w drugim rozdziale artykułu, skargę na przewlekłość postępowania może wnieść strona postępowania oraz inne kategorie uprawnionych wymienionych w art. 3 ustawy o skardze na przewlekłość postępowania. Skargę na przewlekłe postępowanie cywilne najczęściej wносиły podmioty, z których inicjatywy się ono toczyło, tj. powodowie i wnioskodawcy (61% ogółu wniesionych skarg) (por. tabela 5).

Wśród skarżących się na naruszenie prawa do sądu w procesach cywilnych było 90% powodów i 10% pozwanych. Taki rozkład może wynikać z faktu, że większości pozwanych mogło nie zależeć na sprawnym postępowaniu i jego szybkim zakończeniu.

W przypadku postępowań karnych przewlekłość była dotkliwa zarówno dla oskarżonych, jak i pokrzywdzonych. Skargi dotyczące przewlekłych postępowań karnych w niemal równych proporcjach zostały wniesione przez oskarżonych i pokrzywdzonych.

W tym zestawieniu, ze względu na niejednoznaczne kategorie w analizowanych wnioskach i postanowieniach o stwierdzenie przewlekłości, wyszczególniana wcześniej kategoria skarżących czynności komornika została połączona z kategorią: strona w postępowaniu egzekucyjnym.

Tabela 5 Podmiot wnoszący skargę		
Podmiot wnoszący skargę	Liczba spraw	Procent
Strona powodowa	649	48,8
Strona pozwana	74	5,6
Wnioskodawca w cywilnym postępowaniu nieprocesowym	153	11,6
Uczestnik postępowania nieprocesowego	101	7,6
Strona w postępowaniu egzekucyjnym	108	8,2
Oskarżony	107	8,1
Pokrzywdzony	107	8,1
Skazany	17	1,3
Oskarżyciel posiłkowy	5	0,4
Inny	1	0,1
Nie ustalono	2	0,2
Łącznie	1324	100,0

Źródło: opracowanie własne.

Zważając na to, że analizowane w niniejszym badaniu skargi składane były na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki, czas ich rozpatrywania nie powinien być też zbyt długi. Z puli badanych spraw w 82% skargi zostały rozpatrzone w przeciągu maksymalnie 3 miesięcy od daty wpływu, w 11% rozpatrywanie skargi trwało krócej niż 1 miesiąc, a najkrótszy czas to 5 dni. Najdłuższy okres rozpatrywania skargi na przewlekłość to 409 dni, czyli nieco ponad 13 miesięcy. Średni okres rozpoznawania skarg na naruszenie prawa do rozpoznania sprawy w rozsądnym terminie wynosił 65 dni, mediana – 56 dni.

Tabela 6

Czas rozpatrywania skargi

Czas rozpatrywania skargi	Liczba spraw	Procent
Do 1 miesiąca	143	10,8
Pow. 1 do 2 miesięcy	579	43,7
Pow. 2 do 3 miesięcy	369	27,9
Pow. 3 do 4 miesięcy	144	10,9
Pow. 4 do 5 miesięcy	54	4,0
Pow. 5 do 6 miesięcy	17	1,3
Dłużej niż 6 miesięcy	17	1,3
Brak danych	1	0,1
łącznie	1324	100,0

Źródło: opracowanie własne.

Najkrótsze postępowanie, na które została złożona skarga, od momentu jego wszczęcia przed sądem do chwili wpływu skargi na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki trwało 64 dni, czyli nieco ponad 2 miesiące, najdłuższe zaś 9 899 dni, czyli – ponad 27 lat.

Jedynie 5% długotrwałych postępowań trwało krócej niż 6 miesięcy, a 24% postępowań trwało od 7 miesięcy do 1 roku. Zatem spośród wszystkich przeanalizowanych spraw, nie dłużej niż 1 rok trwało 28% postępowań (por. tabela 7).

Najwięcej postępowań uznanych przez sąd za przewlekłe (28%) trwało do chwili wniesienia skargi dłużej niż 1 rok, do dwóch lat. Około 15% spraw, w których stwierdzona została przewlekłość, trwało dłużej niż 5 lat. Najdłuższe toczące się postępowania trwały do dnia wpływu skargi ponad 20 lat. Najczęściej były to sprawy cywilne, dotyczące np. podziału spadku lub majątku wspólnego.

Średni czas trwania całego postępowania, w którym stwierdzono przewlekłość, od momentu jego wszczęcia do wpływu skargi na naruszenie prawa do rozpoznania sprawy w rozsądnym terminie w zbadanych sprawach wynosił 1072 dni, czyli prawie 3 lata. Mediana wyniosła 630 dni, czyli 1 rok i 9 miesięcy.

W toku badania starano się także ustalić, czy wcześniej, w związku z tą samą sprawą, toczyło się już inne postępowanie skargowe. Niestety, akta spraw skargowych nie stanowiły wystarczającego materiału do jednoznacznego rozstrzygnięcia tej kwestii. Brak informacji o wcześniejszych skargach mógł oznaczać zarówno brak takich skarg, jak i po prostu brak danych o skargach, które mogły być wnoszone. W 95% spraw nie było informacji o wcześniejszych skargach na ich przewlekłość,

z nielicznych pozostałych spraw najczęściej miała miejsce sytuacja uprzedniego uwzględnienia skargi i przyznania kwoty rekompensaty niższej niż wnioskowana.

Tabela 7 Czas trwania postępowania, w którym stwierdzono przewlekłość		
Czas trwania postępowania	Liczba spraw	Procent
Do 6 miesięcy	63	4,8
Pow. 6 miesięcy, do 1 roku	311	23,5
Pow. 1 roku do 2 lat	368	27,8
Pow. 2 lat do 3 lat	166	12,5
Pow. 3 lat do 5 lat	225	17,0
Pow. 5 do 10 lat	138	10,4
Pow. 10 do 15 lat	32	2,4
Pow. 15 lat	21	1,6
łącznie	1324	100,0

Źródło: opracowanie własne.

Ostatnią kwestią analizowaną w tym punkcie jest rodzaj postanowienia w zakresie skargi na przewlekłość. Jak już sygnalizowano, sam dobór spraw do analizy zakładał, że wszystkie one musiały zakończyć się uwzględnieniem skargi, więc przedmiotem rozważań pozostaje wyłącznie to, czy sąd w postanowieniu orzekł, iż uwzględnił skargę w całości czy w części. Spośród 1 324 analizowanych spraw zdecydowana większość, bo 1 030 (77,8%) zakończyło się jedynie częściowym uwzględnieniem skargi.

5. STOPIEŃ PRZEWLEKŁOŚCI BADANYCH POSTĘPOWAŃ

W poprzednim rozdziale wskazywano m.in., jak długo trwały całe postępowania, w których wniesiono i uwzględniono skargę na przewlekłość. Skarżący wskazywali w skardze jako przewlekły cały czas trwania tego postępowania lub tylko jego część oraz wymieniali przesłanki, które ich zdaniem wywołały przewlekłość lub na nią wpłynęły. Następnie sądy okręgowe i apelacyjne ustalały rzeczywiste okresy przewlekłości i przytaczały w uzasadnieniu postanowień o stwierdzeniu przewlekłości ustalone przyczyny ich wystąpienia. W analizie rozpatrywanych spraw istotne było więc ustalenie, na jakie łączne okresy przewlekłości wskazywali skarżący, a jakie ustalały sądy oraz jakie przyczyny przewlekłości były wskazywane w skargach i uzasadnieniach postanowień.

Wnoszący skargi na przewlekłość postępowań wskazywali w nich na okresy przewlekłości od 30 do 9700 dni, a więc od 1 miesiąca do 26 lat i 7 miesięcy. Przeciętny wskazywany okres przewlekłości wynosił 888 dni, czyli 2 lata i 5 miesięcy (średnia) i 480 dni, czyli 1 rok i 4 miesiące (mediana). Tak duże różnice między średnią arytmetyczną a medianą wskazują na rozkład silnie skrzywiony przez niewielką liczbę bardzo długich łącznych okresów wskazywanej przewlekłości. Wynika to wyraźnie z tabeli 11, która pokazuje, że najczęściej skarżący wskazywali na okres przewlekłości w przedziałach powyżej 6 miesięcy do 1 roku (30%)

i powyżej 1 roku do 2 lat (27%). Na łączne okresy przewlekłości dłuższe od 5 lat wskazywało 12% skarżących.

Tabela 8 Okres przewlekłości wskazany w skardze		
Okres przewlekłości	Liczba	Procent
Do 6 miesięcy	117	8,8
Pow. 6 miesięcy do 1 roku	390	29,6
Pow. 1 roku, do 2 lat	359	27,1
Pow. 2 lat do 3 lat	133	10,0
Pow. 3 lat do 5 lat	160	12,1
Pow. 5 do 10 lat	109	8,2
Pow. 10 do 15 lat	27	2,0
Pow. 15 lat	15	1,1
Nie wskazano	14	1,1
łącznie	1324	100,0

Źródło: opracowanie własne.

Podawane w skargach okresy przewlekłości skarżonych postępowań różniły się istotnie ze względu na ich rodzaj i rodzaje organów je prowadzących. Przeciętny, wskazywany w skardze, okres przewlekłości był najdłuższy w sprawach prowadzonych przez sądy okręgowe (średnia arytmetyczna – 1 472 dni, czyli 4 lata, mediana 750 dni, czyli 2 lata) oraz prokuratury (średnia arytmetyczna – 1 147 dni, czyli 3 lata, mediana 660 dni, czyli niecałe 2 lata). Najkrótszy zaś w sprawach przed sądami rejonowymi (średnia arytmetyczna – 759 dni, czyli 2 lata, mediana 420 dni, czyli trochę ponad 1 rok).

Tabela 9 Przeciętny okres przewlekłości wskazany w skardze (w dniach) według rodzaju sądu/organu prowadzącego postępowanie, w którym stwierdzono przewlekłość					
Rodzaj sądu/organu	Średnia	Mediana	Minimum	Maksimum	Liczba spraw
Komornik – sprawa egzekucyjna	901,25	612,00	180	4320	48
Prokuratura – postępowanie przygotowawcze	1147,33	660,00	60	6200	63
Sąd rejonowy	759,46	420,00	64	7400	1004
Sąd okręgowy	1472,40	750,00	30	9700	192
Sąd apelacyjny	780,00	780,00	660	900	3
Przeciętnie	887,85	480,00	30	9700	1310

Źródło: opracowanie własne.

Rzut oka na rodzaje przewlekłych postępowań pokazuje z kolei, że spośród spraw sądowych (por. tabela 10) najdłuższe okresy przewlekłości były wskazywane w sprawach apelacyjnych (których skądinąd w analizowanym materiale było najmniej – średnia 1 525, czyli ponad 3 lata, mediana 660 dni, czyli niespełna 2 lata).

Dla kolejnych rodzajów spraw sądowych przeciętne okresy przewlekłości wskazywane w skargach wynosiły odpowiednio – dwa i pół roku w sprawach procesowych (średnia, mediana – 1,5 roku), 2 lata w sprawach nieprocesowych i nakazowych (średnia, mediana – 1 rok) oraz 1,5 roku w pozostałych sprawach sądowych (średnia, mediana – poniżej 1 roku).

Tabela 10 Przeciętny okres przewlekłości wskazany w skardze (w dniach) według rodzaju postępowania, w którym stwierdzono przewlekłość (1)					
Rodzaj postępowania	Średnia	Mediana	Minimum	Maksimum	Liczba spraw
Sądowe – procesowe	950,18	570,00	30	6500	607
Sądowe – nieprocesowe	756,82	390,00	64	7400	388
Sądowe – apelacyjne	1525,00	660,00	120	9700	68
Sądowe – inne	539,94	350,00	70	6570	136
Komornicze	901,25	612,00	180	4320	48
Prokuratorskie	1147,33	660,00	60	6200	63
Przeciętnie	887,85	480,00	30	9700	1310

Źródło: opracowanie własne.

Przywoływany już w poprzednim rozdziale podział rzeczowy przewlekłych spraw pokazuje zaś, że to sprawy karne (łącznie sądowe i prokuratorskie) były opisywane w analizowanych skargach jako mające najdłuższe okresy przewlekłości – jako dwukrotnie bardziej przewlekłe niż sprawy cywilne, i zasadniczo pozostałe ich kategorie (por. tabela 11).

Tabela 11 Przeciętny okres przewlekłości wskazany w skardze (w dniach) według rodzaju postępowania, w którym stwierdzono przewlekłość (2)					
Rodzaj postępowania	Średnia	Mediana	Minimum	Maksimum	Liczba spraw
Karne	1577,62	900,00	60	6570	229
Cywilne	777,95	450,00	30	9700	813
Cywilne ze skargi na czynności komornika	437,23	337,00	120	2286	44
Egzekucyjne	882,26	650,00	180	4320	53
Rodzinne	511,49	425,00	90	1500	68
Gospodarcze	601,89	420,00	90	2500	65
Pracy i ubezpieczeń społecznych	808,13	636,50	82	2600	24
Wieczystoksięgowe	869,13	718,00	215	2100	8
Rejestrowe	513,33	430,00	240	1000	6
Przeciętnie	887,85	480,00	30	9700	1310

Źródło: opracowanie własne.

Do podobnych, generalnych wniosków można dojść, analizując przeciętny okres wskazywany w skargach ze względu na rodzaj podmiotu wnoszącego skargę. Na najdłuższe okresy wskazywali oskarżeni – średnia 2 451 dni, czyli ponad

6,5 roku, mediana 1 955 dni, czyli ponad 5 lat. Interesujące jest również to, że pokrzywdzeni wskazywali na dużo krótsze okresy przewlekłości (średnia 2,5 roku, mediana ponad 1,5 roku), a więc możliwe jest, że znacznie szybciej składali oni skargi i postępowania nie zdążyły jeszcze trwać tak długo. Ciekawe, choć trudne do wytłumaczenia, są ponadto znacząco dłuższe okresy przewlekłości wykazywane przez uczestników postępowań nieprocesowych (średnia 3 i pół roku, mediana ponad 1,5 roku) oraz przez wnioskodawców w postępowaniach nieprocesowych (średnia 2,5 roku, mediana – ponad 1,5 roku).

Skarżący podawali możliwe powody opisywanych wyżej okresów przewlekłości postępowań wskazywanych w skargach. Praktycznie w każdej skardze (95%) wymieniali jako taką przyczynę po prostu całkowitą bezczynność organu prowadzącego, pozostałe wyróżnione kategorie były zdecydowanie rzadsze – długotrwałe oczekiwanie na termin pierwszej rozprawy (14,5%), nieuzasadnione odraczanie posiedzeń (12,6%). Oczekiwanie na opinię biegłego było przyczyną przewlekłości zdaniami zaledwie 5% skarżących.

Pośród innych przesłanek przewlekłości wykazywanych w skargach, najczęściej wymieniane były błędy formalne oraz błędy organizacyjne, a także długie odstępy pomiędzy rozprawami, nieuzasadnione zawieszenie postępowania, podejmowanie przez sąd błędnych i nieprawidłowych czynności. Pojedyncze uzasadnienia wskazywały ponadto na: bezcelowo powtarzanie czynności przez prokuraturę, zachowanie uczestnika postępowania, braki kadrowe sądu oraz złośliwość prokuratury.

Szczegółowa analiza uzasadnień skarg według rodzaju organu prowadzącego postępowanie, rodzaju sprawy oraz rodzaju podmiotu wnoszącego skargę nie uwiadacza już szczególnych różnic. Wydaje się jednak, że długotrwałe oczekiwanie na termin pierwszej rozprawy jest, zdaniem skarżących, większym problemem sądów okręgowych niż rejonowych i apelacyjnych. Z kolei nieuzasadnione odraczanie posiedzeń sądowych częściej było wskazywane jako możliwa przyczyna przewlekłości w sprawach karnych (w tym szczególnie przez oskarżonych i oskarżycieli posiłkowych) oraz wieczystoksięgowych i rodzinnych. Opieszałość biegłego była przywoływana jako przyczyna przewlekłości istotnie częściej właściwie jedynie przez wnioskodawców w cywilnych postępowaniach nieprocesowych.

Kolejnym zagadnieniem analizowanym w tym punkcie był okres przewlekłości ustalony przez sąd w toku postępowania skargowego. Zakres zmienności tych okresów był podobny do tych przywoływanych w omawianych wyżej skargach i wynosił od 20 do 9 700 dni (26,5 roku). Przeciętnie jednak były one krótsze niż wskazywane w skargach – średnia arytmetyczna to 606 dni (1 rok i 7 miesięcy), mediana 350 dni (1 rok). Najczęściej, ustalony przez sąd okres przewlekłości skarżonych postępowań był w przedziale od powyżej 6 miesięcy do 1 roku (40% – por. tabela 12) oraz powyżej 1 roku do 2 lat (24%). Łączny okres przewlekłości dłuższy od 5 lat ustalono w 5% spraw.

Przeciętny, stwierdzony przez sąd, okres przewlekłości spraw, których dotyczyły analizowane skargi, różnił się ze względu na rodzaj: sprawy (por. tabele 14 i 15), organu ją prowadzącego (por. tabela 13) oraz podmiotu wnoszącego skargę (por. tabela 16), podobnie jak analogiczny okres wykazywany w skardze.

Najdłuższe okresy przewlekłości stwierdzono w sprawach procedowanych przez sądy okręgowe (średnia 2 lata i 8 miesięcy, mediana 1 rok i 3 miesiące) oraz przez

komorników (średnia 2 lata i 4 miesiące, mediana 1 rok i 4 miesiące). Najkrótszy zaś w sprawach przed sądami rejonowymi (średnia 1 rok i 5 miesięcy, mediana 11 miesięcy).

Tabela 12

Okres przewlekłości ustalony przez sąd – w przedziałach

Okres przewlekłości	Liczba	Procent
Do 6 miesięcy	243	18,4
Pow. 6 miesięcy do 1 roku	526	39,7
Pow. 1 roku do 2 lat	313	23,6
Pow. 2 lat do 3 lat	76	5,7
Pow. 3 lat do 5 lat	83	6,3
Pow. 5 do 10 lat	64	4,8
Pow. 10 do 15 lat	13	1,0
Pow. 15 lat	5	0,4
Nie wskazano	1	0,1
Łącznie	1324	100,0

Źródło: opracowanie własne.

Analiza poszczególnych rodzajów spraw sądowych wskazuje, że najdłuższe okresy przewlekłości ustalono w sprawach apelacyjnych (średnia 2 lata i 10 miesięcy, mediana 1 rok i 4 miesiące) oraz sprawach komorniczych, prokuratorskich i sądowych – procesowych. Z kolei podział rzeczowy spraw wskazuje na najdłuższe okresy przewlekłości w sprawach karnych (średnia 2 lata i 8 miesięcy, mediana 1 rok i 3 miesiące) oraz egzekucyjnych (średnia 2 lata i 2 miesiące, mediana 1 rok i 2 miesiące). Najkrótsze zaś okresy przewlekłości ustalono w sprawach rodzinnych i gospodarczych.

Biorąc zaś pod uwagę rodzaj podmiotu wnoszącego skargę, uwidaczniają się najdłuższe okresy przewlekłości w sprawach, na które skarżyli się oskarżeni – średnia ponad 4 lata, mediana ponad 2 lata – i dużo krótsze okresy w sprawach ze skargi pokrzywdzonych oraz uczestników postępowań cywilnych.

Tabela 13

Przeciętny okres przewlekłości ustalony przez sąd (w dniach) według rodzaju sądu/organu prowadzącego postępowanie, w którym stwierdzono przewlekłość

Rodzaj sądu/organu	Średnia	Mediana	Minimum	Maksimum	Liczba spraw
Komornik – sprawa egzekucyjna	850,56	479,50	110	4320	48
Prokuratura – postępowanie przygotowawcze	720,87	350,00	50	5700	63
Sąd rejonowy	515,99	330,00	20	5760	1017
Sąd okręgowy	988,65	450,00	30	9700	192
Sąd apelacyjny	350,00	360,00	330	360	3
Przeciętnie	606,11	350,00	20	9700	1323

Źródło: opracowanie własne.

Tabela 14

Przeciętny okres przewlekłości ustalony przez sąd (w dniach) według rodzaju postępowania, w którym stwierdzono przewlekłość (1)

Rodzaj postępowania	Średnia	Mediana	Minimum	Maksimum	Liczba spraw
Sądowe – procesowe	628,90	360,00	30	5700	616
Sądowe – nieprocesowe	527,98	330,00	20	5760	389
Sądowe – apelacyjne	1037,21	480,00	90	9700	68
Sądowe – inne	376,40	270,00	60	5410	139
Komornicze	850,56	479,50	110	4320	48
Prokuratorskie	720,87	350,00	50	5700	63
Przeciętnie	606,11	350,00	20	9700	1323

Źródło: opracowanie własne.

Tabela 15

Przeciętny okres przewlekłości ustalony przez sąd (w dniach) według rodzaju postępowania, w którym stwierdzono przewlekłość (2)

Rodzaj postępowania	Średnia	Mediana	Minimum	Maksimum	Liczba spraw
Karne	992,38	470,00	50	5700	237
Cywilne	540,22	330,00	30	9700	818
Cywilne ze skargi na czynności komornika	307,39	290,00	60	1323	44
Egzekucyjne	793,72	430,00	100	4320	53
Rodzinne	350,35	300,00	20	1400	68
Gospodarcze	405,00	300,00	90	1700	65
Pracy i ubezpieczeń społecznych	503,17	330,00	114	2500	24
Wieczystoksięgowe	592,25	405,00	188	1640	8
Rejestrowe	371,33	310,00	178	870	6
Przeciętnie	606,11	350,00	20	9700	1323

Źródło: opracowanie własne.

Tabela 16

Przeciętny okres przewlekłości ustalony przez sąd (w dniach) według rodzaju podmiotu wnoszącego skargę

Podmiot wnoszący skargę	Średnia	Mediana	Minimum	Maksimum	Liczba spraw
Strona powodowa	416,31	300,00	30	3600	649
Strona pozwana	564,07	360,00	95	3600	74
Wnioskodawca w cywilnym postępowaniu nieprocesowym	689,43	360,00	51	5760	152
Uczestnik postępowania nieprocesowego	859,11	450,00	20	9700	101
Strona w postępowaniu egzekucyjnym	573,22	330,00	90	4320	108
Oskarżony	1559,46	792,00	60	5700	107
Pokrzywdzony	550,24	360,00	50	3000	107
Skazany	358,12	286,00	139	1337	17
Oskarżyciel posiłkowy	626,80	450,00	174	1400	5
Przeciętnie	605,96	350,00	20	9700	1321

Źródło: opracowanie własne.

Wskazywane przez sąd uzasadnienia przyczyn przewlekłości skarżonych postępowań były bardzo podobne do tych przywoływanych w samych skargach. Ponownie więc najczęściej wskazywano na całkowitą beczynność organu prowadzącego postępowanie (84% spraw – por. tabela 17) i znacznie rzadziej na długotrwałe oczekiwanie na termin pierwszej rozprawy (17% spraw) oraz nieuzasadnione odraczanie posiedzeń sądowych (14% spraw). W uzasadnieniach sądów pojawiła się (choć niezbyt często – 13% spraw) nieobecna w skargach kategoria braku należytej koncentracji postępowania dowodowego oraz wskazywana bardzo sporadycznie przesłanka skomplikowanego stanu faktycznego jako przyczyny przewlekłości – 3% spraw. Nieznacznie częściej sądy wskazywały również na winę biegłych sądowych – 8% spraw. Oczywiście należy mieć na uwadze, że analizowano tu jedynie skargi uwzględnione przez sąd, więc nie dziwi również wysokie poparcie dla argumentacji skarżących.

Inne przyczyny przewlekłości postępowań, to najczęściej błędy formalne oraz organizacyjne, a także braki kadrowe i inne błędne decyzje organów prowadzących postępowanie. W pojedynczych uzasadnieniach sądy wskazywały na: działania stron/uczestników, przyczyny obiektywne takie jak reorganizację wydziału lub śmierć uczestnika oraz opieszałość syndyka i niewielką wartość przedmiotu sporu.

Tabela 17 Uzasadnienie okresu przewlekłości wskazanego przez sąd		
Uzasadnienie okresu przewlekłości	Liczba spraw	Procent*
Całkowita beczynność sądu/organu	1116	84,3
Długotrwałe oczekiwanie na termin pierwszej rozprawy	227	17,1
Nieuzasadnione odraczanie posiedzeń sądowych	181	13,7
Brak należytej koncentracji postępowania dowodowego	176	13,3
Inne	123	9,3
Opieszałość biegłego	105	7,9
Skomplikowany stan faktyczny	43	3,2
Brak uzasadnienia	5	0,4

* Odsetki nie sumują się do 100% – możliwy wybór wielokrotny.

Źródło: opracowanie własne.

Analiza wskazywanych przez sądy przyczyn, które wywołały nadmierną długotrwałość różnego typu postępowań zawartych w uzasadnieniach postanowień o stwierdzeniu przewlekłości postępowania, może służyć do identyfikacji tzw. wąskich gardeł. Długotrwałe oczekiwanie na termin pierwszej rozprawy dotyczy szczególnie spraw apelacyjnych oraz tych rozpatrywanych przez sądy okręgowe i apelacyjne. Brak należytej koncentracji postępowania dowodowego to z kolei problem postępowań przygotowawczych prowadzonych przez prokuratury. Opieszałość biegłych sądowych wpływa zaś w większym stopniu na przewlekłość postępowania w sprawach z zakresu pracy i ubezpieczeń społecznych oraz postępowań przygotowawczych niż w pozostałych kategoriach spraw.

Ostatnim tematem analizowanym w tym rozdziale jest porównanie okresu przewlekłości wskazywanego w skardze i ostatecznie ustalonego przez sąd. W większości rozpatrywanych spraw (64%) okres ustalony przez sąd był krótszy od wykazywanego

przez skarżącego (por. tabela 18), w 27% sądy dokładnie potwierdziły ustalenia skarżącego i wskazały na taki sam okres przewlekłości, a w 9% spraw ustaliły nawet dłuższą przewlekłość niż wskazywana w skardze. Różnice w ustaleniach sądów i skarżących były niekiedy znaczne – w 12% spraw wynosiły one powyżej 1 roku do 2 lat i powyżej 2 lat. Jednak najczęściej sądy wskazywały na łączne okresy przewlekłości stanowiące wysoki procent wskazywanych przez skarżących (w 40% spraw odsetek ten mieścił się w przedziale od 51 do 99, a jedynie w 23% spraw był on niższy od 50).

Tabela 18 Różnica okresu przewlekłości wskazanego w skardze i ustalonego przez sąd – w przedziałach		
Okres	Liczba	Procent
Dłuższy niż w skardze	119	9,0
Taki sam	356	26,9
Krótszy – do 1 miesiąca	113	8,5
Krótszy – pow. 1 do 3 miesięcy	149	11,3
Krótszy – pow. 3 do 6 miesięcy	118	8,9
Krótszy – pow. 6 miesięcy do 1 roku	141	10,6
Krótszy – pow. 1 roku do 2 lat	157	11,9
Krótszy – pow. 2 lat	156	11,8
Brak danych	15	1,1
łącznie	1324	100,0

Źródło: opracowanie własne.

Mając na uwadze standard konwencyjny (i zarazem odpowiadającą mu treść art. 12 ust. 4 zd. 2 u.s.p.), który sposób ustalenia wysokości adekwatnej rekompensaty, w przypadku stwierdzenia przewlekłości, uzależnia od całkowitego czasu trwania postępowania, w którym stwierdzono przewlekłość (niezależnie od etapu, na którym wystąpiła i jej długotrwałości ustalonej przez sąd) – uzasadnione wydaje się poszerzenie prezentowanych powyżej analiz dotyczących czasu przewlekłości wykazywanego w skardze i ustalonego przez sąd o analogiczne dane dla czasu trwania całego przewlekłego postępowania. Jak już wskazywano, całe przewlekłe postępowania trwały zdecydowanie dłużej niż sam okres stwierdzonej przewlekłości. Zróżnicowanie czasu trwania całego przewlekłego postępowania pod względem rodzaju organu prowadzącego to postępowanie pokazuje, że najdłuższe były sprawy przed sądami okręgowymi, a najkrótsze przez sądami rejonowymi i apelacyjnymi. Uwzględnienie rodzaju przewlekłego postępowania pokazuje, że najdłużej trwały sprawy sądowe apelacyjne (wieloinstancyjne) oraz sprawy komornicze i prokuratorskie postępowania przygotowawcze. Do bardzo zbliżonych wniosków prowadzi analiza czasu trwania postępowań ze względu na ich przedmiot – najdłuższe były sprawy karne i egzekucyjne, najkrótsze zaś – rodzinne, gospodarcze i cywilne.

6. KWOTA REKOMPENSATY PIENIĘŻNEJ

W skardze na przewlekłość postępowania podmioty skarżące miały możliwość wskazania konkretnej kwoty, jakiej domagają się w ramach rekompensaty za naruszenie ich prawa

do rozstrzygnięcia sprawy bez zbędnej zwłoki. Następnie sądy okręgowe i apelacyjne, po zbadaniu okoliczności sprawy i ustaleniu faktycznej przewlekłości postępowania, zasądzały na rzecz skarżącego stosowną sumę pieniężną. Zgodnie z ustawą o skardze na przewlekłość postępowania kwota ta powinna się mieścić w przedziale 2 000 – 20 000 zł i nie być niższa niż 500 zł za każdy rok trwającego postępowania, bez względu na to, ilu etapów postępowania dotyczy stwierdzona przewlekłość. W analizie rozpatrywanych spraw ze skargi na przewlekłość istotne było zatem ustalenie kwot, jakich domagali się skarżący, a jakie zostały zasądzone przez sądy oraz jakie przyczyny przyznania określonej kwoty były wskazywane w skargach i uzasadnieniach postanowień.

Podmioty wnoszące skargę na przewlekłość postępowania żądały zasądzenia na swoją rzecz kwoty pieniężnej w wysokości od 500 zł do 1 000 000 zł. W 39 przypadkach (3%) wysokość żądanej rekompensaty finansowej nie została sprecyzowana. W tych sprawach skarżący wnosił o zasądzenie „odpowiedniej sumy pieniężnej”, ale dokonanie stosownego ustalenia pozostawił sądowi (por. tabela 19).

Najczęściej (w 343 skargach stanowiących 26% wszystkich analizowanych) żądano zasądzenia maksymalnej możliwej sumy 20 000 zł. W 948 skargach (72%) żądana była niższa kwota, a w 33 skargach (2%) została wskazana kwota wyższa od maksymalnej. W 158 skargach (12%) wnioskowano o przyznanie kwoty minimalnej w wysokości 2 000 zł. Przeciętnie średnia wysokość żądanej przez skarżącego kwoty wynosiła 12 629 zł 62 gr, a mediana – 9 000 zł.

Tabela 19 Żądana przez skarżącego „odpowiednia suma pieniężna”		
Żądana suma (w zł)	Liczba spraw	Procent
Mniej niż 1 000	2	0,2
1 000 – 2 000	161	12,2
2 001 – 3 000	99	7,5
3 001 – 4 000	68	5,1
4 001 – 5 000	203	15,3
5 001 – 6 000	56	4,2
6 001 – 7 000	21	1,6
7 001 – 8 000	28	2,1
8 001 – 9 000	7	0,5
9 001 – 10 000	177	13,4
10 001 – 15 000	69	5,2
15 001 – 20 000	361	27,3
20 001 – 30 000	9	0,7
30 001 – 40 000	10	0,8
40 001 – 50 000	4	0,3
50 001 – 100 000	7	0,5
Więcej niż 100 000	3	0,2
Niesprecyzowana suma	39	2,9
Łącznie	1 324	100,0

Źródło: opracowanie własne.

Kwoty żądane w skardze różniły się w zależności od rodzaju postępowania oraz rodzaju organu prowadzącego (por. tabela 20). Przeciętne, żądane w skardze kwoty były najwyższe w sprawach procedowanych przez sądy okręgowe (średnia arytmetyczna – 20 154,36 zł, mediana – 15 000 zł), sądy apelacyjne (średnia arytmetyczna – 16 666,67 zł, mediana – 20 000 zł) oraz prokuratury (średnia arytmetyczna – 14 565,35 zł, mediana – 20 000 zł). Najniższe zaś w sprawach komorniczych (średnia arytmetyczna – 9 281,25 zł, mediana – 5 000 zł).

Tabela 20 Przeciętna kwota żądana w skardze według rodzaju sądu/organu prowadzącego postępowanie, w którym stwierdzono przewlekłość					
Rodzaj sądu/organu	Średnia	Mediana	Minimum	Maksimum	Liczba spraw
Komornik – sprawa egzekucyjna	9 281,25	5 000,00	2 000,00	20 000,00	48
Prokuratura – postępowanie przygotowawcze	14 565,35	20 000,00	500,00	50 000,00	63
Sąd rejonowy	11 237,93	6 500,00	500,00	1 000 000,00	1 018
Sąd okręgowy	20 154,36	15 000,00	2 000,00	1 000 000,00	192
Sąd apelacyjny	16 666,67	20 000,00	10 000,00	20 000,00	3
Przeciętnie	12 629,62	9 000,00	500,00	1 000 000,00	1 324

Źródło: opracowanie własne.

Biorąc pod uwagę rodzaje przewlekłych postępowań, można zauważyć, że w sprawach sądowych (por. tabela 21) przeciętne żądane kwoty były zbliżone w sprawach procesowych, których w analizowanej bazie było najwięcej (średnia arytmetyczna – 15 437,65 zł, mediana – 10 000 zł) oraz apelacyjnych, których było najmniej (średnia arytmetyczna – 15 276,69 zł, mediana – 15 000 zł). W sprawach nieprocesowych i nakazowych przeciętna żądana kwota wynosiła 8 718,88 zł (średnia arytmetyczna, mediana – 5 000 zł), a w pozostałych sprawach sądowych – 10 305,98 zł (średnia arytmetyczna, mediana – 7 500 zł).

Tabela 21 Przeciętna kwota żądana w skardze według rodzaju postępowania, w którym stwierdzono przewlekłość (1)					
Rodzaj postępowania	Średnia	Mediana	Minimum	Maksimum	Liczba spraw
Sądowe – procesowe	15 437,65	10 000,00	500,00	1 000 000,00	616
Sądowe – nieprocesowe	8 718,88	5 000,00	1 200,00	40 000,00	390
Sądowe – apelacyjne	15 276,69	15 000,00	2 000,00	100 000,00	68
Sądowe – inne	10 305,98	7 500,00	2 000,00	20 000,00	139
Komornicze	9 281,25	5 000,00	2 000,00	20 000,00	48
Prokuratorskie	14 565,35	20 000,00	500,00	50 000,00	63
Przeciętnie	12 629,62	9 000,00	500,00	1 000 000,00	1 324

Źródło: opracowanie własne.

Uwzględniając zaś podział rzeczowy przewlekłych spraw, przeciętnie najwyższe żądane kwoty były w sprawach wieczystoksięgowych – niemal dwukrotnie wyższe niż w przypadku pozostałych przewlekłych postępowań (średnia arytmetyczna

– 50 625 zł, mediana – 10 000 zł). Warto jednak zauważyć, że takich spraw w analizowanej bazie było jedynie 8 (por. tabela 22).

Tabela 22 Przeciętna kwota żądana w skardze według rodzaju postępowania, w którym stwierdzono przewlekłość (2)					
Rodzaj postępowania	Średnia	Mediana	Minimum	Maksimum	Liczba spraw
Karne	20 469,34	20 000,00	500,00	1 000 000,00	237
Cywilne	9 696,58	6 000,00	500,00	100 000,00	819
Cywilne ze skargi na czynności komornika	7 571,43	6 000,00	2 000,00	20 000,00	44
Egzekucyjne	9 280,90	5 000,00	2 000,00	20 000,00	53
Rodzinne	25 444,55	9 500,00	2 000,00	1 000 000,00	68
Gospodarcze	10 033,08	9 000,00	2 000,00	20 000,00	65
Pracy i ubezpieczeń społecznych	12 608,70	12 000,00	2 000,00	30 000,00	24
Wieczystoksięgowe	50 625,00	10 000,00	2 000,00	300 000,00	8
Rejestrowe	17 000,00	20 000,00	2 000,00	20 000,00	6
Przeciętnie	12 629,62	9 000,00	500,00	1 000 000,00	1 324

Źródło: opracowanie własne.

Analizując wysokość żądanej kwoty w skargach ze względu na rodzaj podmiotu wnoszącego skargę (por. tabela 23), można zauważyć, że zapłaty najwyższych rekompensat pieniężnych domagali się oskarżeni. W 107 analizowanych sprawach ze skargi na przewlekłość postępowania wnoszonej przez oskarżonego średnia żądana kwota wynosiła 29 599,01 zł, a mediana – 20 000,00 zł.

Tabela 23 Przeciętna kwota żądana w skardze według rodzaju podmiotu wnoszącego skargę					
Podmiot wnoszący skargę	Średnia	Mediana	Minimum	Maksimum	Liczba spraw
Strona powodowa	10 888,34	5 000,00	500,00	1 000 000,00	649
Strona pozwana	10 533,86	10 000,00	2 000,00	20 000,00	74
Wnioskodawca w cywilnym postępowaniu nieprocesowym	11 414,96	10 000,00	2 000,00	50 000,00	153
Uczestnik postępowania nieprocesowego	13 388,00	10 000,00	2 000,00	100 000,00	101
Strona w postępowaniu egzekucyjnym	9 230,44	6 000,00	2 000,00	20 000,00	108
Oskarżony	29 599,01	20 000,00	3 000,00	1 000 000,00	107
Pokrzywdzony	12 697,25	10 000,00	500,00	40 000,00	107
Skazany	12 392,86	10 000,00	2 500,00	20 000,00	17
Oskarżyciel posiłkowy	14 800,00	15 000,00	9 000,00	20 000,00	5
Inny	2 000,00	2 000,00	2 000,00	2 000,00	1
Nie ustalono	17 500,00	17 500,00	15 000,00	20 000,00	2
Przeciętnie	12 629,62	9 000,00	500,00	1 000 000,00	1 324

Źródło: opracowanie własne.

W większości rozpatrywanych skarg skarżący uzasadniali, dlaczego domagają się zasądzenia na ich rzecz określonej kwoty (94% – por. tabela 24). Najczęściej wskazywanym argumentem uzasadniającym zasądzenie „odpowiedniej sumy pieniężnej” na rzecz skarżącego była rażąca długotrwałość postępowania. Ta przesłanka została wymieniona w 1 093 skargach, czyli ponad 80% łącznej ich liczby. Skarżący powoływali się ponadto na szczególne znaczenie zakończenia sprawy dla stron postępowania (ok. 30%) oraz cierpienia psychiczne spowodowane przewlekłym toczącym się postępowaniem (ok. 25%). W co piątej skardze (20%) skarżący wskazywali na poniesienie konkretnych strat. Innym uzasadnieniem żądanej kwoty były najczęściej: wysoka wartość przedmiotu sporu oraz niski stopień zawiłości sprawy. W 75 skargach (6%) skarżący nie uzasadnili swoich żądań.

Tabela 24

Uzasadnienie wysokości kwoty żądanej jako „odpowiedniej”

Uzasadnienie żądanej kwoty	Liczba spraw	Procent
Poniesienie konkretnych strat	265	20,0
Rażąca długotrwałość postępowania	1 093	82,6
Poniesienie szkody	230	17,4
Cierpienia psychiczne	330	24,9
Utrata zdrowia	89	6,7
Szczególne znaczenie dla stron postępowania	382	28,9
Zachowanie skarżącego nie przyczyniło się do długotrwałości postępowania	239	18,1
Inne	22	1,7
Brak uzasadnienia	75	5,7

* Odsetki nie sumują się do 100% – możliwy wybór wielokrotny.

Źródło: opracowanie własne.

Szczegółowa analiza uzasadnień żądanych kwot według rodzaju organu prowadzącego postępowanie, rodzaju sprawy oraz rodzaju podmiotu wnoszącego skargę nie uwidacznia zbyt dużych różnic. Można jedynie zauważyć, że skarżący częściej uzasadniali żadaną kwotę, powołując się na poniesione szkody lub wysokie prawdopodobieństwo, iż szkoda ta zostanie poniesiona w niedługiej przyszłości w przypadku postępowań prowadzonych przez sądy rejonowe niż przez sądy okręgowe czy apelacyjne. Z kolei doznane cierpienia psychiczne częściej pojawiają się w uzasadnieniach osób skarżących się na przewlekłe postępowania karne (szczególnie przez oskarżonych i oskarżycieli posiłkowych).

Kolejnym zagadnieniem jest kwota zasądzona przez sąd na rzecz jednego skarżącego. Mieściła się ona w granicy od 500 zł do 20 000 zł. Przeciętnie była jednak znacznie niższa niż ta wskazywana w skargach – średnia arytmetyczna wyniosła bowiem 2 798,35 zł, a mediana – 2 000 zł. Jedynie w jednej zbadanej sprawie sąd zasądził maksymalną kwotę w wysokości 20 000 zł. Najczęściej za odpowiednią sądy uznawały rekompensatę pieniężną w wysokości minimalnej 2 000 zł (prawie 70% ogółu badanych spraw). Około 1% stanowiły odszkodowania niższe niż 2 000 zł w przeliczeniu na jednego skarżącego.

Tabela 25

Kwota zasądzona na rzecz jednego skarżącego

Kwota zasądzona (w zł)	Liczba spraw	Procent
Mniej niż 2 000	14	1,1
2 000	894	67,6
2 001 – 3 000	189	14,3
3 001 – 4 000	66	5,0
4 001 – 5 000	80	6,0
5 001 – 6 000	23	1,7
6 001 – 7 000	9	0,7
7 001 – 8 000	12	0,9
8 001 – 9 000	3	0,2
10 000	19	1,4
Więcej niż 10 000	15	1,1
łącznie	1 324	100,0

Źródło: opracowanie własne.

Dodatkowo, analizie poddano zasądzone kwoty w przeliczeniu na każdy rok stwierdzonej przewlekłości oraz na każdy rok trwającego postępowania. Zgodnie z ustawą o skardze na przewlekłość postępowania zasądzana kwota powinna być nie niższa niż 500 zł za każdy rok trwającego postępowania, niezależnie od liczby etapów co do których odnosi się stwierdzona przewlekłość. Analizując poniższe zestawienia (por. tabela 26) można stwierdzić, że – co do zasady – sądy stosują ten przepis – w 92% spraw została zasądzona na rzecz skarżącego kwota co najmniej 500 zł za każdy rok trwania przewlekłego postępowania. Należy jednak wskazać, że w pozostałych 108 sprawach (8,2% wszystkich) najprawdopodobniej doszło do naruszenia przepisów ustawy o skardze. Mogło to wynikać z faktu, że najczęściej w uzasadnieniach postanowień sądy odnosiły się tylko do okresu stwierdzonej przewlekłości, a nie do całego okresu trwania postępowania. W prawie 85% spraw zasądzona kwota w przeliczeniu na każdy rok stwierdzonej przewlekłości nie przekraczała bowiem 2 000 zł (por. tabela 27).

Dalsze, bardziej szczegółowe analizy będą dotyczyć przyznanych każdemu skarżącemu kwot rekompensat pieniężnych. W tym miejscu warto jednak postawić pytanie, czy kwoty te w przeliczeniu na każdy rok trwającego postępowania przekraczające 500 zł wynikały ze świadomej i uzasadnionej decyzji sądu czy tylko z mechanizmu kwoty minimalnej (2 000 zł)? Innymi słowy, w ilu sprawach sądy podwyższyły wysokość rekompensaty ponad kwotę 500 złotych za jeden rok trwania przewlekłego postępowania z powodu przesłanek literalnie wymienionych w ustawie, tj.: braku przyczynienia się skarżącego i znaczenia sprawy dla skarżącego (art. 12 ust. 4 zd. 3 u.s.p.)? Aby odpowiedzieć na tak postawione pytanie, należałoby przeanalizować sytuacje, w których sąd podwyższył łączną przyznaną kwotę dla skarżącego ponad „ustawowe minimum” – czyli 2 000 zł. W sprawach, w których skardze podlegało postępowanie trwające łącznie mniej niż 1 rok, sąd w 26 przypadkach podwyższył kwotę minimalną, z czego tylko w 3 przypadkach powołał się na to, że sprawa miała szczególne znaczenie dla skarżącego. W żadnym przypadku sąd

nie zwrócił uwagi na to, że skarżący mógł swoim zachowaniem przyczynić się do przewlekłości. Z kolei w postępowaniach trwających dłużej niż 1 rok, sąd w 271 przypadkach zasądził kwotę wyższą niż 2 000 zł, i tym samym wyższą niż 500 zł w przeliczeniu na każdy rok trwającego postępowania. W sprawach tych jedynie w 41 przypadkach powołał się on na szczególne znaczenie dla skarżącego, a w 28 przypadkach zarzucił, że zachowanie skarżącego miało wpływ na powstałą przewlekłość. Wydaje się więc, że, jak już sygnalizowano, zasadniczo sądy najczęściej poprzestają na przyznaniu minimalnej wysokości rekompensaty, a jej podwyższenie nie jest też najczęściej uzasadniane dwiema wymienionymi przesłankami.

Tabela 26

Kwota zasądzona na rzecz jednego skarżącego w przeliczeniu na każdy rok trwającego postępowania

Zasądzona kwota w przeliczeniu na każdy rok trwającego postępowania (w zł)	Liczba spraw	Procent
Mniej niż 500	108	8,2
500 – 1 000	376	28,4
1 001 – 1 500	249	18,8
1 501 – 2 000	516	38,8
2 001 – 2 500	34	2,6
2 501 – 3 000	25	1,9
3 001 – 4 000	9	0,7
4 001 – 5 000	5	0,4
Więcej niż 5 000	2	0,2
łącznie	1 324	100,0

Źródło: opracowanie własne.

Tabela 27

Kwota zasądzona na rzecz jednego skarżącego w przeliczeniu na każdy rok stwierdzonej przewlekłości

Zasądzona kwota w przeliczeniu na każdy rok stwierdzonej przewlekłości (w zł)	Liczba spraw	Procent
Mniej niż 500	8	0,6
500 – 1 000	131	9,9
1 001 – 1 500	159	12,0
1 501 – 2 000	822	62,1
2 001 – 2 500	65	4,9
2 501 – 3 000	77	5,8
3 001 – 4 000	29	2,2
4 001 – 5 000	24	1,8
Więcej niż 5 000	8	0,6
Braki danych	1	0,1
łącznie	1 324	100,0

Źródło: opracowanie własne.

Przeciętna, przyznana przez sądy, kwota rekompensaty pieniężnej różniła się jedynie nieznacznie ze względu na rodzaj sprawy, organu ją prowadzącego oraz podmiotu wnoszącego skargę, podobnie jak w przypadku kwot zażądanych przez skarżącego w skardze.

Najwyższe kwoty były przyznawane w stosunku do spraw prowadzonych przez sądy okręgowe (średnia arytmetyczna – 3 796,35 zł, mediana – 2 000 zł) oraz do postępowań przygotowawczych prowadzonych przez prokuratora (średnia arytmetyczna – 3 365,08 zł, mediana – 2 000 zł).

Analiza poszczególnych rodzajów spraw sądowych pokazuje, że najwyższe kwoty były przyznawane w przypadku przewlekłych postępowań apelacyjnych (średnia arytmetyczna – 3 623,53 zł, mediana – 2 000 zł). Z kolei, uwzględniając podział rzeczowy spraw, najwyższe rekompensaty pieniężne były przyznawane w sprawach karnych (średnia arytmetyczna – 4 024,89 zł, mediana – 2 500 zł, co wynika z ich większej ogólnej przewlekłości), najniższe zaś w sprawach cywilnych ze skargi na czynności komornika (średnia arytmetyczna – 2 181,82 zł, mediana – 2 000 zł) oraz w sprawach gospodarczych (średnia arytmetyczna – 2 238,46 zł, mediana – 2 000 zł).

Biorąc pod uwagę rodzaj podmiotu wnoszącego skargę, najwyższe odszkodowania były przyznawane w odniesieniu do spraw, w których skarga została złożona przez oskarżyciela posiłkowego (średnia arytmetyczna – 6 000 zł, mediana – 8 000 zł) oraz oskarżonego (średnia arytmetyczna – 4 948,60 zł, mediana – 4 500 zł), a najniższe – gdy skargi składali skazani i powodowie.

Uzasadnienia przyznania określonej sumy pieniężnej w postanowieniu sądu po części pokrywały się z tymi podawanymi przez skarżących. Sądy, podobnie jak i skarżący, zwrócili uwagę na długotrwałą opieszałość sądu/organu skutkującą rażąco długotrwałością postępowania – ten argument pojawił się najczęściej, bo aż w 70% uzasadnień (por. tabela 28). W argumentacji sądów znacznie częściej niż w skardze pojawiało się odniesienie do krzywdy moralnej (cierpień psychicznych), jakiej doznał skarżący (55% spraw) oraz – znacznie rzadziej – szczególne znaczenie sprawy dla skarżącego (17%).

W uzasadnieniach sądów pojawiła się też (choć niezbyt często – 9% spraw) nieobecna w skargach i niesprecyzowana kategoria „całokształtu niezależnej sytuacji w sądzie”.

W części postanowień sądy uzasadniały przyznanie skarżącemu kwoty niższej niż oczekiwana, najczęściej wskazując na nieudowodnienie wysokości poniesionych strat (22% spraw) lub przyczynienie się skarżącego do zaistniałej przewlekłości (7% spraw).

Inne przyczyny przywoływane jako uzasadnienie przyznania określonej rekompensaty pieniężnej to najczęściej niska wartość przedmiotu sporu oraz stosunkowo krótki okres przewlekłości, a także niska dotkliwość przewlekłości dla skarżącego.

Analiza uzasadnień przyznania określonej kwoty przez sądy pozwala stwierdzić, że szkoda, jaką poniósł skarżący, była częściej uwzględniana w postanowieniach dotyczących przewlekłych postępowań egzekucyjnych prowadzonych przez komornika (13%). Na przyczynienie się skarżących do przewlekłości postępowań wskazywano najczęściej w sprawach dotyczących postępowań karnych (14%) – zarówno w przypadku skargi oskarżonego (17%), jak i pokrzywdzonego (14%).

Tabela 28

Uzasadnienie wysokości zasądzonej sumy

Uzasadnienie zasądzonej sumy	Liczba spraw	Procent
Długotrwała opieszałość sądu/organu	936	70,7
Szczególne znaczenie rozstrzygnięcia sprawy dla skarżącego	223	16,8
Przyczynienie się skarżącego do długotrwałości postępowania	89	6,7
Krzywda moralna, jakiej doznał skarżący	725	54,8
Szkoda jaką poniósł skarżący	83	6,3
Nieudowodnienie wysokości poniesionych strat	285	21,5
Przewlekłość zawniona przez sąd	409	30,9
Całokształt niezależnej sytuacji w sądzie	122	9,2
Inne	110	8,3

* Odsetki nie sumują się do 100% – możliwy wybór wielokrotny.

Źródło: opracowanie własne.

Interesujące wydaje się również porównanie wysokości kwot żądanych przez skarżącego i przyznanych przez sąd. W większości analizowanych spraw (83,5%) kwoty przyznane przez sądy były niższe od tych, których zażądali skarżący (por. tabela 29); w 16% spraw sądy spełniły oczekiwania skarżących, przyznając im dokładnie takie kwoty, jakie wskazali w skardze, a w niespełna 0,5% spraw sądy przyznały kwote wyższą niż była wnioskowana.

Tabela 29

Różnica kwoty żądanej w skardze i zasądzonej przez sąd – w przedziałach

Kwota (w zł)	Liczba	Procent
Więcej niż w skardze	6	0,5
Tyle samo	207	15,6
Mniej – do 1 000	82	6,2
Mniej – pow. 1 000 do 3 000	259	19,6
Mniej – pow. 3 000 do 5 000	93	7,0
Mniej – pow. 5 000 do 10 000	218	16,5
Mniej – pow. 10 000 do 15 000	122	9,2
Mniej – pow. 15 000 do 20 000	267	20,2
Mniej – pow. 20 000	31	2,3
Kwota żądana nie została podana	39	2,9
łącznie	1 324	100,0

Źródło: opracowanie własne.

Różnice w oczekiwaniach skarżących i ostatecznych decyzjach sądów były w wielu przypadkach dość znaczące – w ponad 20% spraw mieściły się one w przedziale od 14 000 zł do 20 000 zł. W większości przypadków sądy przyznawały rekompensaty pieniężne stanowiące niski procent kwoty oczekiwanej przez skarżącego (tylko w 34% spraw odsetek ten był wyższy niż 50). Należy ponadto zauważyć,

że różnice w przyznawanych kwotach pieniężnych są większe, niż analizowane w poprzednim rozdziale, różnice w łącznych okresach przewlekłości wskazywanych w skargach i ustalonych przez sądy. A więc różnic tych nie można tłumaczyć jedynie rzeczywiście krótszymi okresami stwierdzonej ostatecznie przewlekłości, a wynikają one raczej z celowej praktyki sądów.

7. PODSUMOWANIE

Jak wskazano na wstępie, podstawowym celem niniejszego badania spraw ze skargi na przewlekłość postępowania sądowego, w których sądy ustaliły przewlekłość i zasądziły sumę pieniężną, było ustalenie rzeczywistej średniej kwoty zasądzonej przez sądy w poszczególnych rodzajach spraw za każdy rok przewlekłości. W badaniu uwzględniono okoliczności każdej ze spraw, w tym: czas trwania postępowania, stopień faktycznego i prawnego skomplikowania sprawy, szczególne znaczenie sprawy dla strony postępowania, zachowanie skarżącego (zwłaszcza przyczynienie się do przewlekłości).

Uzyskane i prezentowane w artykule wyniki analizy miały pomóc ustalić, czy – i ewentualnie w jakim zakresie – sądy powszechne stosują przepisy ustawy o skardze zgodnie ze standardami konwencyjnymi. Szczegółową charakterystykę przewlekłości skarżonych postępowań oraz przyznanych kwot rekompensat za tę przewlekłość poprzedził krótki opis ustawy o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu przygotowawczym prowadzonym lub nadzorowanym przez prokuratora i postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki, a także przedstawienie obrazu statystycznego spraw ze skargi na przewlekłość postępowania sądowego, metodologii badania oraz opis badanych spraw.

Ustalane przez sądy w toku postępowań skargowych łączne okresy przewlekłości skarżonych spraw wahały się od 20 dni do 26 lat i 6 miesięcy. Przeciętnie wyniosły 1 rok i 7 miesięcy – średnia, a 1 rok – mediana. Najczęściej zaś (40%) zawierały się w przedziale od powyżej 6 miesięcy do 1 roku i były istotnie krótsze niż te wskazywane w skargach. Najdłuższe okresy przewlekłości stwierdzono w sprawach procedowanych przez sądy okręgowe (średnia 2 lata i 8 miesięcy, mediana 1 rok i 3 miesiące), w sprawach apelacyjnych (średnia 2 lata i 10 miesięcy, mediana 1 rok i 4 miesiące), w sprawach karnych (średnia 2 lata i 8 miesięcy, mediana 1 rok i 3 miesiące) oraz egzekucyjnych (średnia 2 lata i 2 miesiące, mediana 1 rok i 2 miesiące). Najkrótsze okresy przewlekłości ustalono w sprawach rodzinnych i gospodarczych oraz w sprawach przed sądami rejonowymi (średnia 1 rok i 5 miesięcy, mediana 11 miesięcy).

Wskazywane przez sąd uzasadnienia przyczyn przewlekłości skarżonych postępowań były bardzo podobne do tych przywoływanych w samych skargach, najczęściej wskazywano na całkowitą beczynność organu prowadzącego postępowanie (84% spraw) i znacznie rzadziej na długotrwałe oczekiwanie na termin pierwszej rozprawy (17% spraw) oraz nieuzasadnione odraczanie posiedzeń sądowych (14% spraw).

W większości analizowanych spraw (64%) okres przewlekłości ustalony przez sąd był krótszy od tego wykazywanego przez skarżącego (jednak najczęściej tylko o ok. 25%), w 27% spraw sądy dokładnie potwierdziły ustalenia skarżącego i wskazały na taki sam okres przewlekłości, a w 9% spraw ustaliły nawet dłuższą przewlekłość niż była wskazywana w skardze.

Zgodnie z ustawą o skardze na przewlekłość postępowania przyznana kwota rekompensaty powinna się mieścić w przedziale od 2000 do 20 000 zł, i nie może być niższa niż 500 zł za każdy rok trwającego postępowania. Podmioty wnoszące skargę na przewlekłość postępowania żądały zasądzenia na swoją rzecz kwoty pieniężnej w wysokości od 500 zł do 1 000 000 zł, najczęściej wskazywano na kwotę maksymalną – 20 000 zł lub niewiele od niej niższą, średnia wysokość żądanej przez skarżącego sumy wynosiła 12 629, 62 zł, a mediana – 9 000 zł.

Z kolei kwota ostatecznie zasądzona przez sąd na rzecz jednego skarżącego mieściła się w przedziale od 500 zł do 20 000 zł i wyniosła przeciętnie 2 798,35 zł (mediana – 2 000 zł), była więc znacznie niższa niż wskazywana w skargach. Tylko w jednej zbadanej sprawie sąd zasądził maksymalną sumę w wysokości 20 000 zł, najczęściej za odpowiednią sumę pieniężną sądy uznawały kwotę minimalną – 2 000 zł (prawie 70% spraw). W 92% spraw sądy zasądziły na rzecz skarżącego kwotę co najmniej 500 zł za każdy rok trwania przewlekłego postępowania, co oznacza, że w pozostałych 108 sprawach najprawdopodobniej doszło do naruszenia przepisów ustawy o skardze. Mogło to wynikać z faktu, że najczęściej w uzasadnieniach postanowień sądy odnosiły się tylko do okresu stwierdzonej przewlekłości, a nie do okresu trwania całego przewlekłego postępowania. Przeciętna, przyznana przez sądy, kwota rekompensaty pieniężnej różniła się jedynie nieznacznie ze względu na rodzaj sprawy, organu ją prowadzącego oraz podmiotu wnoszącego skargę, zresztą podobnie jak w przypadku kwot żądanych przez skarżącego w skardze. Najwyższe kwoty były przyznawane w stosunku do spraw, które były też najbardziej przewlekłe, tych prowadzonych przez sądy okręgowe i przez prokuratora oraz apelacyjnych spraw karnych, najniższe zaś – w sprawach cywilnych ze skargi na czynności komornika oraz w sprawach gospodarczych.

Uzasadnienia przyznania określonej kwoty pieniężnej w postanowieniu sądu pokrywały się po części z podawanymi przez skarżących. Sądy, podobnie jak i skarżący, zwracały uwagę na długotrwałą opieszałość sądu/organu skutkującą rażąco długotrwałością postępowania – ten argument pojawiał się najczęściej, bo aż w 70% uzasadnień. W argumentacji sądów, znacznie częściej niż w skardze, pojawiało się odniesienie do krzywdy moralnej (cierpień psychicznych), jakiej doznał skarżący (55% spraw) oraz znacznie rzadziej – szczególne znaczenie sprawy dla skarżącego (17%). W części postanowień sądy uzasadniały przyznanie skarżącemu kwoty niższej niż oczekiwana, najczęściej wskazując na nieudowodnienie wysokości poniesionych strat (22% spraw) lub przyczynienie się skarżącego do zaistniałej przewlekłości (7% spraw).

W większości analizowanych spraw (83,5%) kwoty przyznane przez sądy były niższe od tych, których żądali skarżący, w 16% sądy spełniły oczekiwania skarżących, przyznając im dokładnie takie kwoty, jakie wskazali oni w skardze, a w niepełna 0,5% spraw sądy przyznały wyższą kwotę niż była wnioskowana.

Różnice w oczekiwaniach skarżących i ostatecznych decyzjach sądów były w wielu przypadkach dość znaczące – w ponad 20% spraw mieściły się w przedziale od 14 000 zł do 20 000 zł. W większości przypadków sądy przyznawały rekompensaty pieniężne stanowiące niski procent kwoty oczekiwanej przez skarżącego, i różnice te były większe niż te w łącznych okresach przewlekłości wskazywanych w skargach, co może sugerować celową praktykę sądów dotyczącą przyznawania kwot minimalnych.

Abstract

Paweł Ostaszewski, Ewelina Melaniuk, *Cases Initiated by Complaints about Excessive Length of Judicial Proceedings in 2018*

The main purpose of this case file study concerning complaints about excessive length of judicial proceedings in which the courts confirmed the excessive length and granted monetary compensation was to determine the actual average amount awarded by the courts in each type of case for each year of excessive length. The analysis took into account the circumstances of each case, including: the duration of the proceedings, the degree of factual and legal complexity of the case, the particular importance of the case for the party of the proceedings, the applicant's behaviour (in particular, their having contributing to lengthiness).

The results of the analysis presented in this article could help determine whether – and, if so, to what extent – ordinary courts apply the provisions of the Complaint Act in accordance with convention standards.

Keywords: case file study, complaint about excessive length of judicial proceedings, amount of compensation

Streszczenie

Paweł Ostaszewski, Ewelina Melaniuk, *Sprawy ze skargi na przewlekłość postępowania sądowego w 2018 r.*

Podstawowym celem niniejszego badania spraw ze skargi na przewlekłość postępowania sądowego, w których sądy ustaliły przewlekłość i zasądziły rekompensatę pieniężną, było ustalenie rzeczywistej średniej kwoty zasądzanej przez sądy w poszczególnych rodzajach spraw za każdy rok przewlekłości. W badaniu uwzględniono okoliczności każdej ze spraw, w tym: czas trwania postępowania, stopień faktycznego i prawnego skomplikowania sprawy, szczególne znaczenie sprawy dla strony postępowania, zachowanie skarżącego (zwłaszcza: przyczynienia się do przewlekłości).

Uzyskane i prezentowane w artykule wyniki analizy miały pomóc ustalić, czy – i ewentualnie w jakim zakresie – sądy powszechne stosują przepisy ustawy o skardze zgodnie ze standardami konwencyjnymi.

Słowa kluczowe: badanie aktowe, skarga na przewlekłość postępowania sądowego, kwota rekompensaty

Literatura:

1. Bagińska E., *Skarga na przewlekłość postępowania i prawo do „odpowiedniej sumy pieniężnej” z tytułu naruszenia prawa strony do procesu w rozsądnym czasie – fiasko polskiego modelu kompensacyjnego?*, Gdańskie Studia Prawnicze 2016, t. XXXVI;
2. Holewińska-Łapińska E., A. Siemaszko, *Słowo wstępne*, Prawo w Działaniu 2007, nr 2;
3. Holewińska-Łapińska E., *Postępowania ze skargi na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy cywilnej w postępowaniu rozpoznawczym przed sądami rejonowymi i okręgowymi bez nieuzasadnionej zwłoki, zakończone orzeczeniem merytorycznym*, Prawo w Działaniu 2007, nr 2;
4. Holewińska-Łapińska E., *Praktyka zasądzenia „odpowiedniej sumy pieniężnej” w przypadku stwierdzenia przewlekłości postępowania*, Warszawa 2007 (niepubl.);
5. Kłak C.P., *Pojęcie przewlekłości postępowania sądowego*, Prokuratura i Prawo 2008, nr 12;

6. Kryże A., Niedzielak P., Petryna K., *Przewlekłość postępowania w sprawach karnych. Wprowadzenie*, Prawo w Działaniu 2007, nr 2;
7. Kryże A., *Sprawność postępowania sądowego w sprawach rozpoznawanych w pierwszej instancji przez warszawskie sądy rejonowe. Analiza spraw niezakończonych prawomocnie*, Prawo w Działaniu 2007, nr 2;
8. Kucharska A., *Przyczyny przewlekłości postępowań cywilnych w sądach rejonowych*, Prawo w Działaniu 2007, nr 2;
9. Niedzielak P., Petryna K., *Sprawność postępowania sądowego w sprawach karnych rozpoznawanych w pierwszej instancji przez warszawskie sądy rejonowe. Analiza spraw zakończonych*, Prawo w Działaniu 2007, nr 2;
10. Pietryka A., *Przewlekłość jako problem strukturalny w Polsce – analiza wyroku Rutkowski i Inni przeciwko Polsce*, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Analizy i Rekomendacje 2015, nr 9;
11. Wielec M., Buczkowski K., Burdziak K., Jankowski M., Ostaszewski P., Włodarczyk-Madejska J., Bachmat P., Banaszak P., Klimczak J., Szymczykiewicz R., *Przyczyny przewlekłości postępowania sądowego w sprawach karnych*, Warszawa 2019, https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2019/10/IWS_Zesp%C3%B3%C5%82_Przyczyny-przewlek%C5%82o%C5%9Bci-post%C4%99powania-s%C4%85dowego-w-sprawach-karnych.pdf.

Justyna Węglińska*

Zasada ochrony zaufania obywateli do państwa i do stanowionego przez nie prawa jako dyrektywa poprawnej legislacji**

1. WSTĘP

Niniejszy artykuł ma na celu przedstawienie relacji zasady ochrony zaufania obywateli do państwa i do stanowionego przez nie prawa w stosunku do pozostałych zasad poprawnej legislacji wywodzonych z art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej¹. W pierwszej kolejności przedstawiono pojęcie zasad poprawnej legislacji oraz genezę i podstawę prawną zasady ochrony zaufania obywateli do państwa, i stanowionego przez nie prawa. Następnie omówiono znaczenie i istotę tytułowej zasady oraz wskazano zakres jej obowiązywania w relacji państwo – obywatel.

W nawiązaniu do powyższych rozważań, w artykule podjęto próbę wykazania, że zasada ochrony zaufania obywateli do państwa i do stanowionego przez nie prawa jest dyrektywą poprawnej legislacji. Ważnym elementem artykułu jest również przedstawienie doniosłej roli zasady ochrony zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa w orzecznictwie polskiego Trybunału Konstytucyjnego (dalej TK). Tekst zakończono przedstawieniem wniosków dotyczących roli, jaką tytułowa zasada odgrywa w procesie legislacyjnym.

2. POJĘCIE ZASAD POPRAWNEJ LEGISLACJI

Przez pojęcie zasad prawidłowej legislacji należy rozumieć swoisty zbiór reguł i zasad, których katalog i znaczenie podlega nieustającym modyfikacjom². Zasady poprawnej legislacji wynikają z przedstawionej w art. 2 Konstytucji RP zasady demokratycznego państwa prawa. Jak wskazuje Marzena Kordela zasada państwa

* Autorka jest doktorantką na Wydziale Prawa, Prawa Kanonicznego i Administracji Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II, Polska, ORCID 0000-0003-2196-8881, e-mail: jweglinska93@gmail.com

** Data zgłoszenia tekstu przez autorkę: 6.04.2019 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 18.12.2019 r.

¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.) – dalej Konstytucja RP.

² Zob. J. Zaleśny, *Zasady prawidłowej legislacji*, „Studia politologiczne” 2009/13, s. 14. Por. K. Działocha, T. Zalasieński, *Zasada prawidłowej legislacji jako podstawa kontroli konstytucyjności prawa*, „Przegląd Legislacyjny” 2006/3, s. 5–6; S. Wronkowska, *Zasady przyzwoitej legislacji w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego* [w:] *Księga XX-lecia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, red. M. Zubik, Warszawa 2006, s. 673.

prawa legitymuje – jako jedyna ujęta wprost podstawa – wiązanie w całym systemie takich zasad jak np.: zasada ochrony zaufania obywateli do państwa i stanowionego przezeń prawa, zasada *lex retro non agit*, zasada ochrony praw nabytych, zasada ochrony interesów w toku, zasada odpowiedniej *vacatio legis* czy zasada prawidłowej legislacji³.

Podstawowym założeniem zasad poprawnej legislacji jest określanie reguł stanowienia prawa. Podobne stanowisko zajął J. Bafia opisując pojęcie i rolę zasad tworzenia prawa w latach 80. XX w. Zasady tworzenia prawa (zasady poprawnej legislacji) obowiązują uczestników procesu prawodawczego i wyznaczają prognostyczne spojrzenie na prawo oczekiwane⁴. Pomimo odmienności ustrojowej, w jakiej tworzył J. Bafia, nie sposób nie zgodzić się z jego definicją zasad tworzenia prawa. Zgodnie z założeniem zasad poprawnej legislacji prawodawca nie powinien dowolnie kształtować brzmienia uchwalanych przepisów, bowiem ich treść powinna być spójna z aksjologicznym wymiarem państwa prawa. Wobec powyższego, proces prawotwórczy powinien być dokonany zgodnie z założeniami racjonalnego tworzenia prawa. Przyjęte rozwiązania mają być adekwatne do zakładanego celu regulacji. W szczególności prawodawca powinien dokonać oceny skutków regulacji w kontekście wartości celu, do jakiego zmierza⁵. Wartość celu, to w tym przypadku tworzenie jasnych oraz spójnych z innymi ustawami przepisów prawa. Właśnie taką wartość celu wytyczają zasady poprawnej legislacji.

Sławomira Wronkowska wyróżniła dwie definicje pojmowania zasad poprawnej legislacji zarówno w ujęciu szerokim, jak i wąskim. W szerokim ujęciu zasada ta obejmuje wszelkie wskazania, jak poprawnie dokonywać rozstrzygnięć legislacyjnych. W ujęciu wąskim, zasada poprawnej legislacji obejmuje tylko takie spośród wskazań, których naruszenie powoduje, że akt obarczony jest wadą istotną i w konsekwencji jest niekonstytucyjny⁶. Z kolei zdaniem M. Kordeli zasady poprawnej legislacji to zasady zachowań prawotwórczych, których odrzucenie naruszałoby założenie racjonalności i lojalności prawodawcy⁷.

Bez względu na nomenklaturę określającą zasady „rzetelnej”, „prawidłowej”, „przyzwoitej”, czy też „dobrej” legislacji należy pamiętać, że dookreślenia te są tożsame w opinii TK i mogą być stosowane zamiennie⁸. Rolą poszczególnych określeń zasad jest zaznaczenie kryterium „prawidłowości” działań prawodawcy, gdyż istotą omawianych zasad jest wyznaczenie prawodawcy konstytucyjnych standardów działania. W konsekwencji kryterium prawidłowości wynika z zasady demokratycznego państwa prawa oraz pochodnej od niej zasady ochrony zaufania obywateli do państwa i do stanowionego przez nie prawa⁹. Wobec powyższego w niniejszym artykule ww. terminy określające zasady techniki prawodawczej będą stosowane zamiennie.

³ M. Kordela, *Zasady prawa. Studium teoretycznoprawne*, Poznań 2014, s. 214.

⁴ J. Bafia, *Zasady tworzenia prawa*, Warszawa 1980, s. 82.

⁵ Zob. orzeczenie TK z 20.11.1999 r., K 5/99, OTK 1999/5, poz. 100; wyrok TK z 17.05.2005 r., P 6/04, OTK ZU 2005/5A, poz. 50.

⁶ S. Wronkowska, *Zasady...*, s. 671–672.

⁷ M. Kordela, *Zasady prawa...*, s. 28.

⁸ Zob. wyroki TK: z 30.10.2001 r., K 33/00, OTK 2001/II, poz. 52; z 17.05.2005 r., P 6/04; z 12.09.2005 r., SK 13/05, OTK ZU 2005/8/A, poz. 91; z 25.11.1997 r., K 26/97, OTK 1997/5–6, poz. 64; z 20.11.2002 r., K 41/02, OTK-A 2002/6, poz. 83.

⁹ T. Zalasieński, *Zasada prawidłowej legislacji w poglądach Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2009, s. 42.

3. GENEZA ZASADY OCHRONY ZAUFANIA OBYWATELI DO PAŃSTWA I DO STANOWIONEGO PRZEZ NIE PRAWA

Na gruncie konstytucyjnym zasada ochrony zaufania obywateli do państwa i do stanowionego przez nie prawa, podobnie do pozostałych zasad prawidłowej legislacji, została wyprowadzona poprzez orzecznictwo TK¹⁰. Należy jednak wskazać, że Trybunał Konstytucyjny stosuje także niekiedy takie określenia jak: „budowa zasady zaufania do państwa”¹¹ oraz „zasada umacniania – a co najmniej, nie osłabiania – zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez to państwo prawa”¹². Zdaniem Ewy Łętowskiej zasada ochrony zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa została „wykoncypowana” z idei państwa prawa jeszcze przed wejściem w życie Konstytucji RP¹³. Jasne jest, że TK traktuje zasadę ochrony zaufania obywateli do państwa i do stanowionego przez nie prawa jako oczywistą cechę demokratycznego państwa prawa. Ponadto TK wskazał, że zasada ochrony zaufania obywateli do państwa i do stanowionego przez nie prawa rodzi określone obowiązki w sferze działania państwa, wynikające z zasady demokratycznego państwa prawa. Tytułowa zasada jest normą adresowaną do ustawodawcy; nie jest natomiast prawem podmiotowym, którego naruszenie mogłoby być podstawą do badania konstytucyjności ustawy lub innego aktu normatywnego w trybie skargi konstytucyjnej¹⁴.

Warto podkreślić, że w rozumieniu TK istota zasady ochrony zaufania obywateli do państwa i do stanowionego przez nie prawa nawiązuje do prawa administracyjnego, a konkretnie do koncepcji *Vertrauensschutz*. W dosłownym rozumieniu wyrażenie to tłumaczy się jako ochrona zaufania, ale także możliwe jest jego rozumienie jako ochrona uzasadnionych oczekiwań. W niemieckiej doktrynie określa się m.in., że z zasadą ochrony zaufania wiąże się zasadnicze pytanie o to, czy obywatel w swoim zaufaniu przy założeniu, że takie zaufanie istnieje, powinien być chroniony poprzez dalsze istnienie ustawowych regulacji, np. decyzji administracyjnych. Konstytucyjnoprawna ochrona uzasadnionych oczekiwań powinna umożliwić rozwiązanie konfliktu między dalszym istnieniem a rozwojem prawa. Koncepcja *Vertrauensschutz* została przyjęta przez polską administrację publiczną w okresie międzywojennym¹⁵. Od tego czasu powinność budowania zaufania obywateli do państwa stanowi istotne zobowiązanie administracji publicznej do bycia etycznym¹⁶. Brak wypełniania tego zobowiązania skutkowałby stopniową dezintegracją, co mogłoby doprowadzić do rozpadu wspólnoty państwa¹⁷.

¹⁰ J. Potrzezsz, *Idea prawa w orzecznictwie polskiego Trybunału Konstytucyjnego*, Lublin 2007, s. 221–225.

¹¹ Orzeczenie TK z 11.02.1992 r., K 14/91, OTK 1992, poz. 7, cyt. za: J. Potrzezsz, *Bezpieczeństwo prawne z perspektywy filozofii prawa*, Lublin 2013, s. 142.

¹² J. Potrzezsz, *Bezpieczeństwo...*, s. 142.

¹³ E. Łętowska, *Lex retro non agit i zaufanie do państwa* [w:] *Rzeźbienie państwa prawa. 20 lat później*. Ewa Łętowska w rozmowie z Krzysztofem Sobczakiem, E. Łętowska, K. Sobczak, Warszawa 2012, s. 299, cyt. za: J. Potrzezsz, *Bezpieczeństwo...*, s. 143.

¹⁴ Wyrok TK z 13.04.1999 r., K 36/98, OTK ZU 1999/3, poz. 40.

¹⁵ J. Potrzezsz, *Bezpieczeństwo...*, s. 139.

¹⁶ T. Barankiewicz, *Etyczne standardy administracji publicznej Unii Europejskiej* [w:] *Etyka prawnicza. Stanowiska i perspektywy*, red. H. Izdebski, P. Skuczyński, Warszawa 2008, s. 11, cyt. za: J. Potrzezsz, *Bezpieczeństwo...*, s. 139.

¹⁷ T. Barankiewicz, *Etyczne standardy...*

Zawarta w art. 8 Kodeksu postępowania administracyjnego¹⁸ zasada pogłębiania zaufania obywateli do organów państwa określa wyrażnie to, co *implicite* jest zawarte w zasadzie praworządności. Z zasady wyrażonej w art. 8 k.p.a. wynika bowiem przede wszystkim wymóg praworządnego i sprawiedliwego prowadzenia postępowania, i rozstrzygnięcia sprawy przez organ administracji publicznej, co jest zasadniczą treścią zasady praworządności. Tylko postępowanie odpowiadające takim wymogom i decyzje wydane w wyniku postępowania tak ukształtowanego budzą zaufanie obywateli do organów administracji publicznej nawet wtedy, gdy decyzje administracyjne nie uwzględniają ich żądań. Brak zaufania obywateli do organów państwa jest z reguły skutkiem naruszenia prawa przez organy państwowe, zwłaszcza zaś niektórych wartości w nim wyrażonych takich jak równość i sprawiedliwość. Naczelny Sąd Administracyjny (dalej NSA) podkreśla, że w celu realizacji tej zasady konieczne jest „przede wszystkim ściśle przestrzeganie prawa, zwłaszcza w zakresie dokładnego wyjaśnienia okoliczności sprawy, konkretnego ustosunkowania się do żądań i twierdzeń stron oraz uwzględniania w decyzji zarówno interesu społecznego, jak i słusznego interesu obywateli, przy założeniu, że wszyscy obywatele są równi wobec prawa”¹⁹. Zasadom tym nie odpowiada takie prowadzenie postępowania administracyjnego, w którym występują sprzeczne interesy stron, gdy organy prowadzące postępowanie, bez wszechstronnego wyjaśnienia okoliczności sprawy, uwzględniają tylko jeden z wchodzących w grę interesów, nie ustosunkowując się do zgłaszanych w toku postępowania twierdzeń i wniosków stron reprezentujących inne interesy.

Zasada wyrażona w art. 8 k.p.a., podobnie jak konstytucyjna zasada zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa, ma na celu ochronę zaufania obywateli do władzy publicznej. W przypadku zasady zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa ochrona zaufania obywateli odnosi się do tworzonego prawa, a w przypadku art. 8 k.p.a. poczucie zaufania związane jest ze stosowaniem prawa przez organy władzy państwowej. Jednocześnie sama idea zaufania była w Polsce pierwotnie realizowana na gruncie prawa administracyjnego.

Według TK zasada ochrony zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa, nazywana także zasadą lojalności państwa względem obywateli, jest jedną z najważniejszych zasad pochodnych, wynikających z zasady demokratycznego państwa prawa²⁰. Wykazuje ona pewne podobieństwo do znanej z prawa prywatnego i prawa międzynarodowego zasady dotrzymywania umów, a równocześnie „w ustrojach demokratycznych stanowi wykładnik roli państwa i oparcie dla wszystkich stosunków między nim a obywatelami”²¹. „W dotychczasowym orzecznictwie TK ugruntowane zostało stanowisko, iż art. 2 Konstytucji RP obejmuje również zasadę ochrony zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa. Jest ona – jak podkreślano we wcześniejszych orzeczeniach – oczywistą cechą demokratycznego państwa prawnego, bowiem «demokratyczne państwo prawne oznacza państwo, w którym chroni się zaufanie do państwa i stanowionego

¹⁸ Ustawa z 14.06.1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 256) – dalej k.p.a.

¹⁹ Wyrok NSA z 7.12.1984 r., III SA 729/84, ONSA 1984/2, poz. 117.

²⁰ Wyrok TK z 1.04.2008 r., SK 96/06, OTK-A 2008/3, poz. 40.

²¹ Wyrok TK z 1.04.2008 r., SK 96/06.

przez nie prawa». Zasada ta oznacza przede wszystkim konieczność ochrony i respektowania praw słusznie nabytych i ochrony interesów w toku, ale obejmuje jednocześnie zakaz tworzenia przez ustawodawcę takich konstrukcji normatywnych, które są niewykonalne, stanowią złudzenie prawa i w konsekwencji jedynie pozór ochrony tych interesów majątkowych, które są funkcjonalnie związane z treścią ustanowionego prawa podmiotowego”²².

4. PODSTAWA PRAWNA ZASADY OCHRONY ZAUFANIA OBYWATELI DO PAŃSTWA I DO STANOWIONEGO PRZEZ NIE PRAWA

Zgodnie z art. 2 Konstytucji RP Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawa. Państwo jest zatem zobligowane zabezpieczać wpływ obywateli na władzę publiczną i ich udział w podejmowaniu decyzji państwowych. Wynika stąd także zasada poszanowania wolności i praw jednostki. W demokratycznym państwie prawa powinny być zabezpieczone nie tylko prawa większości, ale powinien być też uznawany głos i wola mniejszości społeczeństwa. „Ma to być wszak demokratyczne państwo prawa urzeczywistniające zasady sprawiedliwości społecznej”²³. Z tak pojmowanego państwa prawa wywodzi się zasada ochrony zaufania obywateli do państwa i do stanowionego przez nie prawa, bowiem realizacja przedmiotowej zasady ma spełniać oczekiwania zarówno mniejszości, jak i całego społeczeństwa. Tylko przy takim rozumieniu omawianej zasady może dojść do jej urzeczywistnienia.

Rzeczpospolita Polska jako dobro wspólne wszystkich obywateli może mieć jedynie taki wymiar będąc demokratycznym państwem prawa. Zasada demokratycznego państwa prawa została wpisana do katalogu zasad ustroju politycznego w 1989 r. Jak wskazuje Wiesław Skrzydło, zasada demokratycznego państwa prawa wytycza „kierunki rozwoju ustroju państwa, stanowi nakaz dla parlamentu, ale i całego aparatu państwowego, by jego działalność służyła realizacji tej zasady. Została w niej wyrażona wola, aby państwem zarządzano zgodnie z prawem, by prawo stało ponad państwem, było wytyczną działania dla niego i dla społeczeństwa. Z zasady tej wynika najwyższa ranga Konstytucji w systemie źródeł prawa i rola ustawy uchwalanej przez parlament, jej priorytet w tworzeniu porządku prawnego w państwie. W demokratycznym państwie prawnym byt organu państwowego opiera się na prawie, które określa zarazem kompetencje tego organu i wyznacza granice jego działalności”²⁴.

Zgodnie z art. 5 pkt 5 Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej²⁵ Polska Rzeczpospolita Ludowa (dalej PRL) urzeczywistniała zasady sprawiedliwości społecznej, likwidowała wyzysk człowieka przez człowieka i przeciwdziałała naruszaniu zasad współżycia społecznego. Pomimo faktu, że rozumienie i stosowanie przytoczonego przepisu w ówczesnym czasie odbiegało od idei zaufania, można

²² Wyrok TK z 19.12.2002 r., K 33/02, OTK-A 2002/7, poz. 97.

²³ W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 20.

²⁴ W. Skrzydło, *Konstytucja...*, s. 17.

²⁵ Konstytucja Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej uchwalona przez Sejm Ustawodawczy 22.07.1952 r. (Dz.U. z 1976 r. Nr 33, poz. 232) – dalej Konstytucja PRL.

na podstawie dokonanych założeń dostrzec quasi-zasadę ochrony zaufania obywateli do państwa i do stanowionego przez nie prawa. Przesłanki wymienione w art. 5 pkt 5 Konstytucji PRL dążyły do iluzorycznej realizacji sprawiedliwości społecznej, ponieważ urzeczywistnianie zasady sprawiedliwości społecznej w tym okresie nie było tożsame z rozumieniem zasady demokratycznego państwa prawa określonej w art. 2 Konstytucji RP. Zaufanie obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa w PRL było wykorzystywane w celach propagandowych do tworzenia fałszywej wizji ustroju idealnego, opartego na równości, likwidowaniu wyzysku przez człowieka oraz przeciwdziałaniu naruszania zasad współżycia społecznego. Przedstawione zjawisko jest potwierdzeniem tezy, że zasada ochrony zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa bez względu na ustrój polityczny jest stosowana przez organy władzy. Samo zaufanie można zdefiniować jako narzędzie do budowania wspólnoty państwowej, które może być również przedmiotem propagandy, jeśli mamy do czynienia z wadliwym ustrojem państwa.

Na gruncie polskiego prawa zasady poprawnej legislacji zostały uregulowane w załączniku do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 20.06.2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”²⁶, mającego swoje źródło w art. 14 ust. 4 pkt 1 ustawy o Radzie Ministrów²⁷. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 5.11.2015 r. wprowadziło zmiany w rozporządzeniu w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”²⁸. Przedstawione rozporządzenie znowelizowało zasady techniki legislacyjnej. Nowelizacja zasad techniki prawodawczej weszła w życie z dniem 1.03.2016 r. W celu nadania zasadom poprawnej legislacji wymiaru powszechnie obowiązującego aktu prawnego wybrano formę rozporządzenia, co miało zaowocować uniknięciem problemów związanych z niezgodnością dwóch ustaw. Warto pamiętać, że o wartości zasad poprawnej legislacji nie świadczy ranga aktu normatywnego, w którym zostały zapisane. Wymaga jednak podkreślenia, że ani akty normatywne określające zasady techniki prawodawczej, ani żaden inny obowiązujący w Polsce akt prawny nie mówią wprost o sankcji za naruszenie zasad techniki prawodawczej²⁹.

5. ZNACZENIE I ISTOTA ZASADY OCHRONY ZAUFANIA OBYWATELI DO PAŃSTWA I STANOWIONEGO PRZEZ NIE PRAWA W DEMOKRATYCZNYM PAŃSTWIE PRAWA

Faktyczny proces transformacji ustroju państwa polskiego zmierzający do realizacji zasady demokratycznego państwa prawa jest ściśle związany z rozpoczęciem działalności orzeczniczej przez TK, w szczególności poprzez odnalezienie konstytucyjnych podstaw dla wartości towarzyszących państwu prawa, takich jak zaufanie obywateli do państwa i pewność prawa. Proklamowanie na gruncie orzecznictwa TK wspomnianych wartości oznaczało bowiem uznanie wartości charakteryzujących

²⁶ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 20.06.2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz.U. z 2016 r. poz. 283).

²⁷ Ustawa z 8.08.1996 r. o Radzie Ministrów (tekst jedn.: Dz.U. z 2012 r. poz. 392 ze zm.).

²⁸ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 5.11.2015 r. nowelizujące rozporządzenie w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz.U. z 2015 r. poz. 1812).

²⁹ G. Wierczyński, *Redagowanie i ogłaszanie aktów normatywnych. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 26.

demokratyczne państwo prawa.

Po wejściu w życie ustawy o zmianie Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej³⁰ ochrona zaufania obywateli do państwa i poczucie pewności prawa stały się fundamentem konstytucyjnego ustroju Rzeczypospolitej Polskiej.

Celem państwa prawa jest zapewnienie szeroko pojmowanego bezpieczeństwa człowieka. Pojęcie państwa prawa wskazuje na pewien ideał, do którego należy dążyć. Państwo prawa jest państwem, w którym kompetencje władzy publicznej, wolności, prawa i obowiązki jednostki wobec państwa są możliwie wyraźnie odgraniczone. Ponadto, podstawą państwa prawa jest możliwość sprawiedliwego rozstrzygania sporów przez niezawisłego i bezstronnego sędziego. Według J. Mikołajewicza i M. Smolaka, w demokratycznym państwie prawa prawo nie może mieć dowolnej treści, lecz taką, która umożliwia dążenie do urzeczywistnienia ideału państwa prawa w dwóch głównych kryteriach: politycznym – związanym z demokratycznymi instytucjami politycznymi oraz prawnym – związanym z uregulowaniem sytuacji jednostki w państwie. Dla prawidłowego funkcjonowania demokratycznego państwa prawa kluczowe znaczenie mają podstawowe wartości takie jak umowa społeczna będąca podstawą realizacji władzy jednostki i władzy publicznej oraz autonomia jednostki³¹.

Zasada ochrony zaufania obywateli do państwa i do stanowionego przez nie prawa została przywołana przez TK po raz pierwszy w 1988 r., kiedy wskazano, że jest ona podobna do zasady praworządności materialnej, a samo podobieństwo polega na stwierdzeniu, że obie są zasadami prawnokonstytucyjnymi, co oznacza, iż rodzą one określone obowiązki w sferze działalności państwa³². Na podstawie analizy treści wspomnianego orzeczenia można stwierdzić, że istotą zasady ochrony zaufania obywateli do państwa i do stanowionego przez nie prawa jest możliwość planowania, i prowadzenia swoich przedsięwzięć przez obywatela w zaufaniu, iż nie naraża się na niekorzystne skutki prawne swoich decyzji lub działań.

Kwestie dotyczące obowiązków prawodawcy, które bezpośrednio wynikają z tytułowej zasady, zostały w sposób kompleksowy omówione w wyroku TK z 12.03.2007 r.³³ Ze wspomnianego orzeczenia wynika, że zasada ochrony zaufania obywateli do państwa i do stanowionego przez nie prawa opiera się na pojęciu pewności prawa, a więc takim zespole cech przysługujących prawu, które zapewniają jednostce bezpieczeństwo prawne. Wymienione cechy umożliwiają jednostce decydowanie o swoim postępowaniu w oparciu o pełną znajomość przesłanek działania organów państwowych oraz konsekwencji prawnych, jakie mogą zostać wywołane jej działaniami. Jednostka powinna mieć możliwość przewidzenia konsekwencji zdarzeń na gruncie obowiązującego systemu prawa, dlatego prawodawca nie powinien zmieniać obowiązującego prawa w sposób arbitralny.

Warto wspomnieć, że już w jednym z pierwszych orzeczeń TK dotyczących zasady ochrony zaufania obywateli do państwa i do stanowionego przez nie prawa

³⁰ Ustawa z 29.12.1989 r. o zmianie Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej (Dz.U. z 1989 r. Nr 75, poz. 444).

³¹ J. Mikołajewicz, M. Smolak, *Zasada demokratycznego państwa prawnego w aksjologii Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej* [w:] *Państwo prawa. Demokratyczne państwo prawne*, red. J. Kowalski, Warszawa 2008, s. 100.

³² Orzeczenie TK z 30.11.1988 r., K 1/88, OTK 1988, poz. 6.

³³ Wyrok TK z 12.03.2007 r., K 54/05, OTK-A 2007/3, poz. 25.

został wywiedziony zakaz nadmiernej ingerencji w sferę wolności i praw jednostki³⁴. Państwo prawa jest swego rodzaju ideą, w której prawa i obowiązki obywateli powinny być nieodzownie związane z interesem społeczeństwa. Państwo prawa powinno być w świadomości obywateli na tyle wiarygodne, aby wzbudzać poczucie zaufania. Stworzenie poczucia bezpieczeństwa, które w konsekwencji przełoży się na wzrost zaufania do państwa jest kwintesencją zasady ochrony zaufania obywateli do państwa i do stanowionego przez nie prawa.

Zasada ochrony zaufania obywateli do państwa i do stanowionego przez nie prawa jako zasada konstytucyjna, wywiedziona z zasady demokratycznego państwa prawa, powinna wzbudzać u obywateli przekonanie, że postępowanie zgodnie ze stanowionym prawem wpływa również na ich korzyść. Ponadto, zgodnie z tytułową zasadą, jednostka powinna mieć prawo układania swoich spraw w zaufaniu, że nie naraża się na prawne skutki, których nie mogła przewidzieć zarówno w momencie podejmowania decyzji, jak i późniejszych działań³⁵.

6. ZAKRES ZASADY OCHRONY ZAUFAANIA OBYWATELI DO PAŃSTWA I DO STANOWIONEGO PRZEZ NIE PRAWA

Fenomen zaufania jest związany z brakiem pewności, w jaki sposób zachowa się podmiot darzony zaufaniem, ponieważ ma on pewien zakres swobody działania³⁶. Co więcej, zgodnie z definicją Piotra Sztompki, zaufanie jest „zakładem podejmowanym na temat niepewnych, przyszłych działań innych ludzi”³⁷. Wspominany już fenomen polega przede wszystkim na założeniu, że niepewne zachowanie podmiotu darzonego zaufaniem będzie dla nas korzystne.

Rozważając kwestię zaufania w relacjach państwa i obywateli, warto wyodrębnić dwa aspekty tych relacji: 1) zaufanie obywateli do państwa oraz 2) ochronę tego zaufania przez państwo. Aspekt zaufania obywateli do państwa wyraża się w pewnym stanie świadomości będącym oceną wiarygodności państwa oraz próby zredukowania niepewności, jak i zaspokojenia poczucia bezpieczeństwa. W celu zobrazowania fenomenu zaufania J. Potrzeszcz użyła za P. Sztompką metafory zakładu. Zakładającymi się jest: obywatel, szerzej rozumiany jako jednostka przebywająca na terytorium państwa oraz państwo, czyli wszelkie organy administracji państwowej³⁸. „W przypadku zaufania jako zakładu, osoba zakładająca się musi wziąć pod uwagę przeciwstawne argumenty, obliczając prawdopodobieństwo swojej wygranej. Dokonuje zatem oceny wiarygodności państwa. Wygrana oznacza korzystne dla zakładającej się osoby działania państwa lub przynajmniej brak niekorzystnych, czy szkodliwych działań (...)”³⁹.

Trafnie podkreśla się, że: „potrzeba zaufania stanowi jedną z podstawowych potrzeb transakcyjnych, obok takich potrzeb jak: afirmacja tożsamości, osiągnięcie korzyści i zysków, akceptacja we wspólnocie i bezpieczeństwo ontologiczne”⁴⁰.

³⁴ Orzeczenie TK z 30.11.1988 r., K 1/88.

³⁵ Wyrok TK z 7.02.2006 r., SK 45/04, OTK ZU 2006/2A, poz. 15.

³⁶ Zob. J. Potrzeszcz, *Bezpieczeństwo...*, s. 135.

³⁷ P. Sztompka, *Zaufanie. Fundament społeczeństwa*, Kraków 2007, s. 69–70, cyt. za: J. Potrzeszcz, *Bezpieczeństwo...*, s. 135.

³⁸ J. Potrzeszcz, *Bezpieczeństwo...*, s. 135–136.

³⁹ J. Potrzeszcz, *Bezpieczeństwo...*, s. 136–137.

⁴⁰ P. Sztompka, *Zaufanie...*, s. 303, cyt. za: J. Potrzeszcz, *Bezpieczeństwo...*, s. 137.

7. RELACJA ZASAD POPRAWNEJ LEGISLACJI DO ZASADY OCHRONY ZAUFANIA OBYWATELI DO PAŃSTWA I DO STANOWIONEGO PRZEZ NIE PRAWA

Pomimo że zasady poprawnej legislacji pełnią podobne funkcje w procesie legislacyjnym, zasada ochrony zaufania obywateli do państwa i do stanowionego przez nie prawa jest celem „samym w sobie”, ponieważ pozostałe zasady poprawnej legislacji, wyznaczając standardy tworzenia prawa, dążą do osiągnięcia zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa. Wspomnianą zależność można przedstawić na przykładzie poszczególnych zasad poprawnej legislacji.

7.1. Zasada odpowiedniej *vacatio legis*

Zasada odpowiedniej *vacatio legis* jest nieodłącznym elementem zasady ochrony zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa, bowiem adresaci nowo uchwalonych przepisów powinni „dysponować odpowiednią ilością czasu na pokierowanie swoimi sprawami i dostosowanie się do zmienionej sytuacji prawnej”⁴¹, co bezpośrednio zapewni im poczucie zaufania do państwa. Zgodnie z art. 4 ustawy o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych⁴² akty normatywne, zawierające przepisy powszechnie obowiązujące ogłaszane w dziennikach urzędowych, wchodzi w życie po upływie 14 dni od dnia ich ogłoszenia, chyba że dany akt normatywny określi termin dłuższy. Dokładne dookreślenie terminu ma również na celu stworzenie realnej szansy zapoznania się adresatów z treścią ustawy. Taka możliwość oraz jej normatywne potwierdzenie powinno wywołać w adresacie poczucie zaufania do państwa, a co za tym idzie – do stanowionego przez nie prawa.

7.2. Zasada ochrony praw nabytych

Kolejna zasada, jaką jest nakaz ochrony praw nabytych, stanowi jedną z najbardziej doniosłych zasad mających odzwierciedlenie w etyce, czego najlepszym przykładem są słowa L.L. Fullera: „Dyskrecjonalne odbieranie przez ustawodawcę praw nabytych przez obywateli uznawane jest wręcz za jeden z deliktów przeciwko moralności prawa”⁴³. Głównym przesłaniem płynącym z zasady ochrony praw nabytych jest zakaz znoszenia lub ograniczenia praw podmiotowych jednostki lub innych podmiotów prawnych uczestniczących w obrocie prawnym. Zasada ta zapewnia ochronę praw podmiotowych zarówno publicznych, jak i prywatnych⁴⁴. Niewątpliwie, w związku z etycznym wymiarem, zasada ochrony praw nabytych jest głęboko związana z celem zasady ochrony zaufania obywateli do państwa i do stanowionego przez nie prawa. Nawet po 1997 r. nie można odnaleźć jednoznacznego sposobu wywiedzenia zasady ochrony praw nabytych z art. 2 Konstytucji RP. Nadal

⁴¹ Zob. orzeczenie TK z 15.07.1996 r., K 5/96, OTK 1996/4, poz. 30. Por. J. Oniszczyk, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Kraków 2000, s. 66.

⁴² Ustawa z 20.07.2000 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1461).

⁴³ L.L. Fuller, *Moralność prawa*, Warszawa 1978, s. 39.

⁴⁴ T. Zalasinski, *Zasada...*, s. 26.

w wielu orzeczeniach TK dochodzi do zasady ochrony praw nabytych dwustopniowo, z zasady państwa prawa wywodząc zasadę ochrony zaufania obywateli do państwa i do stanowionego przez nie prawa, i dopiero z tej ostatniej wywodzi zasadę ochrony praw nabytych⁴⁵.

7.3. Zasada *lex retro non agit*

Zasada *lex retro non agit* wyraża zakaz stanowienia przepisów i norm prawnych nakazujących stosowanie nowo ustanowionych norm prawnych do zdarzeń, które miały miejsce przed ich wejściem w życie⁴⁶. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, zakaz niedziałania prawa wstecz znajduje zastosowanie względem przepisów pogarszających sytuację jednostki⁴⁷. Zakaz ujęty w zasadzie *lex retro non agit* w istocie stanowi gwarancję, że podmioty prawa mogą prowadzić swoje sprawy w zaufaniu, iż podejmowanymi działaniami nie narażą się na negatywne skutki prawne, których nie mogły przewidzieć⁴⁸. W ocenie TK zasada niedziałania prawa wstecz powinna być rozumiana także jako zakaz stanowienia intertemporalnych reguł, które mają określić treść stosunków prawnych powstałych pod rządami dawnych norm, a trwających w okresie wejścia w życie norm nowo ustanowionych, jeśli reguły te wywołują ujemne prawne (a w konsekwencji społeczne) następstwa dla bezpieczeństwa prawnego i poszanowania praw nabytych⁴⁹. Wobec powyższego, zasada *lex retro non agit* ma na celu wywołanie w obywatelach poczucia zaufania wobec obowiązującego prawa, zgodnie z treścią zasady ochrony zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa.

7.4. Zasada zakazu wprowadzania zmian w prawie podatkowym w trakcie trwania roku podatkowego

Kolejnym przykładem zasady poprawnej legislacji, realizującej zasadę zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa, jest zakaz zmiany prawa podatkowego w ciągu trwania roku podatkowego. W dotychczasowym orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego jednoznacznie przyjmuje się, że w demokratycznym państwie prawa niedopuszczane jest dokonywanie zmian obciążeń podatkowych w ciągu roku⁵⁰. Ponadto TK wskazał, że: „zmiany w regulacji prawnej podatku dochodowego od osób fizycznych powinny być ogłaszane co najmniej miesiąc przed końcem poprzedniego roku podatkowego, przy czym zasada ta ma zastosowanie także do zmian dotyczących innych podatków, w których wymiar podatku dokonywany jest za okresy roczne”⁵¹. W myśl omawianej zasady, ustalając treść

⁴⁵ Wyrok TK z 27.11.1997 r., U 11/97, OTK 1997/5–6, poz. 67.

⁴⁶ P. Tuleja, *Komentarz do art. 2 [w:] Konstytucja RP*, t. I, *Komentarz do art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Legalis/el. 2016.

⁴⁷ M. Florczak-Wątor, *Komentarz do art. 2 [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, LEX/el. 2019.

⁴⁸ M. Zubik, W. Sokolewicz, *Komentarz do art. 2 [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. I, wyd. II, red. L. Garlicki, M. Zubik, LEX/el. 2016. Por. wyroki TK: z 3.10.2001 r., K 27/01, OTK 2001/7, poz. 209; z 10.10.2001 r., K 28/01, OTK 2001, poz. 212; z 6.07.1999 r., P 2/99, OTK 1999/5, poz. 103.

⁴⁹ Wyrok TK z 3.10.2001 r., K 27/01.

⁵⁰ Zob. wyroki TK: z 27.02.2002 r., K 47/01, OTK-A 2002/1, poz. 6; z 20.07.2006 r., K 40/05, OTK-A 2006/7, poz. 82; z 25.04.2001 r., K 13/01, OTK 2001/4, poz. 81.

⁵¹ Wyrok TK z 15.02.2005 r., K 48/04, OTK-A 2005/2, poz. 15.

ustaw podatkowych, prawodawca jest obowiązany przestrzegać reguł dotyczących wymogów drogi ustawodawczej, procedury uchwalania ustaw podatkowych oraz wymogu szczególnej dbałości legislacyjnej podczas stanowienia przepisów prawnych, aby umożliwiały one konstruowanie precyzyjnych norm podatkowych⁵², budzących zaufanie obywateli do stanowionego przez państwo prawa.

7.5. Zasada określoności przepisów prawa

Następną zasadą poprawnej legislacji pozostającą w ścisłym związku z zasadą ochrony zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa jest tzw. zasada określoności prawa, zgodnie z którą każdy przepis prawny powinien być skonstruowany poprawnie z punktu widzenia językowego i logicznego. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, wymóg jasności oznacza nakaz tworzenia przepisów klarownych i zrozumiałych dla ich adresatów, którzy od racjonalnego ustawodawcy mogą oczekiwać stanowienia norm prawnych, niebudzących wątpliwości co do treści nakładanych obowiązków i przyznawanych praw⁵³. Związana z jasnością precyzja przepisu powinna przejawiać się w konkretności nakładanych obowiązków i przyznawanych praw, tak by ich treść była oczywista i możliwa do wyegzekwowania⁵⁴. Co istotne, w orzecznictwie TK wielokrotnie podkreślano znaczenie zasady określoności prawa, wskazując że ustawodawca nie może poprzez niejasne sformułowanie tekstu przepisów pozostawiać organom mającym je stosować nadmiernej swobody przy ustalaniu w praktyce zakresu podmiotowego i przedmiotowego ograniczeń konstytucyjnych wolności oraz praw jednostki⁵⁵.

7.6. Zasada *pacta sunt servanda*

Podobnie jak pozostałe zasady poprawnej legislacji, zasada *pacta sunt servanda* stanowi immanentną cechę państwa prawa. Tomasz Zalasieński wskazuje, że podstawowym celem omawianej zasady jest ochrona praw nabytych⁵⁶. Jednocześnie w piśmiennictwie zauważa się dwie płaszczyzny występowania zasady *pacta sunt servanda*⁵⁷. W szerszym ujęciu przedmiotowa zasada pojmowana jest jako konsekwencja demokratycznej umowy społecznej. Takie rozumienie zasady koresponduje z zasadą zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa. Z punktu widzenia ochrony mamy tu także do czynienia podstawowymi założeniami zasady ochrony praw nabytych. Węższa interpretacja zasady *pacta sunt servanda* ogranicza się jedynie do ochrony praw nabytych *in corecto*, czyli na podstawie aktów konkretnych i indywidualnych. Pogląd ten wyłącza ochronę praw nabytych *in abstracto*, tj. na podstawie aktów generalnych i abstrakcyjnych⁵⁸. Wreszcie należy

⁵² P. Tuleja, *Komentarz...*

⁵³ P. Tuleja, *Komentarz...* Por. M. Florczak-Wątor, *Komentarz...*

⁵⁴ Por. wyrok TK z 11.01.2000 r., OTK 2000/1, poz. 2.

⁵⁵ Zob. wyroki TK: z 22.05.2002 r., K 6/02, OTK-A 2002/3, poz. 33; z 14.06.2000 r., P 3/00, OTK 2000/5, poz. 138; z 15.02.2005 r., K 48/04, OTK-A 2005/2, poz. 15.

⁵⁶ T. Zalasieński, *Zasada...*, s. 6.

⁵⁷ T. Zalasieński, *Zasada...*, s. 6.

⁵⁸ M. Wyrzykowski, *Konstytucja z komentarzem*, Warszawa 1995, s. 41, cyt. za: T. Zalasieński, *Zasada...*, s. 117.

wskazać, że w ocenie TK zasada *pacta sunt servanda* mieści się w zakresie swobodnego kształtowania stosunku prawnego, a jej celem jest zapewnienie równości świadczeń stron w sytuacji, gdy warunki zewnętrzne, niezależne od stron, odbijają się na obniżonej wartości świadczenia⁵⁹.

7.7. Zasada ochrony interesów w toku

Zasada ochrony interesów w toku wywodzi się z klauzuli generalnej, jaką jest zasada demokratycznego państwa prawa oraz wywodzącej się z niej zasady ochrony zaufania obywateli do państwa i do stanowionego przez nie prawa⁶⁰. Zasada ta określa obowiązek formułowania przepisów prawa z respektowaniem „interesów w toku”. Przez to rozumie się przedsięwzięcia gospodarcze i finansowe zainicjowane pod restrykcją przepisów poprzednich. Zasada ochrony zaufania obywateli do państwa i do stanowionego przez nie prawa wiąże ustawodawcę poprzez wyznaczenie pewnego okresu, w którym możliwe miałyby być prowadzenie interesów według z góry ustalonych zasad czy reguł gry⁶¹.

Posiłkując się orzecznictwem TK, można zauważyć, że zostały powołane trzy przesłanki warunkujące prawidłowe działanie zasady ochrony interesów w toku: 1) obowiązujący stan prawny musi wyznaczać pewien horyzont czasowy dla realizacji określonych przedsięwzięć; 2) przedsięwzięcia te, ze swej natury, muszą mieć charakter rozłożony w czasie i nie mogą się zrealizować w wyniku jednorazowego zdarzenia gospodarczego; 3) jednostka musi faktycznie rozpocząć określone przedsięwzięcie w okresie obowiązywania tego stanu prawnego⁶². Ze względu na brak gwarancji niezmienności prawa bezdyskusyjnie należy przyjąć, że ustawodawcy przysługuje swoboda regulacyjna. Warto jednak zauważyć, że zasada ochrony interesów w toku chroni przedsięwzięcia gospodarcze i finansowe, które od momentu ich powstania miały trwać przez określony czas. Ponadto, ich realizacja mogła dojść do skutku jedynie we wskazanym przez jednostkę horyzoncie czasowym⁶³. Ze względu na ochronę interesów w toku lub poszczególne zasady, których przedmiotem jest ochrona praw podmiotów, zachodzi konieczność stwierdzenia, że sprawy wszczęte w czasie obowiązywania przepisów dotychczasowych są realizowane pod restrykcją nowych przepisów, z zastrzeżeniem powinnośc formułowania przepisów przejściowych jednoznacznie i precyzyjnie, odnosząc się do konkretnych postępowań, stanów prawnych lub uwarunkowań, które zostały wykształcone pod rządami przepisów dotychczasowych. Bez uwzględnienia wspomnianej powinnośc, w przypadku zaostrzenia wymogów lub uregulowania nowych przesłanek jednoznacznie doszłoby do naruszenia zasady ochrony zaufania obywateli do państwa i do stanowionego przez nie prawa⁶⁴.

⁵⁹ Zob. wyrok TK z 17.12.1997 r., K 22/96, OTK 1997/5–6, poz. 71.

⁶⁰ M. Chmaj, P. Zientarski, *Ochrona słusznych interesów ubezpieczonych a prawa ubezpieczycieli*, „Wiadomości Ubezpieczeniowe” 2005/1, s. 46.

⁶¹ Wyrok TK z 25.11.1997 r., K 26/97.

⁶² Wyrok TK z 25.11.1997 r., K 26/97. Por. wyroki TK: z 25.06.2002 r., K 45/01, OTK-A 2002/4, poz. 46; z 19.04.2005 r., K 4/05, OTK-A 2005/4, poz. 37; z 7.02.2001 r., K 27/00, OTK 2001/2, poz. 29; z 16.09.2003 r., K 55/02, OTK-A 2004/7, poz. 75.

⁶³ B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 24, cyt. za: M. Chmaj, P. Zientarski, *Ochrona...*, s. 47.

⁶⁴ W. Zając, *Przepisy przejściowe a zasada działania nowego prawa wprost*, Warszawa 2010, s. 13.

7.8. Nakaz stosowania przepisów przejściowych

Na obowiązek stosowania przepisów przejściowych TK zwrócił uwagę dopiero w orzeczeniach wydanych po 1989 r., wskazując, że: „w państwie prawa obywatele nie powinni być zaskakiwani nagle niekorzystnymi dla nich regulacjami, ustawodawca w celu zapewnienia bezpieczeństwa powinien posłużyć się techniką przepisów przejściowych kierujących regresję świadczeń rozłożoną w czasie, a co najmniej odpowiednio długim *vacatio legis*, by zainteresowani mogli dostosować się w miarę możliwości do zmienionej sytuacji prawnej”⁶⁵. Przede wszystkim warto pamiętać, że w przepisach przejściowych normuje się wpływ nowego prawa na stosunki powstałe pod działaniem prawa dotychczasowego, dlatego w przepisach przejściowych należy w szczególności: 1) unormować sposób zakończenia postępowania w sprawach będących w toku; 2) rozstrzygnąć, czy i w jakim zakresie stosuje się nowe przepisy do uprawnień i obowiązków powstałych pod działaniem dotychczasowego prawa; 3) rozstrzygnąć, czy i przez jaki czas utrzymuje się w mocy instytucje prawne, które znoszą nowe prawo; 4) rozstrzygnąć, czy utrzymuje się w mocy dotychczasowe przepisy wykonawcze do czasu zastąpienia ich nowymi⁶⁶.

Pogląd, że nakaz stosowania przepisów przejściowych stanowi zasadę utrwalił się po wejściu w życie Konstytucji RP. Trybunał Konstytucyjny w swoim orzecznictwie wielokrotnie podkreślał, że istotą procesu legislacyjnego jest poszanowanie zasad przyzwoitej legislacji⁶⁷. W przytoczonym orzeczeniu TK stwierdził, że przedmiot zażalenia nie zawiera przepisów przejściowych, w konsekwencji czego prawa nabyte nie są wystarczająco chronione⁶⁸. Trybunał Konstytucyjny zauważa, że wspomniane „prawa nabyte powinny być chronione ze względu na zasadę państwa prawnego, a w szczególności ze względu na wynikającą z niej zasadę zaufania w stosunkach między obywatelem a państwem. Zasada ochrony zaufania obywateli do państwa i stanowionego przezeń prawa jest jednym z filarów demokratycznego państwa prawa, a także znajduje oparcie w zasadzie legalności działania organów państwa i samorządu”⁶⁹. W doktrynie przeforsowano pogląd, że obowiązkiem prawodawcy faktycznego jest dostrzeżenie problemu intertemporalnego i jego rozstrzygnięcie poprzez stosowanie przepisów przejściowych⁷⁰. Wobec powyższego należy zauważyć, że przepisy przejściowe mają na celu ochronę zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa, bowiem obywatel powinien mieć pewność jak, a przede wszystkim od kiedy stosować nowe przepisy.

7.9. Zasada proporcjonalności

Zasada proporcjonalności polega na rozsądnej ingerencji państwa w gwarantowane konstytucyjnie wolności i prawa jednostki, czyli ingerencji na gruncie prakseologicznym i aksjologicznym. Sfera ingerencji jest wyznaczona przez system chronionych

⁶⁵ Orzeczenie TK z 11.02.1992 r., K 14/91.

⁶⁶ S. Wronkowska, M. Zieliński, *Zasady techniki prawodawczej. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 48–49.

⁶⁷ Orzeczenie TK z 17.07.1996 r., K 8/96, OTK 1996/4, poz. 32.

⁶⁸ Orzeczenie TK z 17.07.1996 r., K 8/96.

⁶⁹ Orzeczenie TK z 17.07.1996 r., K 8/96.

⁷⁰ J. Mikołajewicz, *Prawo intertemporalne a zasada państwa prawnego* [w:] *Demokratyczne państwo prawa: Zagadnienia wybrane*, red. M. Aleksandrowicz, A. Jamróz, L. Jamróz, Białystok 2014, s. 99.

prawem wartości i określoną relacją między interesem ogółu oraz pozostałych chronionych prawem dóbr, mając przede wszystkim na względzie interes człowieka. Zasada proporcjonalności to nakaz zachowania korelacji między przewidzianymi prawem środkami postępowania a ingerencją władzy publicznej. Wspomniana zasada zakłada zachowanie w tym względzie optymalnej proporcji. Stosowanie zasady proporcjonalności niewątpliwie służy ochronie jednostki przed nieuzasadnionym lub nadmiernie dotkliwym wkraczaniem państwa w sferę jej praw i wolności. Na treść wspomnianej zasady składają się trzy podstawowe nakazy: 1) przydatności, 2) konieczności (dotyczy niezbędności stosowania) oraz 3) proporcjonalności (zgodnie z którą cel powinien pozostawać w odpowiednim stosunku do ciężaru i dolegliwości podejmowanych środków)⁷¹.

Zasada proporcjonalności to rodzaj zasady legalizmu, która tworzy nieprzekraczalne ramy dla działalności państwa. Zasada proporcjonalności jasno określa granice wykonywania funkcji władczych. Ranga zasady proporcjonalności podkreślana jest przede wszystkim w sytuacjach nakładania ciężaru na jednostkę. Naruszenie przez funkcjonariusza publicznego sformułowanego na podstawie zasady proporcjonalności obowiązku pociąga za sobą odpowiedzialność. Warto zauważyć, że jest to odpowiedzialność nie tylko polityczna, ale i karna wynikająca z popełnienia przestępstwa w trakcie wykonywania obowiązków służbowych, oraz cywilna, jeśli w danych okolicznościach spowodował on szkodę⁷².

Według zasady proporcjonalności nieodzowne jest zachowanie właściwej relacji w stosunku między celem działania a zastosowanymi dla realizacji tego celu środkami. Przede wszystkim „środki” powinny pozostawać w rozsądnej relacji do zamierzonego celu. Ustawodawca, przy tworzeniu takiej relacji, jest zobowiązany stosować możliwie najłagodniejsze środki dążące do osiągnięcia konkretnego celu⁷³. Stąd trudno nie zgodzić się z tezą A. Kościa, zgodnie z którą w państwie prawa: „cel nie uświęca środków, celowość powinna być podporządkowana słuszności, zaś racja stanu racji prawa”⁷⁴.

Zgodnie z orzeczeniem TK z 31.01.1996 r.⁷⁵: „zasada proporcjonalności jest elementem składowym zasady państwa prawnego. Państwo prawne opiera się na założeniu racjonalnego prawodawcy, a warunkiem koniecznym realizacji tego założenia jest przestrzeganie proporcjonalności w procesie stanowienia prawa. Racjonalny prawodawca stanowi prawo sprawiedliwie, stąd w zasadzie sprawiedliwości należy też upatrywać podstaw obowiązywania zasady proporcjonalności. Zasada proporcjonalności w szerokim ujęciu kładzie szczególny nacisk na adekwatność celu i środka użytego do jego osiągnięcia. Wynika z tego, że jeżeli cel regulacji można osiągnąć przy pomocy dwóch środków, przy czym jeden z nich w większym stopniu pogarsza sytuację prawną podmiotu niż drugi, to należy wybrać korzystniejszy dla podmiotu”. Orzeczenie TK z 20.11.1996 r. stanowi zaś, że zasada proporcjonalności musi być uwzględniona przede wszystkim przy ingerencji

⁷¹ B. Jaworska-Dębska, Z. Duniewska, R. Michalska-Badziak, E. Olejniczak-Szałowska, *Prawo administracyjne. Pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, Warszawa 2013, s. 145.

⁷² M. Kordela, *Formalne państwo prawne* [w:] *Demokratyczne państwo...*, s. 87.

⁷³ M. Kordela, *Formalne...*, s. 87.

⁷⁴ A. Kość, *Podstawy filozofii prawa*, Lublin 2005, s. 145.

⁷⁵ Orzeczenie TK z 31.01.1996 r., K 9/95, OTK 1996/1, poz. 2.

ustawodawcy w sferę praw i wolności jednostki⁷⁶ tak, aby zapewnić obywatelom poczucie zaufania do jego działań.

Wobec powyższego, uzasadnione jest przyjęcie, że istota zasady ochrony zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa wybrzmiewa z pozostałych zasad poprawnej legislacji, bowiem brak przestrzegania następujących zasad: a) zasady odpowiedniej *vacatio legis*, b) zasady ochrony praw nabytych, c) zasady *lex retro non agit*, d) zasady zakazu wprowadzania zmian w prawie podatkowym w trakcie trwania roku podatkowego, e) zasady określoności przepisów prawa, f) zasady *pacta sunt servanda*, g) zasady ochrony interesów w toku, h) nakazu stosowania przepisów przejściowych oraz i) zasady proporcjonalności – skutkuje również brakiem przestrzegania zasady ochrony zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa. W konsekwencji zasadne wydaje się twierdzenie, że zasada ochrony zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa jest *sui generis* dyrektywą procesu legislacyjnego.

8. ZASADA OCHRONY ZAUFANIA OBYWATELI DO PAŃSTWA I DO STANOWIONEGO PRZEZ NIE PRAWA JAKO DYREKTYWA PROCESU LEGISLACYJNEGO

Zasada ochrony zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa jest jedną z najszerzej postrzeganych zasad na gruncie orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego. Pozostaje ona bowiem w ścisłej korelacji z pozostałymi zasadami poprawnej legislacji, jakie zostały wyinterpretowane przez TK z art. 2 Konstytucji RP⁷⁷. Relacje między poszczególnymi zasadami poprawnej legislacji zostały szeroko omówione w doktrynie. Przykładem jest stworzony przez T. Zalasieńskiego katalog elementów zasady poprawnej legislacji, oparty na kryterium możliwości stanowienia przez daną zasadę podstaw kontroli konstytucyjności prawa⁷⁸. Przedstawione kryterium wydaje się być prawidłowe, bowiem bezpośrednio koresponduje z definicją zasad prawidłowej legislacji S. Wronkowskiej w ujęciu wąskim. Definicja ta sugeruje, że zasada poprawnej legislacji obejmuje tylko takie spośród wskazań, których naruszenie powoduje obarczenie aktu wadą istotną i w konsekwencji stwierdzenie jego niekonstytucyjności⁷⁹. Katalog zaprezentowany przez T. Zalasieńskiego obejmuje następujące zasady: a) zasadę niedziałania prawa wstecz, b) zasadę ochrony praw nabytych, c) zasadę *pacta sunt servanda*, d) zasadę poszanowania interesów w toku, e) zasadę nakazującą stosownie przepisów przejściowych, f) zasadę odpowiedniej *vacatio legis*, g) zasadę zakazującą zmiany prawa podatkowego w trakcie roku podatkowego, h) zasadę określoności przepisów prawa, i) zasadę proporcjonalności oraz j) nakaz przestrzegania techniki prawodawczej⁸⁰. Wymienione wyżej zasady zostały zakwalifikowane do grupy pierwszej. Drugą grupę stanowią zasady poprawnej legislacji jedynie korespondujące z głównym kryterium podziału, jakim

⁷⁶ Orzeczenie TK z 20.11.1996 r., K 27/95, OTK 1996/6, poz. 50.

⁷⁷ E. Morawska, *Klauzula państwa prawnego w Konstytucji RP na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, Toruń 2003, s. 217.

⁷⁸ T. Zalasieński, *Zasada...*, s. 51.

⁷⁹ S. Wronkowska, *Zasady...*, s. 671–672.

⁸⁰ T. Zalasieński, *Zasada...*, s. 51.

jest stwierdzenie niekonstytucyjności w razie nieprzestrzegania danej zasady. Na tej podstawie T. Zalesiński wyróżnił: a) zasadę *pacta sunt servanda*, b) zasadę poszanowania interesów w toku, c) zasadę nakazującą stosowanie przepisów przejściowych (jako zasadę służącą realizacji głównej zasady ochrony praw nabytych), d) zasadę zakazującą zmiany prawa podatkowego w trakcie roku podatkowego (jako zasadę służącą realizacji „głównej” zasady odpowiedniej *vacatio legis*)⁸¹.

W niniejszym artykule został również zaprezentowany katalog zasad prawidłowej legislacji w oparciu o kryterium realizacji zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa. Przykładowe zasady poprawnej legislacji dążące do ochrony zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa, które zostały omówione w pkt 6 niniejszego artykułu to: a) odpowiednia *vacatio legis*, b) zasada ochrony praw nabytych, c) zasada *lex retro non agit*, d) zasada zakazu wprowadzania zmian w prawie podatkowym w trakcie trwania roku podatkowego, e) zasada określoności przepisów prawa, oraz f) zasada *pacta sunt servanda*, g) zasada ochrony interesów w toku, h) nakaz stosowania przepisów przejściowych, i) zasada proporcjonalności. Przedstawiony katalog nie stanowi *numerus clausus* wszystkich zasad poprawnej legislacji służących realizacji zasady ochrony zaufania obywateli do państwa i do stanowionego przez nie prawa. Podkreślenia jednak wymaga fakt, że przywołane powyżej zasady poprawnej legislacji są zaliczane przez T. Zalesińskiego do różnych katalogów – elementów zasady poprawnej legislacji ze względu na kryterium, jakim jest zgodność z Konstytucją RP. Fakt, że zasady przynależące do różnych grup w teorii T. Zalesińskiego zostały ujęte w jednym katalogu jako realizujące kryterium zaufania obywateli, świadczy o tym, iż zasady poprawnej legislacji bez względu na „rangę” dążą do realizacji ochrony zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa.

W tym miejscu warto powtórnie wskazać za S. Wronkowską, że zasada poprawnej legislacji w ujęciu szerokim obejmuje wszelkie wskazania, jak poprawnie dokonywać rozstrzygnięć legislacyjnych, zaś w ujęciu wąskim obejmuje tylko takie spośród wskazań, których naruszenie powoduje, iż akt obarczony jest wadą istotną i w konsekwencji jest niekonstytucyjny⁸². W tym kontekście należy podkreślić, że pomimo niedopuszczalności powołania art. 2 Konstytucji RP jako wyłącznej podstawy złożenia skargi konstytucyjnej, w postępowaniach zainicjowanych wnioskiem złożonym na podstawie art. 188 w zw. z art. 191 Konstytucji RP, TK orzekał o niezgodności obowiązujących z konstytucją przepisów wyłącznie w oparciu o zasadę ochrony zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa⁸³. Wobec powyższego, zasadne jest stwierdzenie, że zasada ochrony zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa może być uznana jako zasada poprawnej legislacji zarówno w ujęciu wąskim, jak i szerokim. Ponadto, wymaga podkreślenia, że naruszenie zasady ochrony zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa nie oznacza automatycznie, że została naruszona jakakolwiek z pozostałych zasad poprawnej legislacji, podczas gdy złamanie jakiejkolwiek zasady poprawnej legislacji powoduje *de facto* naruszenie zasady ochrony zaufania

⁸¹ T. Zalesiński, *Zasada...*, s. 51.

⁸² S. Wronkowska, *Zasady...*, s. 671–672.

⁸³ Zob. wyrok TK z 14.12.2017 r., K 36/15, KSAG 2018/1, s. 138. Por. M. Zubik, W. Sokolewicz, *Komentarz...*, [w:] *Konstytucja...*, t. I...

obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa. Z uwagi na powyższe, wydaje się, że przy przyjęciu kryterium zaufania obywateli do stanowionego prawa, zasada ochrony zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa ma pozycję nadrzędną względem pozostałych zasad poprawnej legislacji i może zostać uznana za dyrektywę procesu legislacyjnego.

9. NADRZĘDNOŚĆ ZASADY OCHRONY ZAUFANIA OBYWATELI DO PAŃSTWA I DO STANOWIONEGO PRZEZ NIE PRAWA W ORZECZNICTWIE TK

Analiza orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego prowadzi do wniosku, że zasada zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa jest postrzegana jako zasada nadrzędna w stosunku do pozostałych zasad poprawnej legislacji. Powyższe potwierdził TK, stwierdzając, że w zasadzie ochrony zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa „mieści się przewidywalność prawa, jego zrozumiałość, precyzja i stabilność, nakazy niedziałania prawa wstecz i poszanowanie interesów w toku, ochrona praw nabytych czy stanowienie odpowiedniej *vacationis legis*, umożliwiającej dostosowanie się do zmienionych regulacji i spokojne podjęcie decyzji o dalszym postępowaniu. Można też ująć ją jako adresowany do władz publicznych nakaz stanowienia i stosowania prawa w taki sposób, by nie stawało się ono pułapką na obywateli, czy też zakaz formułowania obietnic bez pokrycia albo też nagłego wycofywania się przez państwo ze złożonych obietnic lub ustalonych reguł postępowania. Obywatele powinni bowiem mieć pewność, że ich działania są zgodne z prawem i za takowe będą uważane również w przyszłości”⁸⁴.

W orzecznictwie TK podkreśla się, że z zasady ochrony zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa wynikają zasady tworzenia prawa określane mianem zasad prawidłowej legislacji, do których należą m.in.: zasada niedziałania prawa wstecz, zasada ochrony praw słusznie nabytych, zasada *pacta sunt servanda*, zasada poszanowania interesów w toku, zasada stosowania odpowiedniej *vacatio legis*, zakaz zmiany prawa podatkowego w trakcie trwania roku podatkowego, zasada określoności przepisów prawa⁸⁵. Warto podkreślić, że TK wskazał jednoznacznie, że: „same zasady poprawnej legislacji nie miałyby jednak znaczenia, gdyby rozpatrywane były w oderwaniu od celu, któremu służą. Zadaniem zasad poprawnej legislacji jest bowiem realizacja zasady ochrony zaufania jednostki do państwa i stanowionego przez nie prawa”⁸⁶. Ponadto, nadrzędna pozycja zasady ochrony zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa została potwierdzona przez TK, który wskazał *explicite*, że: „dopiero jeżeli dana regulacja prawna okazuje się niejasna w sposób kwalifikowany, uzasadnia to stwierdzenie jej niekonstytucyjności ze względu na naruszenie zasady poprawnej legislacji, będącej komponentem zasady zaufania jednostki do państwa i stanowionego przez nie prawa, wywiedzionej z zasady demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji), wzmocnionej – ewentualnie – przez przepisy ustawy zasadniczej ustalające

⁸⁴ Wyrok TK z 14.12.2017 r., K 36/15.

⁸⁵ Wyrok TK z 24.11.2016 r., K 11/15, OTK-A 2016, poz. 93.

⁸⁶ Wyrok TK z 10.01.2012 r., P 19/10, OTK-A 2012/1, poz. 2.

szczególne wymogi co do określoności przepisów prawnych w niektórych gałęziach prawa czy w odniesieniu do niektórych zagadnień (prawo karne, prawo daninowe, ograniczenia praw i wolności gwarantowanych konstytucyjnie)⁸⁷. Wymaga także podkreślenia, że TK wielokrotnie zaliczał poszczególne zasady prawidłowej legislacji takie jak: *inter alia* ochronę praw nabytych i ekspektatyw, uwzględnianie interesów w toku, zakaz retroakcji, czy też wymóg odpowiedniej *vacatio legis* jako składniki zasady ochrony zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa⁸⁸.

Podczas dokonywania analizy zasady ochrony zaufania obywateli do państwa i do stanowionego przez nie prawa TK podniósł dodatkową, wynikającą z niej wartość jaką jest pewność prawa. Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie przypominał znaczenie zasady ochrony zaufania jednostki do państwa i prawa, stwierdzając m.in., że zasada ta „opiera się na pewności prawa, a więc takim zespole cech przysługujących prawu, które zapewniają jednostce bezpieczeństwo prawne; umożliwiają jej decydowanie o swoim postępowaniu w oparciu o pełną znajomość przesłanek działania organów państwowych oraz konsekwencji prawnych, jakie jej działania mogą pociągnąć za sobą. Jednostka winna mieć możliwość określenia zarówno konsekwencji poszczególnych zachowań i zdarzeń na gruncie obowiązującego w danym momencie systemu jak też oczekiwać, że prawodawca nie zmieni ich w sposób arbitralny. Bezpieczeństwo prawne jednostki związane z pewnością prawa umożliwia więc przewidywalność działań organów państwa, a także prognozowanie działań własnych”⁸⁹.

Wobec wyżej przytoczonego orzecznictwa TK trafna wydaje się teza, że zasada zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa ma charakter nadrzędny w stosunku do innych zasad prawidłowej legislacji, zatem powinna być traktowana jako dyrektywa procesu legislacyjnego.

10. ZAKOŃCZENIE

Powyższa analiza skłania do wniosku, że poprzez stosowanie zasad poprawnej legislacji realizowany jest cel wynikający z zasady ochrony zaufania obywateli do państwa i do stanowionego przez nie prawa. W dotychczasowych opracowaniach dotyczących techniki prawodawczej zauważalny jest brak postawienia jasnej tezy, jakoby przedmiotowa zasada miała pozycję nadrzędną w stosunku do pozostałych zasad poprawnej legislacji, przez co traktowana jest jako dyrektywa procesu legislacyjnego. Jednocześnie, podczas przedstawiania istoty poszczególnych zasad poprawnej legislacji podaje się, że ściśle korespondują one z zasadą ochrony zaufania obywateli do państwa i do stanowionego przez nie prawa. Liczne odniesienia do zasady ochrony zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa wskazują, że mamy do czynienia z zasadą o szerokim znaczeniu, która w konsekwencji „pochłania” wybiórcze cele pozostałych zasad. Zgodnie z powyższym wydaje się, że zasada ochrony zaufania obywateli do państwa i do stanowionego przez nie prawa jest dyrektywą procesu legislacyjnego, zatem powinna być w szczególności sposób respektowana przez racjonalnego prawodawcę.

⁸⁷ Wyrok TK z 13.12.2017 r., SK 48/15, OTK-A 2018, poz. 2.

⁸⁸ Zob. wyroki TK: z 28.06.2017 r., P 63/14, OTK-A 2017, poz. 55; z 28.06.2016 r., SK 31/14, OTK-A 2016, poz. 51.

⁸⁹ Wyrok TK z 3.12.2007 r., SK 45/06, OTK-A 2007/11, poz. 152.

Abstract

Justyna Węglińska, *The Principle of Protection of Citizens' Trust in the State and the Law it Makes as a Directive of Appropriate Legislation*

This article aims to demonstrate the superior position of the principle of protection of citizens' trust in the state and the law it makes with respect to other principles of appropriate legislation stemming from Article 2 of the Constitution of Poland. This article presents the concept of principles of appropriate legislation as well as the genesis and legal basis of the titular principle. Importantly, this paper underscores the role of the principle of protection of citizens' trust in the state and the law it makes in the case law of the Polish Constitutional Tribunal.

The aim of this article was realized by using the formal and dogmatic method as well as axiological and historical methods of research (the latter as an auxiliary method).

Keywords: principles of appropriate legislation, trust, security, legislation

Streszczenie

Justyna Węglińska, *Zasada ochrony zaufania obywateli do państwa i do stanowionego przez nie prawa jako dyrektywa poprawnej legislacji*

Niniejszy artykuł ma na celu przedstawienie nadrzędnej pozycji zasady ochrony zaufania obywateli do państwa i do stanowionego przez nie prawa w stosunku do pozostałych zasad poprawnej legislacji, wynikających z zasady demokratycznego państwa prawa określonej w art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. W artykule zaprezentowano pojęcie zasad poprawnej legislacji oraz genezę i podstawę prawną tytułowej zasady. Ważnym elementem niniejszego artykułu jest również przedstawienie roli, jaką odgrywa zasada ochrony zaufania obywateli do państwa i do stanowionego przez nie prawa w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego.

Realizację celu badawczego umożliwiło posłużenie się metodą formalno-dogmatyczną, aksjologiczną i pomocniczo historyczną.

Słowa kluczowe: zasady poprawnej legislacji, zaufanie, bezpieczeństwo, legislacja

Literatura:

1. Aleksandrowicz M., Jamróz A., Jamróz L. [red.], *Demokratyczne państwo prawa: Zagadnienia wybrane*, Białystok 2014;
2. Bafia J., *Zasady tworzenia prawa*, Warszawa 1980;
3. Banaszak B., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009;
4. Barankiewicz T., *Etyczne standardy administracji publicznej Unii Europejskiej* [w:] *Etyka prawnicza. Stanowiska i perspektywy*, red. H. Izdebski, P. Skuczyński, Warszawa 2008;
5. Chmaj M., Zientarski P., *Ochrona słusznych interesów ubezpieczonych a prawa ubezpieczycieli*, Wiadomości Ubezpieczeniowe 2005, nr 1;
6. Fuller L.L., *Moralność prawa*, Warszawa 1978;
7. Garlicki L., Zubik M. [red.] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. I, wyd. II, LEX/el. 2016;
8. Jaworska-Dębska B., Duniewska Z., Michalska-Badziak R., Olejniczak-Szałowska E., *Prawo administracyjne: Pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, Warszawa 2013;

9. Kordela M., *Zasady prawa. Studium teoretycznoprawne*, Poznań 2014;
10. Kość A., *Podstawy filozofii prawa*, Lublin 2005;
11. Łętowska E., Sobczak K., *Rzeźbienie państwa prawa. 20 lat później. Ewa Łętowska w rozmowie z Krzysztofem Sobczakiem*, Warszawa 2012;
12. Mikołajewicz J., Smolak M., *Zasada demokratycznego państwa prawnego w aksjologii Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej* [w:] *Państwo prawa. Demokratyczne państwo prawne*, red. J. Kowalski, Warszawa 2008;
13. Morawska E., *Klauzula państwa prawnego w Konstytucji RP na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, Toruń 2003;
14. Oniszczyk J., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Kraków 2000;
15. Potrzeszcz J., *Bezpieczeństwo prawne z perspektywy filozofii prawa*, Lublin 2013;
16. Potrzeszcz J., *Idea prawa w orzecznictwie polskiego Trybunału Konstytucyjnego*, Lublin 2007;
17. Safjan M., Bosek L. [red.] *Konstytucja RP, t. I, Komentarz do art. 1–86*, Legalis/el. 2016;
18. Skrzydło W., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2013;
19. Sztompka P., *Zaufanie. Fundament społeczeństwa*, Kraków 2007;
20. Tuleja P. [red.] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, LEX/el. 2019;
21. Wierczyński G., *Redagowanie i ogłaszanie aktów normatywnych. Komentarz*, Warszawa 2010;
22. Wrótkowska S., *Zasady przyzwoitej legislacji w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego* [w:] *Księga XX-lecia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, red. M. Zubik, Warszawa 2006;
23. Wrótkowska S., Zieliński M., *Zasady techniki prawodawczej. Komentarz*, Warszawa 2004;
24. Wyrzykowski M., *Konstytucja z komentarzem*, Warszawa 1995;
25. Zając W., *Przepisy przejściowe a zasada działania nowego prawa wprost*, Dobre praktyki legislacyjne – Rządowe Centrum Legislacji, Warszawa 2010;
26. Zalaśński T., *Zasada prawidłowej legislacji jako podstawa kontroli konstytucyjności prawa*, Przegląd Legislacyjny 2006, nr 3;
27. Zalaśński T., *Zasada prawidłowej legislacji w poglądach Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2008;
28. Zaleśny J., *Zasady prawidłowej legislacji*, Studia politologiczne 2009, nr 13.

Edyta Figura-Góralczyk*

O potrzebie utworzenia wyspecjalizowanych sądów do rozstrzygania międzynarodowych spraw handlowych – doświadczenia Niemiec oraz innych wybranych państw członkowskich UE**

1. WSTĘP

Wystąpienie Wielkiej Brytanii z Unii Europejskiej (brexit) jest przyczynkiem do dyskusji w zakresie wielu aspektów funkcjonowania „przestrzeni prawnej” w Unii. Jednym z nich jest kwestia rozpatrywania spraw handlowych z elementem międzynarodowym przez wyspecjalizowane sądy w niektórych państwach członkowskich UE zamiast jak dotąd w Wielkiej Brytanii. W polskiej doktrynie pojawiły się głosy, wypowiadające się za powołaniem wyspecjalizowanych sądów korporacyjnych¹ oraz sądu dla rynku kapitałowego², które są zagadnieniami pokrewnymi do omawianego w niniejszym artykule. Analizowana poniżej problematyka nie dotyczy bowiem potrzeby powołania sądów rozpatrujących spory z zakresu prawa handlowego czy też wyspecjalizowanego sądu dla rynku kapitałowego, a obejmuje zagadnienie doświadczeń innych państw członkowskich, a zwłaszcza Niemiec, w tworzeniu sądów do rozstrzygania takich spraw handlowych, w których występuje element zagraniczny (międzynarodowy). Tego typu spory są domeną zlokalizowanego w Wielkiej Brytanii londyńskiego *Commercial Court*. Sędziowie w nim zasiadający posiadają długoletnie doświadczenie w obrębie prawa handlowego³. W tym sądzie ok. 80% rozstrzyganych spraw obejmuje spory, w których jedna ze stron pochodzi

* Autorka jest doktorem nauk prawnych, adiunktem w Katedrze Prawa Cywilnego, Gospodarczego i Prywatnego Międzynarodowego Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie, Polska, ORCID 0000-0003-4403-4707, e-mail: edyta.figura-goralczyk@uek.krakow.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autorkę: 5.11.2019 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 22.04.2020 r.

¹ Zob. szerzej A. Radwan, *Reforma polskiego prawa spółek „w działaniu”*. O potrzebie utworzenia wyspecjalizowanych sądów korporacyjnych, „Zeszyty Prawnicze” 2018/4, t. 18, s. 198 i n.

² Zob. szerzej J. Dybiński, A. Szumański, *O potrzebie utworzenia w Polsce wyspecjalizowanego sądu powszechnego dla rynku kapitałowego – analiza teoretyczna i prawoporównawcza (część 1)*, „Studia Prawa Prywatnego” 2019/41, s. 53–54; J. Dybiński, A. Szumański, *O potrzebie utworzenia w Polsce wyspecjalizowanego sądu powszechnego dla rynku kapitałowego – analiza teoretyczna i prawoporównawcza (część 2)*, „Studia Prawa Prywatnego” 2019/42, s. 12–15.

³ Szczególną sławę zdobyła Queen’s Bench Division of the High Court w Londynie, zob. A. Radwan, *Reforma...*, s. 194.

z zagranicy. Natomiast 50% toczących się przed nim spraw dotyczy sporów, w których żadna ze stron nie pochodzi z Wielkiej Brytanii. Najczęściej podstawą jurysdykcji Londyńskiego *Commercial Court* jest umowa prorogacyjna⁴. Z uwagi na brexit zaczęto się zastanawiać, w jaki sposób zachęcić strony takich spraw do ich wytaczania w innych państwach członkowskich (m.in. w Niemczech⁵, Francji⁶, Holandii, Irlandii⁷). Ponadto sama UE przeprowadziła analizy dotyczące możliwości stworzenia we wszystkich państwach członkowskich europejskiego postępowania dla międzynarodowych spraw handlowych, wyspecjalizowanych sądów orzekających w tych sprawach oraz Europejskiego Sądu Handlowego⁸.

Perspektywa niemiecka w tym kontekście jest o tyle ciekawa, że w kraju tym już od początku 2018 r. działa Wyspecjalizowany Sąd do rozstrzygania międzynarodowych spraw handlowych przy Sądzie Krajowym we Frankfurcie nad Menem (*Kammer für internationale Handelssachen bei dem Landgericht Frankfurt am Main* – dalej KIHS, o którym szerzej w pkt 2.)⁹. Doświadczenia niemieckie należy porównać do inicjatyw innych państw członkowskich UE, w tym przede wszystkim Francji, Holandii oraz Irlandii, w których również doszło do aktywnych działań w tym zakresie (o czym szerzej w pkt 3.). Ramy niniejszego opracowania nie pozwalają jednak na próbę zmierzenia się z pytaniem, w jaki sposób można by podobną inicjatywę realizować w Polsce. Niemniej we wnioskach wskazano na celowość utworzenia takiego sądu oraz przedstawiono, jakimi cechami powinien się charakteryzować potencjalny wyspecjalizowany sąd do rozstrzygania międzynarodowych spraw handlowych mający swoją siedzibę w Polsce.

2. WYSPECJALIZOWANY SĄD DO ROZSTRZYGANIA MIĘDZYNARODOWYCH SPRAW HANDLOWYCH WĘ FRANKFURCIE NAD MENEM

2.1. W Niemczech już w 2010 r., w celu zachęcenia zagranicznych stron do toczenia postępowań przed sądami tego kraju, landy Nadrenia Północna-Westfalia, Hamburg, Hesja oraz Dolna Saksonia przygotowały projekt ustawy o utworzeniu wydziałów

⁴ Zob. B. Hess [w:] M. Weller, *The Justice Initiative Frankfurt am Main 2017*, <http://conflictoflaws.net/2017/the-justice-initiative-frankfurt-am-main-2017-law-made-in-frankfurt/> (dostęp: 9.06.2020 r.) oraz *Portland's Commercial Courts Report 2018*, dostępny na stronie: <https://portland-commercial-courts-report-2018.pdf> (dostęp: 9.06.2020 r.).

⁵ Zob. E. Figura-Góralczyk, *Wyspecjalizowany sąd do międzynarodowych spraw handlowych (Kammer für internationale Handelssachen bei dem Landgericht Frankfurt am Main) – rozwiązanie niemieckie z 2018 r.*, Warszawa 2019, *passim*, https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2019/09/IWS_Figura-G%C3%B3ralczyk-E._Wyspecjalizowany-s%C4%85d-do-mi%C4%99dzynar.-spraw-handlowych-rozwi%C4%85zanie-niemieckie.pdf (dostęp: 9.06.2020 r.).

⁶ Zob. O. Bobrzyńska, *Wyspecjalizowany sąd do międzynarodowych spraw handlowych – rozwiązanie francuskie z 2018 r.*, Warszawa 2019, *passim*, https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2019/09/IWS_Bobrzy%C5%84ska-O._Wyspecjalizowany-s%C4%85d-do-mi%C4%99dzynar.-spraw-handlowych-rozwi%C4%85zanie-francuskie-z-2018-r.pdf (dostęp: 9.06.2020 r.).

⁷ Odnosnie do Holandii oraz Irlandii zob. M. Derek, *Wyspecjalizowane sądy do międzynarodowych spraw handlowych – nowe rozwiązania w Beneluksie i Irlandii*, Warszawa 2019, *passim*, https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2019/09/IWS_Derek-M._Wyspecjalizowany-s%C4%85d-do-mi%C4%99dzynar.-spraw-handlowych-nowe-rozwi%C4%85zania-w-Beneluksie-i-Irlandii.pdf (dostęp: 9.06.2020 r.).

⁸ Zob. G. Rühl, *Study of the JURI Committee: Building Competence in Commercial Law in the Member States*, PE 604.980, wrzesień 2018 r., *passim*, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604980/IPOLE_STU\(2018\)604980_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604980/IPOLE_STU(2018)604980_EN.pdf) (dostęp: 9.06.2020 r.).

⁹ Odnosnie do wcześniejszych doświadczeń w Niemczech zob. H. Hoffmann, *Kammern für internationale Handelssachen*, Baden-Baden 2011, *passim*.

do międzynarodowych spraw handlowych¹⁰. Wprowadzał on m.in. możliwość prowadzenia postępowania przed tymi wydziałami w języku angielskim. Projekt ten jednak nie doczekał się uchwalenia.

Mimo niewprowadzenia wyraźnej regulacji dotyczącej wydziałów do międzynarodowych spraw handlowych, już w 2010 r. przeprowadzono w Niemczech w kilku sądach krajowych (*Landgerichte*) postępowania, w których strony mogły się ustnie posługiwać językiem angielskim, jeżeli złożyły w tym zakresie zgodny wniosek¹¹. Jednym z przykładów takich postępowań jest sprawa o sygn. akt LG, Az. 38 O 1/11, którą w 2011 r. prowadził 38 Wydział Cywilny Sądu Krajowego w Kolonii¹². W tej sprawie ustne postępowanie odbyło się w języku angielskim, ale protokół oraz zawarta ugoda zostały sporządzone już w języku niemieckim¹³.

W kolejnych latach kontynuowano próby zmiany prawa w Niemczech zgodnie z wyżej wymienionym projektem ustawy o utworzeniu wydziałów do międzynarodowych spraw handlowych. W 2014 r. kraje związkowe Nadrenia Północna-Westfalia, Hamburg oraz Dolna Saksonia wniosły kolejny już projekt ustawy o utworzeniu wydziałów do międzynarodowych spraw handlowych¹⁴. Był on oparty na wyżej wymienionym projekcie z 2010 r. Jednak również projekt z 2014 r. nie został uchwalony. Z uwagi na zakończenie kadencji niemieckiego parlamentu projekt został ponownie wniesiony w 2018 r. przez landy Nadrenia Północna-Westfalia, Bawaria, Hamburg, Hesja oraz Dolna Saksonia¹⁵. Do chwili obecnej projekt ten nie doczekał się jednak uchwalenia¹⁶.

Projekt z 2018 r. wprowadza zmiany przede wszystkim w zakresie niemieckiej ustawy o ustroju sądownictwa (*Gerichtsverfassungsgesetz*, GVG¹⁷) oraz niemieckiego Kodeksu postępowania cywilnego (*Zivilprozessordnung*, ZPO¹⁸). Z perspektywy omawianej problematyki najistotniejsza zmiana dotyczy § 184 GVG, zgodnie z którym postępowanie przed wydziałami do międzynarodowych spraw handlowych

¹⁰ Entwurf eines Gesetzes zur Einführung von Kammern für internationale Handelssachen (KfiHG). Antrag der Länder Nordrhein-Westfalen, Hamburg und Hessen, Niedersachsen, Drucksache 42/10, informacja o projekcie m.in. w: Plenarprotokoll der 869. Sitzung des Bundesrats, Berlin, 7.05.2010 r., s. 118a, dostępny na stronie: https://www.bundesrat.de/SharedDocs/downloads/DE/plenarprotokolle/2010/Plenarprotokoll-869.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (dostęp: 10.06.2020 r.); C.A. Kern, *English as a Court Language in Continental Courts*, "Erasmus Law Review" 2012, Vol. 5(3), s. 199–200.

¹¹ Zob. M.W. Huff, *Modellprojekt in NRW. LG Köln goes international*, Legal Tribune Online, 29.11.2011 r., <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/modellprojekt-in-nrw-lg-koeln-goes-international/> (dostęp: 10.06.2020 r.).

¹² Zob. M.W. Huff, *Modellprojekt...*

¹³ Zob. M.W. Huff, *Modellprojekt...*

¹⁴ Gesetzesantrag der Länder Nordrhein-Westfalen, Hamburg, Niedersachsen, 6.03.2014 r., Entwurf eines Gesetzes zur Einführung von Kammern für internationale Handelssachen (KfiHG), Bundesrat Drucksache 93/14, dostępny na stronie: <https://www.cr-online.de/93-14.pdf> (dostęp: 31.10.2019 r.); Gesetzentwurf des Bundesrates, 14.03.2014 r., Entwurf eines Gesetzes zur Einführung von Kammern für internationale Handelssachen (KfiHG), Bundesrat Drucksache 93/14 (Beschluss), dostępny na stronie: [https://www.cr-online.de/93-14\(B\).pdf](https://www.cr-online.de/93-14(B).pdf) (dostęp: 10.06.2020 r.), dalej – projekt z 2014 r.

¹⁵ Gesetzesantrag der Länder Nordrhein-Westfalen, Bayern, Hamburg, Hessen, Niedersachsen, 20.02.2018 r., Entwurf eines Gesetzes zur Einführung von Kammern für internationale Handelssachen (KfiHG), Drucksache 53/18, dostępny na stronie: <http://dipbt.bundestag.de/dip21/brd/2018/0053-18.pdf> (dostęp: 10.06.2020 r.) – dalej Entwurf 53/18 lub projekt z 2018 r.

¹⁶ Informacja o stanie procesu legislacyjnego na stronie: <http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP19/2321/232172.html> (dostęp: 10.06.2020 r.).

¹⁷ Ustawa o ustroju sądownictwa (*Gerichtsverfassungsgesetz*), <https://www.gesetze-im-internet.de/gvg/> (dostęp: 10.06.2020 r.).

¹⁸ Niemiecki Kodeks postępowania cywilnego (*Zivilprozessordnung*), <https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/> (dostęp: 10.06.2020 r.).

w sądach krajowych (*Landgerichte*) oraz w ramach środka odwoławczego od ich orzeczeń przed wydziałami wyższych sądów krajowych (*Oberlandesgerichte*) toczy się w języku angielskim¹⁹. Należy podkreślić, że zgodnie z projektem z 2018 r. zarówno protokół, jak i orzeczenie w tym postępowaniu w pierwszej i drugiej instancji są sporządzane w języku angielskim²⁰. Projekt z 2018 r. przewiduje również możliwość prowadzenia postępowania w języku angielskim przed niemieckim Trybunałem Federanym (*Bundesgerichtshof*, BGH)²¹.

2.2. Mimo niewprowadzenia do dnia dzisiejszego zmian w zakresie przepisów dotyczących postępowania przed wydziałami do międzynarodowych spraw handlowych w Niemczech 1.01.2018 r. rozpoczął swoją działalność Wyspecjalizowany Sąd do rozstrzygania międzynarodowych spraw handlowych przy Sądzie Krajowym we Frankfurcie nad Menem (*Kammer für internationale Handelssachen bei dem Landgericht Frankfurt am Main*)²².

Zanim został utworzony KIHs, przeprowadzono debatę w środowisku prawników praktyków oraz teoretyków w celu określenia organizacji tego wydziału²³. Ministerstwo Sprawiedliwości kraju związkowego Hesja zorganizowało 30.03.2017 r. konferencję, na której zaprezentowano plany utworzenia KIHs. Na tej konferencji profesorowie B. Hess, T. Pfeiffer, C. Duve oraz przewodniczący Wyższego Sądu Krajowego we Frankfurcie nad Menem – R. Poseck przedstawili dogłębną analizę postulowanego sposobu funkcjonowania sądu dla międzynarodowych spraw handlowych w Niemczech²⁴.

Kolejnym etapem było wydanie 2.11.2017 r. oficjalnego oświadczenia o utworzeniu KIHs w ramach Sądu Krajowego we Frankfurcie nad Menem (*Landgericht Frankfurt am Main*), w którym to oświadczeniu oznaczono dzień 1.01.2018 r. jako pierwszy dzień działalności KIHs²⁵. Zasoby rzeczowe oraz osobowe dla KIHs zostały sfinansowane przez rząd landu Hesja (*Hessische Landesregierung*)²⁶.

Wyspecjalizowany sąd do rozstrzygania międzynarodowych spraw handlowych przy Sądzie Krajowym we Frankfurcie nad Menem został ukonstytuowany w ten sposób, że dotychczasowy drugi wydział do spraw handlowych Sądu Krajowego we Frankfurcie nad Menem stał się na podstawie tzw. planu podziału zadań (*Geschäftsverteilung*) na 2018 r., wydawanego przez Prezydium tego sądu, Wydziałem

¹⁹ Projektowany § 184 (2) GVG, Entwurf 53/18, s. 2–3.

²⁰ Projektowany § 184 (2) GVG, Entwurf 53/18, s. 2–3.

²¹ Projektowany § 184 (3) GVG, Entwurf 53/18, s. 3.

²² Oświadczenie o utworzeniu KIHs w ramach Sądu Krajowego we Frankfurcie nad Menem (*Landgericht Frankfurt am Main*). Informacja zamieszczona na stronie sądu pt. *Das Landgericht Frankfurt am Main beabsichtigt, ab Januar 2018 eine englischsprachige Kammer für Handelssachen einzurichten*, dostępna na stronie: <https://ordentliche-gerichtsbarkeit.hessen.de/pressemitteilungen/englischsprachige-kammer-f%C3%BCr-handelssachen-ab-januar-2018> (dostęp: 31.10.2019 r.).

²³ Podobną inicjatywę próbowano wprowadzić w Sądzie Krajowym w Düsseldorfie. Jednak nie powstał w nim wydział zajmujący się międzynarodowymi sprawami handlowymi. Zob. G. Rühl, *Study of...*, s. 39.

²⁴ Zob. szerzej M. Weller, *The Justice Initiative Frankfurt am Main 2017*, informacja napisana przez B. Hessa, dyrektora Wykonawczego Instytutu Maxa Plancka w Luksemburgu zajmującego się prawem procesowym, <http://conflictoflaws.net/2017/the-justice-initiative-frankfurt-am-main-2017-law-made-in-frankfurt/> (dostęp: 10.06.2020 r.).

²⁵ Informacja zamieszczona na stronie sądu pt. *Das Landgericht Frankfurt am Main beabsichtigt, ab Januar 2018, eine englischsprachige Kammer für Handelssachen einzurichten*, dostępna na stronie: <https://ordentliche-gerichtsbarkeit.hessen.de/pressemitteilungen/englischsprachige-kammer-f%C3%BCr-handelssachen-ab-januar-2018> (dostęp: 10.06.2020 r.).

²⁶ Informacja zamieszczona na stronie sądu pt. *Das Landgericht Frankfurt am Main...*

do rozstrzygania międzynarodowych spraw handlowych (KIHS). Zgodnie z obecnie obowiązującym planem podziału zadań na 2019 oraz 2020 r. jest to Drugi Wydział do spraw handlowych – Międzynarodowy Wydział do spraw handlowych (2. *Kammer für Handelssachen – Internationale Kammer für Handelssachen*)²⁷.

Jak już podkreślano powyżej, KIHS powstał bez zmiany dotychczas obowiązującego prawa niemieckiego. Prezydium Sądu Krajowego we Frankfurcie nad Menem, wykorzystując ustawę o ustroju sądownictwa na podstawie jej § 21e (1), określiło w ramach planu podziału zadań (*Geschäftsverteilung*) na 2018 r.²⁸, że drugi Wydział do spraw handlowych zajmie się rozpatrywaniem międzynarodowych spraw handlowych w języku angielskim.

Postępowanie przed KIHS uregulowano w wyżej wymienionym planie podziału zadań²⁹. W pozostałym zakresie do postępowania przed KIHS znajdują zastosowanie przepisy ZPO oraz GVG. Sprawy handlowe, w których orzeka KIHS, mają dwie cechy: charakteryzują się elementem międzynarodowym, a ponadto strony oświadczają, że chcą prowadzić postępowanie w języku angielskim bez tłumacza³⁰.

2.3. Najistotniejszym atutem KIHS, który powinien przyciągnąć strony do wytaczania spraw przed tym sądem, jest dopuszczenie ustnego postępowania w języku angielskim. W sytuacji, gdy wszystkie strony biorące udział w postępowaniu posługują się bardzo dobrze językiem obcym, sąd może wyłączyć konieczność korzystania z tłumacza w postępowaniu sądowym zgodnie z § 185 (2) GVG. Ponadto w sprawach, w których strony mogą wybrać jurysdykcję sądu, nie jest konieczne wezwanie tłumacza, jeżeli sędzia zna bardzo dobrze język, którym chcą się w postępowaniu posługiwać jego strony na podstawie § 185 (3) GVG. Innymi słowy, ustawa o ustroju sądownictwa (GVG) daje sądowi niemieckiemu władzę dyskrecyjną, która pozwala mu na prowadzenie postępowania ustnego w języku angielskim, jeśli wszystkie strony znają ten język³¹, i jeśli wszystkie strony postępowania zgadzają się na toczenie sprawy w tym języku³². Paragraf 169 GVG, który wyraża zasadę publicznego procesu, również nie stanowi przeszkody w prowadzeniu postępowania ustnego w języku angielskim przed sądami niemieckimi³³.

Natomiast w pozostałym zakresie (poza postępowaniem ustnym) strony muszą korzystać przed KIHS z języka niemieckiego. Dzieje się tak dlatego, że zgodnie

²⁷ Plan podziału zadań dla Sądu Krajowego we Frankfurcie nad Menem z 2019 r. (*Geschäftsverteilung für das Landgericht Frankfurt am Main*, 2019), stan na: 13.02.2019 r., s. 88, dostępny w języku niemieckim na stronie: <https://ordentliche-gerichtsbarkeit.hessen.de/sites/ordentliche-gerichtsbarkeit.hessen.de/files/Gesch%C3%A4ftsverteilung%202019%20Stand%2013.02.2019-%20Internet.pdf> (dostęp: 31.10.2019 r.); Plan podziału zadań dla Sądu Krajowego we Frankfurcie nad Menem z 2020 r. (*Geschäftsverteilung für das Landgericht Frankfurt am Main* 2020) stan na: 4.06.2020 r., s. 97, dostępny w języku niemieckim na stronie: https://ordentliche-gerichtsbarkeit.hessen.de/sites/ordentliche-gerichtsbarkeit.hessen.de/files/GVP%202020_Stand%2004.06.2020-o.TV_.pdf (dostęp: 10.06.2020 r.) – dalej plan podziału zadań z 2020 r.

²⁸ Zgodnie z § 21e (9) GVG nie ma wymogu publikacji planu podziału zadań, ale prezes lub sędzia nadzorujący ma obowiązek udostępnić go do wglądu w siedzibie sądu.

²⁹ Plan podziału zadań z 2020 r., s. 43.

³⁰ G. Rühl, *Study of...*, s. 39.

³¹ Zob. C.A. Kern, *English as a Court...*, s. 197.

³² Informacja zamieszczona na stronie sądu pt. *Das Landgericht Frankfurt am Main...*

³³ Zob. szerzej M. Wallimann, *Der Unmittelbarkeitsgrundsatz im Zivilprozess, Dogmatik und Zukunftsperspektiven eines Verfahrensgrundsatzes im 21. Jahrhundert – zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Verfahrenslehre*, Tybinga 2016, s. 364, za: m.in. W. Ewer, *Das Öffentlichkeitsprinzip – ein Hindernis für die Zulassung von Englisch als konsensualoptionaler Gerichtssprache?*, „Neue Juristische Wochenschrift” 2010/19, s. 1324 i n.; G.-P. Calliess, *Englisch als Gerichtssprache und Öffentlichkeitsprinzip* w: *Festschrift für Franz Jürgen Säcker zum 70. Geburtstag*, red. D. Joost, H. Oetker, M. Paschke, Monachium 2011, s. 1045 i n.

z § 184 GVG językiem sądu jest język niemiecki³⁴. Dlatego zarówno orzeczenie, jak i protokół są sporządzane przez KIHS w języku niemieckim. Jednak na podstawie § 185 (1) zd. 2 GVG wypowiedzi (*Aussagen*) oraz oświadczenia (*Erklärungen*) powinny być zapisane w protokole lub w załączniku do protokołu w języku obcym (np. w języku angielskim), jeśli sędzia uzna to za konieczne ze względu na ich istotność dla sprawy oraz w takim zakresie, w jakim w ocenie sędziego są one niezbędne ze względu na ich znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. Natomiast niemiecki Kodeks postępowania cywilnego w § 142 (3) pozostawia do dyskrecyjnej władzy sędziego decyzję o tym, aby dokumenty sporządzone w języku obcym zostały przez stronę dostarczone wraz z tłumaczeniem. Innymi słowy, od decyzji sądu zależy, czy dokumenty sporządzone w języku obcym np. angielskim należy tłumaczyć na język niemiecki³⁵.

Podsumowując, wyłącznie postępowanie ustne przed KIHS może na wniosek stron toczyć się w języku angielskim bez udziału tłumacza. Decyzję w tym zakresie podejmuje KIHS, biorąc pod uwagę wnioski stron³⁶. Natomiast protokół, orzeczenie³⁷ oraz środki odwoławcze powinny być sporządzone w języku niemieckim. Orzeczenie może być przetłumaczone na język angielski.

2.4. Kolejnym istotnym elementem jest skład orzekający KIHS. Podobnie jak inne niemieckie wydziały do spraw handlowych KIHS – co do zasady – orzeka w składzie trzyosobowym, składającym się z: 1) przewodniczącego, wybieranego spośród sędziów zawodowych Sądu Krajowego dla Frankfurtu nad Menem oraz 2) dwóch sędziów handlowych zgodnie z § 105 (1) GVG. Przewodniczący jest sędzią zawodowym Sądu Krajowego we Frankfurcie nad Menem powołanym dożywotnio. Z kolei dwaj sędziowie handlowi są przedsiębiorcami mianowanymi sędziami z polecenia Izby Przemysłu i Handlu (*Industrie- und Handelskammer*) zgodnie z § 108 GVG na okres 5 lat³⁸. Dopuszczalne jest powtórne powołanie tych samych osób jako sędziów zawodowych do KIHS. Ustawa o ustroju sądownictwa określa wymogi, jakie musi spełnić sędzia handlowy³⁹. Należy podkreślić, że zarówno sędzia zawo-

³⁴ W § 184 GVG zagwarantowano Serbołużyczanom prawo do wypowiadania się w języku serbołużyckim przed sądem w okręgach zamieszkałych przez ludność serbołużycką. Zob. C.A. Kern, *English as a Court...*, s. 197, przypis 55.

³⁵ B. Hess [w:] M. Weller, *The Justice...*

³⁶ B. Hess [w:] M. Weller, *The Justice...*

³⁷ Doktryna zwraca uwagę, że orzeczenie wydane przez KIHS w języku niemieckim może być w taki sposób przygotowane, aby było możliwe szybkie przetłumaczenie jego treści na język angielski, tak B. Hess [w:] M. Weller, *The Justice...*

³⁸ Zob. Informacja dostępna na stronie KIHS w języku angielskim: *Landgericht Frankfurt am Main, Chamber for International Commercial Disputes*, <https://ordentliche-gerichtsbarkeit.hessen.de/ordentliche-gerichte/lgb-frankfurt-am-main/lg-frankfurt-am-main/chamber-international> (dostęp: 10.06.2020 r.) oraz w języku niemieckim: *Landgericht Frankfurt am Main, Kammer für internationale Handelssachen*, <https://ordentliche-gerichtsbarkeit.hessen.de/ordentliche-gerichte/lgb-frankfurt-m/lg-frankfurt-m/kammer-f%C3%BCr-internationale-handelssachen> (dostęp: 10.06.2020 r.).

³⁹ Zgodnie z § 109 (1) GVG na sędziego handlowego może zostać powołany: 1. Niemiec, 2. który ukończył 30 lat, 3. jest lub był zarejestrowany w rejestrze handlowym lub rejestrze spółdzielni jako kupiec, członek zarządu lub dyrektor osoby prawnej albo prokurent lub jako członek zarządu osoby prawnej prawa publicznego, która na podstawie szczególnej regulacji ustawowej dla tej osoby prawnej nie musi być zarejestrowana. W świetle § 109 (2) GVG każdy, kto spełnia te warunki, może zostać powołany tylko wtedy, gdy: 1. mieszka w okręgu Wydziału do spraw handlowych lub 2. ma w tym okręgu siedzibę handlową albo 3. należy do przedsiębiorstwa, które ma swoją siedzibę lub oddział w tym okręgu. Ponadto, może zostać wyłącznie powołany: 1. prokurent, jeżeli przyjmuje w przedsiębiorstwie samodzielną funkcję, porównywalną z czynnościami przedsiębiorcy, 2. członek zarządu spółdzielni, jeżeli pracuje w pełnym wymiarze godzin

dowy, jak i sędzia handlowy mają na podstawie § 105 (2) GVG równą wagę głosu. Sędziowie handlowi mają także podczas trwania kadencji, zgodnie z § 112 GVG, takie same prawa i obowiązki jak sędziowie zawodowi.

2.5. Następną ważną kwestią jest określenie, jakie sprawy podlegają właściwości rzeczowej KIHs. Zgodnie z planem podziału zadań KIHs zajmuje się międzynarodowymi sprawami handlowymi, czyli sprawami podlegającymi właściwości wydziałów do spraw handlowych oraz niepodlegającymi właściwości innych wydziałów, jeśli dana sprawa ma element międzynarodowy i obie strony do czasu złożenia odpowiedzi na pozew oświadczą, że chcą prowadzić postępowanie ustne w języku angielskim bez udziału tłumacza⁴⁰.

Do właściwości rzeczowej KIHs należą, zgodnie z § 94 GVG, jedynie tzw. sprawy handlowe (*Handelssachen*). Paragraf 95 GVG określa rodzaje spraw, które mieszczą się w zakresie pojęcia „sprawy handlowej” jako: 1) spory cywilne, w przypadku których pozew obejmuje roszczenia przeciwko kupcowi w rozumieniu niemieckiego Kodeksu spółek handlowych (*Handelsgesetzbuch*), jeśli jest on zarejestrowany w rejestrze handlowym lub rejestrze spółdzielni albo jest osobą prawną prawa publicznego, która na podstawie szczególnej regulacji ustawowej nie musi być zarejestrowana, które to roszczenia wynikają z działalności będącej dla obu stron działalnością handlową (*Handelsgeschäft*) (§ 95 (1) 1. GVG); 2) spory wynikające z weksla w rozumieniu ustawy o wekslach (*Wechselgesetz*) lub z innego dokumentu określonego w § 363 niemieckiego Kodeksu spółek handlowych (*Handelsgesetzbuch*) (§ 95 (1) 2 GVG); 3) sprawy oparte na ustawie o czekach (§ 95 (1) 3. GVG); 4) sprawy wynikające ze stosunku prawnego między członkami spółki handlowej lub spółdzielni albo między nią a jej członkami lub między cichym wspólnikiem a właścicielem działalności gospodarczej zarówno w czasie trwania, jak i po rozwiązaniu spółki oraz ze stosunku prawnego między przełożonymi lub likwidatorami spółki handlowej lub spółdzielni oraz spółki lub jej członkami (§ 95 (1) 4. lit. a GVG); 5) sprawy ze stosunku prawnego, który dotyczy prawa do korzystania z firmy (§ 95 (1) 4. lit. b GVG); 6) sprawy ze stosunku prawnego dotyczącego ochrony znaku towarowego i innych znaków zarejestrowanych oraz wzorów przemysłowych (§ 95 (1) 4. lit. c GVG); 7) sprawy ze stosunku prawnego wynikającego z nabycia istniejącej działalności gospodarczej, powstałe między dotychczasowym właścicielem a nabywcą (§ 95 (1) 4. lit. d GVG); 8) sprawy ze stosunku prawnego między osobą trzecią a osobą odpowiadającą z tytułu braku wykazania prokury lub pełnomocnictwa handlowego (§ 95 (1) 4. lit. e GVG); 9) sprawy wynikające ze stosunków prawnych prawa morskiego (*Seerecht*), w szczególności odnoszące się do przedsiębiorstwa żeglugowego, praw i obowiązków armatora lub właściciela statku, korespondenta-armatora i załogi statku, którzy wspólnie odpowiadają za odszkodowanie w przypadku zderzenia statków, akcji ratowniczych oraz roszczeń wierzycieli statku (§ 95 (1) 4. lit. f GVG); 10) sprawy toczone na podstawie ustawy o zwalczaniu

w spółdzielni, która uczestniczy w obrocie w sposób podobny do spółki handlowej. Zgodnie z § 109 (3) GVG nie można powołać na sędziego handlowego osoby, która nie jest zdolna do pełnienia funkcji ławnika albo która zgodnie z § 33 nr 4 nie powinna być na takie stanowisko powołana. Nie należy powoływać na sędziego handlowego osoby, która zgodnie z § 33 nr 6 nie powinna być powoływana na stanowisko ławnika.

⁴⁰ Zob. Plan podziału zadań z 2020 r., s. 43.

nieuczciwej konkurencji (§ 95 (1) 5. GVG); 11) sprawy wynikające z § 21, 22, 22a, 24 oraz 24a ustawy o prospekcie emisyjnym papierów wartościowych (*Wertpapierprospektgesetz*) lub § 20–22 ustawy inwestycyjnej (*Vermögensanlagegesetz*) (§ 95 (1) 6. GVG); 12) spory, w stosunku do których właściwość sądu krajowego wynika z § 246 (3) zd. 1, § 396 (1) zd. 2 ustawy o akcjach (*Aktiengesetz*); § 51 (3) zd. 3 lub 81 (1) zd. 2 ustawy o spółkach (*Genossenschaftsgesetz*); § 87 ustawy przeciwko ograniczeniu konkurencji (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*), chyba że sprawa obejmuje roszczenia informacyjne lub odszkodowawcze z prawa kartelowego oraz ma zastosowanie § 13 (4) ustawy o wprowadzeniu w życie unijnej ochrony konsumenta (*EG-Verbraucherschutzdurchsetzungsgesetz*) (§ 95 (2) 1. GVG) oraz 13) postępowania określone w § 71 (2) nr 4 lit. b–f (§ 95 (2) 2. GVG).

Właściwość rzeczowa KIHs wymaga ponadto, aby powód skierował pozew do Wydziału do spraw handlowych. Bowiem zgodnie z § 96 (1) GVG sprawa rozpatrywana jest przez wydział do spraw handlowych, jeśli powód zażąda tego w pozwie. W takim przypadku pozew dotyczący sprawy handlowej, która wpływa do Sądu Krajowego we Frankfurcie nad Menem jest automatycznie kierowany do KIHs⁴¹. Pozwany może się zgodzić na prowadzenie postępowania przed KIHs w sprzeciwie złożonym na podstawie § 924 ZPO. Oświadczenie o wyrażeniu zgody na postępowanie przed KIHs można wyrazić najpóźniej w chwili złożenia sprzeciwu⁴².

2.6. Wyżej określone zasady dotyczące języka, składu orzekającego oraz właściwości rzeczowej KIHs, należy uzupełnić jeszcze o kilka istotnych elementów postępowania przed tym sądem, które wynikają z niemieckiej ustawy o ustroju sądownictwa oraz niemieckiego Kodeksu postępowania cywilnego. Po pierwsze, postępowanie przed KIHs jest – co do zasady – jawne, a wyrok sąd wydaje w imieniu narodu niemieckiego (*im Namen des deutschen Volkes*)⁴³. Po drugie, do istotnych odrębności postępowania przed KIHs (jako wydziału do spraw handlowych) należy przewidziana w § 114 GVG możliwość orzekania na podstawie ekspertyzy oraz wiedzy zawodowej w sprawach, w których wystarczająca jest ocena handlowa, jak i w sprawach praktyk handlowych. Po trzecie, w procesie niemieckim sędzia aktywnie kieruje postępowaniem, w tym wyznacza termin pierwszej rozprawy (w terminie od 4 do 6 miesięcy od wpłynięcia sprawy do sądu); zachęca strony do znalezienia polubownego rozwiązania; a jeśli na pierwszej rozprawie nie dojdzie do zawarcia ugody, to sąd omawia ze stronami i ich pełnomocnikami kwestie prawne i określa dalsze etapy swojego procedowania, a także, aby nie przedłużać postępowania – przesłuchuje strony⁴⁴. Zgodnie z § 139 ZPO KIHs może udzielać stronom informacji na temat kwestii prawnych i faktycznych w celu umożliwienia szybkiego i transparentnego postępowania⁴⁵. Sąd stara się w ten sposób zaplanować

⁴¹ Informacja zamieszczona na stronie sądu pt. *Landgericht Frankfurt am Main...* Odnośnie do przekazywania spraw do i z KIHs zob. E. Figura-Góralczyk, *Wyspecjalizowany sąd...*, s. 15–16.

⁴² Zob. Plan podziału zadań z 2020 r., s. 43.

⁴³ Zob. Informacja dostępna na stronie KIHs w języku angielskim: *Landgericht Frankfurt am Main Chamber...* oraz w języku niemieckim: *Landgericht Frankfurt am Main Kammer...*

⁴⁴ Zob. Informacja dostępna na stronie KIHs w języku angielskim: *Landgericht Frankfurt am Main Chamber...* oraz w języku niemieckim: *Landgericht Frankfurt am Main Kammer...*

⁴⁵ Szerzej odnośnie do § 139 ZPO zob. E. Figura-Góralczyk, *Wyspecjalizowany sąd...*, s. 18–19.

proces, aby miała miejsce oprócz rozprawy, mającej na celu przygotowanie procesu, jeszcze jedna rozprawa w celu przeprowadzenia wszystkich dowodów. W tym celu sąd może dopuścić zeznania świadków na piśmie lub przeprowadzić dowód z zeznań świadków przez wideokonferencję⁴⁶. Na podstawie § 377 (3) ZPO dopuszczalne jest przeprowadzenie dowodu z pisemnego oświadczenia świadków. Po czwarte, przed KIHS możliwe jest przeprowadzenie tzw. *German disclosure*, tj. wymiany dowodów między stronami pod nadzorem sądu zgodnie z § 142–144 ZPO⁴⁷, przez co postępowanie w Niemczech zostało zbliżone do procedury sądów angielskich. Zgodnie z § 142 (1) ZPO sąd może nakazać, aby strona lub osoba trzecia przedstawiły dokumenty, które znajdują się w ich posiadaniu i inne dokumenty, do których strona się odwołała. Sąd może wyznaczyć termin i nakazać, aby złożone dokumenty pozostały w sądzie przez określony przez niego okres. W świetle § 142 (3) ZPO sąd może także zarządzić, aby dokumenty sporządzone w języku obcym były dostarczone wraz z tłumaczeniem. Na gruncie § 143 ZPO sąd może nakazać stronom złożenie akt będących w ich posiadaniu, jeśli składają się one z dokumentów związanych z postępowaniem i orzeczeniem w sprawie. Ponadto, zgodnie z § 144 (1) ZPO sąd może nakazać przeprowadzenie oględzin lub sporządzenie opinii biegłego. Po piąte, jeżeli przeprowadzany jest dowód z zeznań świadków lub z opinii biegłego, to może on być w pełni nagrany i udostępniony stronom przez publiczny elektroniczny system landu Hesji (*das elektronische Serversystem HessenDrive*)⁴⁸. Nagrywanie rozprawy i przygotowanie z niej zapisu w formie elektronicznej umożliwiają § 160–164 ZPO⁴⁹. Po szóste, koszty postępowania przed KIHS są takie same jak przed innymi sądami niemieckimi⁵⁰.

2.7. Podsumowując, wydaje się, że strony powinny być zainteresowane prowadzeniem spraw dotyczących międzynarodowych spraw handlowych we Frankfurcie nad Menem, jeśli w Niemczech zostanie uchwalona ustawa o utworzeniu wydziałów do międzynarodowych spraw handlowych (Entwurf 53/18). Bowiem zgodnie z wyżej wymienionym projektem ma być zmieniony § 184 GVG w ten sposób, że postępowanie przed wydziałami do międzynarodowych spraw handlowych w sądach krajowych (*Landgerichte*) oraz w ramach środka odwoławczego od ich orzeczeń przed wydziałami wyższych sądów krajowych (*Oberlandesgerichte*) będzie się mogło toczyć w języku angielskim, także w tym w języku będzie sporządzany protokół oraz wydawane orzeczenie⁵¹. Niestety, projekt ten do chwili obecnej (stan na 9.06.2020 r.) nie został uchwalony.

Dlatego KIHS został utworzony na podstawie dotychczas obowiązujących w Niemczech przepisów, w tym zwłaszcza zgodnie z niemieckim Kodeksem postępowania cywilnego (ZPO) oraz ustawą o ustroju sądownictwa (GVG), a postępowanie uregulowano w planie podziału zadań (*Geschäftsverteilung*).

Podsumowując, można wyróżnić następujące, najistotniejsze cechy postępowania przed KIHS, które zostały szczegółowo omówione powyżej. Język angielski jest

⁴⁶ Zob. Informacja dostępna na stronie KIHS w języku angielskim: *Landgericht Frankfurt am Main Chamber...*

⁴⁷ B. Hess [w:] M. Weller, *The Justice...*

⁴⁸ Zob. Informacja dostępna na stronie KIHS w języku angielskim: *Landgericht Frankfurt am Main Chamber...*

⁴⁹ Szerzej odnośnie do elektronicznego protokołu zob. E. Figura-Góralczyk, *Wyspecjalizowany sąd...*, s. 21–22.

⁵⁰ Zob. Informacja dostępna na stronie KIHS w języku angielskim: *Landgericht Frankfurt am Main Chamber...*

⁵¹ Projektowany § 184 (2) GVG, Entwurf 53/18, s. 2–3.

wyłącznie językiem postępowania ustnego przed KIHs. Natomiast protokół, orzeczenie oraz środki odwoławcze powinny być sporządzone w języku niemieckim. KIHs został obsadzony przez trzech sędziów. Przewodniczącym jest powoływany dożywotnio doświadczony sędzia zawodowy Sądu Krajowego we Frankfurcie nad Menem. Z kolei dwóch pozostałych sędziów, to sędziowie handlowi, którzy są przedsiębiorcami mianowanymi z polecenia Izby Przemysłu i Handlu na okres 5 lat, z możliwością dalszego przedłużenia. KIHs zajmuje się międzynarodowymi sprawami handlowymi, tzn. podlegającymi właściwości wydziałów do spraw handlowych oraz niepodlegającymi właściwości innych wydziałów (tzw. sprawa handlowa), jeśli dana sprawa ma element międzynarodowy, i obie strony do czasu złożenia odpowiedzi na pozew oświadczają, że chcą prowadzić postępowanie ustne w języku angielskim bez udziału tłumacza. Do istotnych odrębności postępowania przed KIHs należy przewidziana możliwość orzekania na podstawie ekspertyzy oraz wiedzy zawodowej w sprawach, w których wystarczy ocena handlowa, jak i w sprawach praktyk handlowych. Koszty postępowania przed KIHs nie różnią się od kosztów postępowania przed innymi sądami niemieckimi.

3. INICJATYWY DOTYCZĄCE WYSPECJALIZOWANYCH SĄDÓW DO ROZPATRYWANIA MIĘDZYNARODOWYCH SPRAW HANDLOWYCH WE FRANCJI, HOLANDII, IRLANDII ORAZ NA POZIOMIE UE

3.1. W kilku innych niż Niemcy państwach członkowskich Unii Europejskiej doszło do debaty odnośnie do stworzenia wyspecjalizowanych sądów do rozpatrywania międzynarodowych spraw handlowych. Do tych państw należą: Francja, Holandia, Belgia oraz Irlandia. Poniżej zostaną pokrótce przedstawione działania podjęte w tych państwach wraz z ich porównaniem do rozwiązań niemieckich. Natomiast działania podjęte w Belgii pozostawiono poza zakresem porównania. W państwie tym, mimo projektu utworzenia jednoinstancyjnego anglojęzycznego *Brussels International Business Court* w Brukseli, do tej pory Sąd ten nie został utworzony i wydaje się, że na chwilę obecną nie ma woli politycznej⁵² kontynuowania tej inicjatywy⁵³. W uzupełnieniu rozważań podjętych przez państwa członkowskie UE, przedstawiono proponowane zmiany prawa unijnego, dotyczące wyspecjalizowanych sądów do rozstrzygania międzynarodowych spraw handlowych⁵⁴.

3.2. W Unii Europejskiej najbardziej predystynowana do przejęcia funkcji londyńskiego *Commercial Court* jest Irlandia z racji tego samego języka urzędowego jak w Wielkiej Brytanii i systemu prawnego *common law*. Mimo tych cech Irlandia nie wprowadziła reform sądownictwa w zakresie sporów dotyczących

⁵² Zob. M. Verbergt, *Controversiële 'kaviaarrechtbank' van Geens wordt begraven*, dostępny na stronie: http://www.standaard.be/cnt/dmf20190321_04272272 (dostęp: 9.06.2020 r.); G. van Calster, *The Brussels International Business Court – Council of State continues to resist*, dostępny na stronie: <https://gavclaw.com/2018/11/14/the-brussels-international-business-court-council-of-state-continues-to-resist/> (dostęp: 9.06.2020 r.).

⁵³ Zob. szerzej M. Derek, *Wyspecjalizowane sądy...*, s. 15–19.

⁵⁴ G. Rühl, *Study of...*, *passim*.

międzynarodowych spraw handlowych⁵⁵. W państwie tym funkcjonuje już w Sądzie Najwyższym Izba Handlowa (*Commercial Court*) z siedzibą w Dublinie, która mogłaby rozpatrywać międzynarodowe sprawy handlowe⁵⁶. Irlandia w ramach istniejącej już struktury sądownictwa, w tym Izby Handlowej (*Commercial Court*) Sądu Najwyższego, zamierza rozstrzygać międzynarodowe sprawy handlowe⁵⁷.

W Irlandii całe postępowanie jest prowadzone w języku angielskim, natomiast w Niemczech jedynie ustne postępowanie toczy się w tym języku. W państwie tym, w ramach istniejącej struktury Sądu Krajowego we Frankfurcie nad Menem, zmieniono funkcję jednego z wydziałów, tak aby stał się sądem do rozstrzygania międzynarodowych spraw handlowych (KIHS). W Irlandii istnieje już Izba Handlowa w Sądzie Najwyższym, jednak nie jest to sąd tylko do międzynarodowych spraw handlowych, ale do wszystkich spraw handlowych. Jeśli chodzi o prawo właściwe, to zarówno w Niemczech, jak i w Irlandii sąd może orzekać zgodnie z *common law*, jeśli wskażą je normy kolizyjne lub strony korzystając z wyboru prawa.

3.3. Kolejnym krajem, w którym podjęto incjatywę dotyczącą sądów do rozstrzygania międzynarodowych spraw handlowych jest Francja. W państwie tym, podobnie jak w Niemczech, w ramach istniejącego porządku prawnego podjęto na początku 2018 r. działania w tym zakresie. Natomiast już od 2010 r. przed Trybunałem Handlowym (*Tribunal de Commerce*) prowadzone są postępowania w języku angielskim⁵⁸. W dniu 7.02.2018 r. Dziekan Izby Adwokackiej w Paryżu oraz władze dwóch paryskich sądów: Trybunału Handlowego (*tribunal de Commerce*) i Sądu Apelacyjnego (*cour d'appel*) podpisali dwa porozumienia: 1) protokół dotyczący postępowania przed Izbą do spraw międzynarodowych Trybunału Handlowego w Paryżu (*Protocole relatif à la procédure devant la chambre internationale du tribunal de commerce de Paris*)⁵⁹ oraz 2) protokół dotyczący postępowania przed Izbą do międzynarodowych spraw handlowych Sądu Apelacyjnego w Paryżu (*Protocole relatif à la procédure devant la Chambre Internationale de la cour d'appel de Paris*)⁶⁰. Znajdują one zastosowanie do postępowań, które zostały wszczęte od 1.03.2018 r. Stanowią o zasadach prowadzenia – na gruncie obowiązujących we Francji przepisów – postępowań przed Izbami Trybunału Handlowego w Paryżu i Sądu Apelacyjnego w Paryżu wyspecjalizowanymi w rozpoznawaniu międzynarodowych spraw handlowych.

Do kognicji nowo powołanej Izby międzynarodowej Sądu Apelacyjnego należą spory w międzynarodowych sprawach handlowych, m.in. w zakresie umów handlowych, transportu, nieuczciwej konkurencji, praktyk antykonkurencyjnych oraz instrumentów finansowych⁶¹. Ponadto, jest on sądem apelacyjnym w stosunku

⁵⁵ Zob. M. Derek, *Wyspecjalizowane sądy...*, s. 24.

⁵⁶ Zob. M. Derek, *Wyspecjalizowane sądy...*, s. 22.

⁵⁷ Zob. M. Derek, *Wyspecjalizowane sądy...*, s. 25.

⁵⁸ Zob. E. Jeuland, *The International Division of the Paris Commercial Court*, "Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging" 2016/4, s. 143 i n.; C.A. Kern, *English as a Court...*, s. 195 i n.

⁵⁹ Tekst protokołu dostępny na stronie Izby Adwokackiej w Paryżu: www.avocatparis.org/system/files/edits/protocoles_signes_creation_jurisdiction_commerciale_internationale_2.pdf (dostęp: 31.10.2019 r.) – dalej Protokół TC. Zob. O. Bobrzyńska, *Wyspecjalizowany sąd...*, s. 16–18.

⁶⁰ Tekst protokołu dostępny na stronie Izby Adwokackiej w Paryżu: www.avocatparis.org/system/files/edits/protocoles_signes_creation_jurisdiction_commerciale_internationale_1.pdf (dostęp: 31.10.2019 r.) – dalej Protokół CİCAP. Zob. O. Bobrzyńska, *Wyspecjalizowany sąd...*, s. 16–18.

⁶¹ Art. 1.1 Protokołu CİCAP.

do postępowań toczących się w pierwszej instancji przed Trybunałem Handlowym⁶². We Francji, w ramach ustnego postępowania strony, świadkowie, biegli, eksperci oraz niefrancuscy pełnomocnicy mogą się posługiwać językiem angielskim⁶³. Jednak akta procesowe mają być sporządzane w języku francuskim⁶⁴. Natomiast różnica w stosunku do rozwiązania niemieckiego polega na tym, że we Francji orzeczenie musi być oficjalnie przetłumaczone na język angielski⁶⁵. Postępowanie naśladuje model angielski, o czym świadczy m.in. konieczność ułożenia planu postępowania⁶⁶. Ponadto możliwe jest wyjawienie przez strony dowodów przed sądem (*discovery*)⁶⁷ oraz przesłuchanie „krzyżowe” świadków i biegłych⁶⁸.

Po pierwsze, protokoły z 7.02.2018 r., które dotyczą postępowań przed Trybunałem Handlowym i Sądem Apelacyjnym wprowadzają możliwość częściowego prowadzenia postępowania w języku angielskim (lub innym języku obcym). Dokumentacja może być przedłożona w języku angielskim, bez konieczności jej tłumaczenia. Strony, świadkowie, biegli mogą wypowiadać się w języku angielskim (lub w innym języku obcym) przy zapewnieniu tłumaczenia symultanicznego, ale akta procesowe mają być sporządzane w języku francuskim, a orzeczenia – wydawane w języku francuskim i zaopatrzone w obligatoryjne tłumaczenie przysięgłe na język angielski⁶⁹. Po drugie – jak wskazywano powyżej – protokoły dają możliwość ułożenia planu postępowania, w tym dat przesłuchań i daty wydania orzeczenia końcowego, tak aby określić ramy czasowe postępowania i umożliwić stronom zaplanowanie działań⁷⁰. Zbliża to postępowanie do modelu angielskiego. Po trzecie, przesłuchanie stron i osób trzecich odbywa się zgodnie z zasadami kontradiktoryjności⁷¹. Po czwarte, odnośnie do kosztów postępowania strony mogą składać wnioski w tym zakresie⁷². Wreszcie po piąte – jawność rozprawy może zostać wyłączona⁷³.

Model francuski wprowadza wyspecjalizowane sądy do rozstrzygania międzynarodowych spraw handlowych podobnie jak inicjatywy niemieckie. W obu przypadkach utworzono sądy do rozstrzygania międzynarodowych spraw handlowych w ramach obowiązującego prawa, bez zmiany jego przepisów. Językiem urzędowym nie jest język angielski, co powoduje, że – co do zasady – akta postępowania i orzeczenie muszą być sporządzane w języku urzędowym (odpowiednio – niemieckim lub francuskim) oraz dodatkowo sąd w Niemczech może, a we Francji – musi sporządzić tłumaczenie przysięgłe orzeczenia na język angielski. W obu krajach postępowania starano się upodobnić do sądownictwa angielskiego.

3.4. Holandia jest jedynym krajem, który wprowadził nowelizację w swoim prawie procesowym w celu zapewnienia poprawnego funkcjonowania wyspecjalizowanych

⁶² Art. 1.3 Protokołu CICAP.

⁶³ Art. 2.4 Protokołu CICAP.

⁶⁴ Art. 2.1 Protokołu CICAP.

⁶⁵ Art. 7 Protokołu CICAP.

⁶⁶ Zob. art. 4 Protokołu CICAP.

⁶⁷ Art. 5.1 Protokołu CICAP.

⁶⁸ Art. 5.4 oraz 5.5. Protokołu CICAP.

⁶⁹ Art. 2, 6 i 7 Protokołu TC; art. 2 i 3 Protokołu CICAP.

⁷⁰ Art. 3 Protokołu TC; art. 4 Protokołu CICAP.

⁷¹ Art. 4 Protokołu TC; art. 5.4 oraz 5.5 Protokołu CICAP.

⁷² Art. 6.2 Protokołu CICAP.

⁷³ Art. 5 Protokołu TC; art. 6.1 Protokołu CICAP; zob. szerzej O. Bobrzyńska, *Wyspecjalizowany sąd...*, s. 18–21.

sądów do rozstrzygania międzynarodowych spraw handlowych. Znowelizowano holenderski Kodeks postępowania cywilnego oraz ustawę o kosztach sądowych w sprawach cywilnych związanych z postępowaniami toczącymi się w języku angielskim w międzynarodowych Izbach handlowych Sądu Okręgowego w Amsterdamie (*rechtbank Amsterdam*) i Sądu Apelacyjnego w Amsterdamie (*gerechtshof Amsterdam*)⁷⁴. Ustawa ta weszła w życie 1.01.2019 r.⁷⁵ Szczegółowe postanowienia odnośnie do procedury przed tymi wydziałami zawarto w Regulach postępowania dla Izb międzynarodowych handlowych Sądu Okręgowego w Amsterdamie oraz Sądu Apelacyjnego w Amsterdamie (*Rules of Procedure for the International Commercial Chambers of the Amsterdam District Court (NCC District Court) and the Amsterdam Court of Appeal (NCC Court of Appeal)*)⁷⁶.

Sąd do międzynarodowych spraw handlowych (*Netherlands Commercial Court, NCC*) składa się z dwóch instancji: Sądu Okręgowego (*NCC District Court*) oraz Sądu Apelacyjnego (*NCC Court of Appeal*) w Amsterdamie⁷⁷. Są to wydziały handlowe utworzone odpowiednio przy Sądzie Okręgowym w Amsterdamie oraz przy Sądzie Apelacyjnym w Amsterdamie. Sąd orzeka w sprawach cywilnych lub handlowych, w których występuje element międzynarodowy⁷⁸. W tych sprawach sąd w Amsterdamie powinien posiadać jurysdykcję (np. na mocy umowy prorogacyjnej), a żaden inny sąd nie powinien mieć wyłącznej jurysdykcji. Strony muszą wyrazić zgodę zarówno na prowadzenie postępowania przed sądem do międzynarodowych spraw handlowych, jak i na postępowanie w języku angielskim⁷⁹. W postępowaniu przed NCC język angielski jest zarówno językiem postępowania ustnego, jak i pisemnego oraz językiem, w którym sporządzany jest wyrok⁸⁰. W tych sprawach sąd aktywnie zarządza procesem w porozumieniu ze stronami⁸¹. Koszty postępowania to koszty stałe, które są wyższe niż w przypadku innych sądów holenderskich, i wynoszą odpowiednio: 15,000 euro (*NCC District Court*) oraz 20,000 euro (*NCC Court of Appeal*)⁸².

Sądy holenderskie należą do prowadzących najszybsze postępowania (są piątymi pod tym względem w Unii), a orzeczenia wydają niezawisli, niezależni i doświadczeni w międzynarodowych sprawach gospodarczych sędziowie, przy czym w składzie orzekającym w tych sprawach jest trzech sędziów⁸³. Sąd do międzynarodowych spraw handlowych w wyjątkowo pilnych sprawach może przeprowadzić postępowanie o każdej porze (24 godziny na dobę przez 7 dni w tygodniu) i w jakimkolwiek

⁷⁴ Projekt ustawy Izba Reprezentantów, sesja 2016–2017, 34 761, nr 2 w języku niderlandzkim, https://www.eerstekamer.nl/behandeling/20170717/voorstel_van_wet/document3/f=/vkg7iw763rzs.pdf (dostęp: 9.06.2020 r.); zob. M. Derek, *Wyspecjalizowane sądy...*, s. 7.

⁷⁵ M. Derek, *Wyspecjalizowane sądy...*, s. 12.

⁷⁶ Reguły w języku angielskim dostępne na stronie: <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/ncc-procesreglement-en.pdf> (dostęp: 9.06.2020 r.).

⁷⁷ Informacja pochodząca ze strony sądu pt. *Netherlands Commercial Court (NCC) Pioneering English-language dispute resolution in a civil law jurisdiction*, www.rechtspraak.nl/english/ncc/Pages/default.aspx (dostęp: 9.06.2020 r.).

⁷⁸ M. Derek, *Wyspecjalizowane sądy...*, s. 13.

⁷⁹ Zob. szerzej M. Derek, *Wyspecjalizowane sądy...*, s. 13.

⁸⁰ M. Derek, *Wyspecjalizowane sądy...*, s. 13; F. Henke, *Netherlands Commercial Court: English proceedings in the Netherlands*: <http://conflictoflawsnet/2018/netherlands-commercial-court-english-proceedings-in-the-netherlands/> (dostęp: 31.10.2019 r.). Informacja pochodząca ze strony sądu pt. *Netherlands Commercial Court...*

⁸¹ Informacja pochodząca ze strony sądu pt. *Key features Pioneering English-language dispute resolution in a civil law jurisdiction*, www.rechtspraak.nl/English/NCC/Pages/key-features-NCC.aspx (dostęp: 9.06.2020 r.).

⁸² Informacja pochodząca ze strony sądu pt. *Key features...*

⁸³ Informacja pochodząca ze strony sądu pt. *Key features...*

miejscu⁸⁴. Przykładowo w pierwszej sprawie, która wpłynęła do Sądu Okręgowego w Amsterdamie 11.02.2019 r. wyrok zapadł już 9.03.2019 r.⁸⁵

W porównaniu do Niemiec, w Holandii doszło do wprowadzenia zmian prawodawczych (w Kodeksie postępowania cywilnego i w ustawie o kosztach sądowych) w zakresie postępowania w międzynarodowych sprawach handlowych. W Holandii – w odróżnieniu od Niemiec – postępowanie odbywa się w całości w języku angielskim, i to w dwóch instancjach. W języku angielskim wydawany jest również wyrok. Postępowanie w Holandii – podobnie jak w Niemczech – naśladuje model brytyjski. Jednak w odróżnieniu od Niemiec jest jeszcze szybsze (w Holandii postępowanie w pierwszej instancji trwa niecały miesiąc). Holandia jest jedynym państwem członkowskim UE, które doprowadziło do zmiany obowiązującego prawa, aby uatrakcyjnić swoją jurysdykcję dla stron międzynarodowych spraw handlowych.

3.5. Analizowane zagadnienie było również przedmiotem badań na poziomie unijnym. Powstały opracowania dotyczące zarówno wprowadzenia szczególnej przyspieszonej procedury dotyczącej międzynarodowych spraw handlowych (*procedure for cross-border commercial cases*), wyspecjalizowanych sądów zajmujących się tymi sprawami, jak i Europejskiego Sądu Handlowego (*European Commercial Court*)⁸⁶.

Procedura dotycząca tych spraw powinna być efektywna dla stron, czyli zarówno z punktu widzenia szybkości, jak i kosztów powinna stanowić korzystną opcję w stosunku do zawarcia pozasądowej ugody w sprawie⁸⁷. Projektodawcy zakładają, że orzeczenie w pierwszej instancji powinno zapaść w okresie krótszym niż rok, a reguły postępowania pozwolą wprowadzać terminy, do których można zgłaszać wnioski i nowe okoliczności na późniejszym etapie postępowania⁸⁸. Analogiczna procedura została wprowadzona m.in. w Wielkiej Brytanii pod nazwą „krótszy schemat procesów” (*Shorter Trials Schemes*)⁸⁹. Procedura ta powinna prowadzić do sprawiedliwego i przewidywalnego rozstrzygnięcia, które jest dla stron spraw handlowych istotnym czynnikiem dla podjęcia drogi sądowej⁹⁰. Ponadto, propozycja zakłada utworzenie przynajmniej jednego wyspecjalizowanego sądu do międzynarodowych spraw handlowych lub wydziału wyspecjalizowanego w tych sprawach w danym państwie⁹¹. Sąd ten powinien być sądem, którego sędziowie mają wiedzę i doświadczenie w zakresie międzynarodowych spraw handlowych⁹². Powinien on orzekać, jeżeli strony wyrażą zgodę na jego jurysdykcję⁹³, zaś całe postępowanie przed sądem powinno się odbywać w języku angielskim⁹⁴.

⁸⁴ Informacja pochodząca ze strony sądu pt. *Key features...*

⁸⁵ Sprawa NCC 19/003 (C/13/661952), Elavon Financial Services DAC vs IPS Holding B.V. and others, <https://www.rechtspraak.nl/English/NCC/Pages/judgments.aspx> (dostęp: 9.06.2020 r.).

⁸⁶ G. Rühl, *Study of...*, s. 44.

⁸⁷ G. Rühl, *Study of...*, s. 50; JURI Committee of the European Parliament, Working Document of 8 June 2018 on Expedited settlement of commercial disputes in the EU, PE623.634v02–00, s. 3, dostępny na stronie: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-DT-623634_EN.pdf (dostęp: 9.06.2020 r.) – dalej Dokument PE623.634v02–00.

⁸⁸ G. Rühl, *Study of...*, s. 50; Dokument PE623.634v02–00, s. 3.

⁸⁹ Practice Direction 57 AB – Shorter and Flexible Trials Schemes, <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/practice-direction-57ab-shorter-and-flexible-trials-schemes> (dostęp: 9.06.2020 r.).

⁹⁰ G. Rühl, *Study of...*, s. 52.

⁹¹ G. Rühl, *Study of...*, s. 53.

⁹² G. Rühl, *Study of...*, s. 52, 55.

⁹³ G. Rühl, *Study of...*, s. 56.

⁹⁴ G. Rühl, *Study of...*, s. 56; C.A. Kern, *English as a Court...*, s. 204.

Na poziomie UE powstałby dodatkowo Europejski Sąd Handlowy (*European Commercial Court*)⁹⁵. Zajmowałby się międzynarodowymi sprawami handlowymi, czyli sprawami, w których strony są z różnych państw (zarówno członkowskich, jak i trzecich), i strony zgodziłyby się, aby ich sprawa była rozpatrywana przed tym sądem⁹⁶. Postępowanie powinno się toczyć w języku angielskim, a sędziowie powinni pochodzić z różnych państw członkowskich i być ekspertami z zakresu prawa handlowego, przy czym mogą nimi być zarówno sędziowie zawodowi, jak i doświadczeni praktycy prawa⁹⁷. Sąd powinien mieć dwie instancje⁹⁸. Jego orzeczenia powinny być wykonalne na podstawie rozporządzenia Bruskela I a⁹⁹ w całej Unii Europejskiej¹⁰⁰.

3.6. Na marginesie należy zauważyć, że instytucje nawiązujące do rozwiązań przyjętych w modelu anglosaskim zostały już wprowadzone w Polsce nowelizacją Kodeksu postępowania cywilnego z 2019 r.¹⁰¹ Należy do nich np.: posiedzenie przygotowawcze, plan rozprawy oraz instytucja „świadka-eksperta” w postępowaniu uproszczonym. Natomiast – jak już wskazywano na wstępie – całościowe przedstawienie zagadnienia, w jaki sposób można by w Polsce *de lege lata* i *de lege ferenda* realizować inicjatywę podjętą w Niemczech, Irlandii, Francji oraz Holandii wykracza poza ramy niniejszego opracowania.

4. WNIOSKI

Ograniczone ramy niniejszego artykułu powodują, że poza jego zakresem pozostanie analiza wprowadzenia do polskiego porządku prawnego wyspecjalizowanego sądu do rozstrzygania międzynarodowych spraw handlowych. Wydaje się, że celowe byłoby utworzenie w Polsce wydziału do międzynarodowych spraw handlowych przy okazji formowania sądów korporacyjnych¹⁰². Przemawiają za tym następujące argumenty. Przede wszystkim sądy takie mogłyby szybciej przeprowadzić postępowanie w międzynarodowych sprawach handlowych z uwagi na wyspecjalizowanie sędziów w tym zakresie. Ponadto, prowadzenie postępowania w języku angielskim obniżyłoby koszty takich postępowań dla stron, wywołane m.in. koniecznością tłumaczenia dokumentów z języka obcego oraz korzystania z tłumacza na rozprawie. Promowanie polskiej jurysdykcji w tych sprawach byłoby też korzystne z punktu widzenia polskich pełnomocników.

Z drugiej strony, można przedstawić następujące argumenty przeciwko utworzeniu w Polsce Wydziału do międzynarodowych spraw handlowych. Po pierwsze,

⁹⁵ G. Rühl, *Study of...*, s. 58 i n.

⁹⁶ G. Rühl, *Study of...*, s. 62.

⁹⁷ G. Rühl, *Study of...*, s. 62.

⁹⁸ G. Rühl, *Study of...*, s. 63.

⁹⁹ Rozporządzenie 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 handlowych (Dz.Urz. UE L 351, 20.12.2012 r., s. 1–32), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX%3A32012R1215> (dostęp: 9.06.2020 r.).

¹⁰⁰ G. Rühl, *Study of...*, s. 63.

¹⁰¹ Ustawa z 4.07.2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2019 r. poz. 1469). Zob. komentarze do zmienionego Kodeksu postępowania cywilnego w: T. Zembrzusi [red.] *Kodeks postępowania cywilnego. Koszty sądowe w sprawach cywilnych. Dochodzenie roszczeń w postępowaniu grupowym. Przepisy przejściowe. Komentarz do zmian*, t. I i II, Warszawa 2020, *passim*; O.M. Piaskowska [red.] *Kodeks postępowania cywilnego. Postępowanie procesowe. Komentarz*, Warszawa 2020, *passim*.

¹⁰² A. Radwan, *Reforma...*, s. 196 i n.; J. Dybiński, A. Szumański, *O potrzebie...*, s. 6 i 53.

rodzi się pytanie, kto miałby pokrywać koszty tego wydziału, tak aby się on samo-finansował. Po drugie, istnieje duże ryzyko, że liczba międzynarodowych spraw handlowych, które strony chciałyby rozstrzygać w Polsce, nie byłaby duża. Po trzecie, konieczne byłoby zatrudnienie kadry sędziowskiej, która posługiwałaby się biegle językiem angielskim oraz byłaby biegła w międzynarodowych sprawach handlowych. Po czwarte, konieczne byłoby wprowadzenie zmian legislacyjnych.

Biorąc pod uwagę analizowane rozwiązania w Niemczech, a także Irlandii, Francji i Holandii – gdyby w Polsce miał powstać wydział lub sąd do międzynarodowych spraw handlowych, to powinien się on charakteryzować poniżej wskazanymi cechami. Po pierwsze, postępowanie powinno się toczyć w języku angielskim, i to zarówno w części ustnej, jak i pisemnej. Po drugie, najlepiej, aby wszyscy sędziowie w nim zasiadający władali biegle językiem angielskim oraz byli specjalistami od międzynarodowych spraw handlowych. Po trzecie, czas postępowania powinien być możliwie krótki, a liczba rozpraw – minimalizowana. Celowe byłoby wprowadzenie planu rozprawy, zawierającego agendę postępowania oraz planowaną datę wyroku. Postępowanie powinno być odformalizowane, w tym komunikacja sądu ze stronami powinna być uproszczona (np. komunikacja przez telefon). Po czwarte, strony powinny mieć autonomię w wyborze kognicji tego sądu. Po piąte wreszcie, koszty postępowania powinny być konkurencyjne w stosunku do kosztów analogicznych postępowań w innych państwach członkowskich UE.

Abstract

Edyta Figura-Góralczyk, *On the Need to Establish Specialized Courts for Cross-border Commercial Cases: Experiences of Germany and Other Selected EU Member States*

The article discusses specialized courts for Cross-border commercial cases in Germany and other selected Member States of the European Union. The article is divided into four parts, including: (1) introduction; (2) a discussion of the specialized court for cross-border commercial cases in Frankfurt on the Main; (3) a comparison of the aforementioned German court to initiatives in France, the Netherlands, and Ireland, as well as at initiatives at EU level; and (4) conclusions.

The aim of this article is to emphasise the need for specialization on the court's part in the field of resolving international commercial disputes on the basis of experiences from Germany and selected other EU Member States. The direct impulse for establishing specialized courts for cross-border commercial cases was caused by the UK's exit from the EU (Brexit). The German initiative fits in with European initiatives taking place in Ireland, France and the Netherlands in the field of appointing courts before which proceedings could be brought in international commercial disputes.

On the basis of experiences of those countries such courts should have the following features: (1) the proceedings should be conducted in English, both the oral part and the written part; (2) it is best when among judges, all of whom speak English, there are 'experts' in international commercial disputes; (3) the proceedings should be de-formalized and as short as possible; (4) the parties should be given the autonomy to choose the court's jurisdiction; (5) the costs of proceedings should be competitive compared to costs of similar proceedings in other EU Member States.

Keywords: *international commercial disputes, specialized courts for cross-border commercial cases, proceedings in commercial disputes, Brexit, European Union*

Streszczenie

Edyta Figura-Góralczyk, *O potrzebie utworzenia wyspecjalizowanych sądów do rozstrzygania międzynarodowych spraw handlowych – doświadczenia Niemiec oraz innych wybranych państw członkowskich UE*

Artykuł dotyczy omówienia wyspecjalizowanych sądów do rozstrzygania międzynarodowych spraw handlowych w Niemczech i innych wybranych państwach członkowskich Unii Europejskiej. Został on podzielony na cztery części, które obejmują: 1) wstęp; 2) omówienie wyspecjalizowanego sądu do rozstrzygania międzynarodowych spraw handlowych we Frankfurcie nad Menem; 3) porównanie ww. sądu niemieckiego do inicjatyw we Francji, Holandii oraz Irlandii, a także na poziomie UE oraz 4) wnioski.

Celem artykułu jest wskazanie na potrzebę specjalizacji po stronie sądu w zakresie rozstrzygania międzynarodowych spraw handlowych na gruncie doświadczeń niemieckich oraz innych wybranych państw członkowskich UE. Bezpośrednim impulsem do tworzenia wyspecjalizowanych sądów do międzynarodowych spraw handlowych jest wyjście Wielkiej Brytanii z Unii (brexit). Inicjatywa niemiecka wpisuje się w działania europejskie, które mają miejsce w Irlandii, Francji oraz Holandii w zakresie powoływania organów sądowych, przed którymi można toczyć postępowania w międzynarodowych sprawach handlowych.

Cechy, którymi powinny charakteryzować się te sądy są następujące: 1) postępowanie powinno się toczyć w języku angielskim i to zarówno w części ustnej, jak i pisemnej; 2) najlepiej, aby wśród sędziów, z których wszyscy władają językiem angielskim, byli „specjaliści” od międzynarodowych spraw handlowych; 3) postępowanie powinno być odformalizowane, a jego czas – możliwie krótki; 4) strony powinny mieć pozostawioną autonomię w wyborze kognicji tego sądu; 5) koszty postępowania powinny być konkurencyjne w stosunku do kosztów analogicznych postępowań w innych państwach członkowskich UE.

Słowa kluczowe: międzynarodowe sprawy handlowe, wyspecjalizowane sądy, postępowanie w sprawach handlowych, brexit, Unia Europejska

Literatura:

1. Bobrzyńska O., *Wyspecjalizowany sąd do międzynarodowych spraw handlowych – rozwiązanie francuskie z 2018 r.*, Warszawa 2019;
2. Calliess G.-P., *Englisch als Gerichtssprache und Öffentlichkeitsprinzip* [w:] *Festschrift für Franz Jürgen Säcker zum 70. Geburtstag*, red. D. Joost, H. Oetker, M. Paschke, Monachium 2011;
3. Calster van G., *The Brussels International Business Court – Council of State continues to resist*, artykuł dostępny na stronie: <https://gavclaw.com/2018/11/14/the-brussels-international-business-court-council-of-state-continues-to-resist/>;
4. Derek M., *Wyspecjalizowane sądy do międzynarodowych spraw handlowych – nowe rozwiązania w Beneluksie i Irlandii*, Warszawa 2019;
5. Dybiński J., Szumański A., *O potrzebie utworzenia w Polsce wyspecjalizowanego sądu powszechnego dla rynku kapitałowego – analiza teoretyczna i prawnoporównawcza (część 1)*, *Studia Prawa Prywatnego* 2019, nr 41;
6. Dybiński J., Szumański A., *O potrzebie utworzenia w Polsce wyspecjalizowanego sądu powszechnego dla rynku kapitałowego – analiza teoretyczna i prawnoporównawcza (część 2)*, *Studia Prawa Prywatnego* 2019, nr 42;
7. Ewer W., *Das Öffentlichkeitsprinzip – ein Hindernis für die Zulassung von Englisch als konsensualoptionaler Gerichtssprache?*, *Neue Juristische Wochenschrift* 2010, nr 19;
8. Figura-Góralczyk E., *Wyspecjalizowany sąd do międzynarodowych spraw handlowych (Kammer für internationale Handelssachen bei dem Landgericht Frankfurt am Main) – rozwiązanie niemieckie z 2018 r.*, Warszawa 2019;

9. Henke F., *Netherlands Commercial Court: English proceedings in the Netherlands*, <http://conflictoflawsnet/2018/netherlands-commercial-court-english-proceedings-in-the-netherlands/>;
10. Hess B. [w:] M. Weller, *The Justice Initiative*, Frankfurt am Main 2017, <http://conflictoflaws.net/2017/the-justice-initiative-frankfurt-am-main-2017-law-made-in-frankfurt/>;
11. Hoffmann H., *Kammern für internationale Handelssachen*, Baden-Baden 2011;
12. Huff M.W., *Modellprojekt in NRW. LG Köln goes international*, Legal Tribune Online, 29.11.2011 r.;
13. Jeuland E., *The International Division of the Paris Commercial Court*, Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging 2016, nr 4;
14. Kern C.A., *English as a Court Language in Continental Courts*, Erasmus Law Review 2012, Vol. 5(3);
15. Piaskowska O.M. [red.] *Kodeks postępowania cywilnego. Postępowanie procesowe. Komentarz*, Warszawa 2020;
16. Radwan A., *Reforma polskiego prawa spółek „w działaniu”*. O potrzebie utworzenia wyspecjalizowanych sądów korporacyjnych, Zeszyty Prawnicze 2018, nr 4, t. 18;
17. Rühl G., *Study of the JURI Committee: Building Competence in Commercial Law in the Member States*, PE 604.980, wrzesień 2018, studium dostępne na stronie: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604980/IPOL_STU\(2018\)604980_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604980/IPOL_STU(2018)604980_EN.pdf);
18. Verbergt M., *Controversiële ‘kaviaarrechtbank’ van Geens wordt begraven*, artykuł dostępny na stronie: http://www.standaard.be/cnt/dmf20190321_04272272;
19. Wallimann M., *Der Unmittelbarkeitsgrundsatz im Zivilprozess, Dogmatik und Zukunftsperspektiven eines Verfahrensgrundsatzes im 21. Jahrhundert – zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Verfahrenslehre*, Tybinga 2016;
20. Zembruski T. [red.] *Kodeks postępowania cywilnego. Koszty sądowe w sprawach cywilnych. Dochodzenie roszczeń w postępowaniu grupowym. Przepisy przejściowe. Komentarz do zmian, t. I i II*, Warszawa 2020.

Konrad Czech*

Regional Law on International Commercial and Investment Arbitration in Latin America and Its Impact on Economic Integration of the Region**

The article examines the role of major Latin American regional organizations in promotion of commercial and investment arbitration (through regional international law) as a method of dispute resolution in the region. It also analyses whether there is a relationship between the development of regional law in the field in question and better integration of Latin American economies. Before moving on to the main analysis, the author discusses the phenomenon of regional economic integration in Latin America and considers the role that arbitration plays (or is believed to play) in the processes of liberalization of international trade and investment. The author concludes that it is rather unclear whether the regional initiatives on international arbitration in Latin America have a positive impact on economic integration and development of Latin American countries. Having found that the positive role of the discussed regional initiatives is somewhat ambiguous, the author submits that they neither hamper the economic integration processes in the region nor jeopardize the harmonization efforts in the area of international arbitration undertaken at the global level.

I. INTRODUCTORY REMARKS

The aim of this article is twofold. Firstly, it attempts to examine the role of major Latin American regional organizations in promoting commercial and investment arbitration as a method of dispute resolution in the region (section V). Hence, it reviews their *aquis* – i.e. international regional law – in the relevant area. Secondly, after describing the most important regional instruments on the matter, it attempts to analyse the relationship between the development of regional international law on commercial and investment arbitration and the economic integration of Latin

* Ph.D., LL.M. (NYU@NUS), Assistant Professor at the Cardinal Stefan Wyszyński University, Warsaw, International & European Law Department, Institute of International Law, ORCID 0000-0002-4854-3675, E-mail: k.czech@uksw.edu.pl. The author would like to extend his warmest thanks to Małgorzata Judkiewicz, LL.M. (Associate at Bullard Falla Ezcurra, Lima, Peru) and Paulina Zwolińska (M.A. candidate at Warsaw University, Intern at DWF Poland) for their invaluable research assistance in delivering this paper.

** The manuscript was submitted by the author on 25 January 2020; the manuscript was accepted for publication by the editorial board on 5 May 2020.

American states within the relevant organizations (section VI). In order to achieve this aim, the article will first look, somewhat more broadly, at the phenomenon of regional economic integration in Latin America, more exactly mainly in South America, and it will try to identify the regional organizations which have for decades been the most ambitious in bridging the gap between their member states (section). Before moving on to the main analysis, it is also important to consider the role that arbitration is believed to play in the processes of liberalization of international trade and investment (section III), and to briefly explain the historical distrust of many Latin American states toward it (section IV). Only afterwards, once the aforesaid issues have been adequately considered, is it possible to tackle the question of the relationship between the legal output of Latin American regional integration organizations in the area of commercial and investment arbitration, on the one hand, and the pace of progress in economic integration of the analysed region, on the other.

In other words, the article tries to answer the question: To what extent, if any, have Latin American regional organizations contributed to the integration and economic development of their member states by promoting out-of-court settlement of business disputes? While the article will primarily focus on organizations geographically rooted in South America, often considered to be a sub-region within Latin America and the Caribbean (LAC), including first and foremost the Common Market of the Southern Cone (MERCOSUR) and the Andean Community – and hence it does not pretend to discuss all Latin American regional economic integration organizations – the role of the earliest regional organization, i.e. the Latin American Free Trade Association (LAFTA/LAIA), and the latest integration scheme, i.e. the Pacific Alliance, in integration of their members will be also addressed. The Pacific Alliance is definitely the most progressive in offering investor-state dispute resolution mechanism (ISDS) to individuals. In a similar vein, departing from the focus on South America, the author illustrates the role of the Organization of American States (OAS) in the historical promotion of commercial arbitration in Latin America, even though the OAS clearly lacks the objective of economic integration and reaches outside the relevant region; the author also briefly touches upon integration efforts of the Caribbean Community and Common Market (CARICOM) in the relevant field (though keeping in mind that it was established by the English-speaking countries of the region). The emergence of post-neoliberal organizations which shift away from the classic emphasis on the role of trade and investment for growth (the Union of South American Nations, UNASUR; and the Bolivarian Alliance of the Peoples of Our America, ALBA) is also considered. UNASUR, politically led by Brazil, will be addressed due to its initiative to create a regional arbitration centre within UNASUR (the UNASUR Arbitration Centre), the idea of which has resulted from opposition of some states to the International Centre for Settlement of Investment Disputes (Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, ICSID Convention and/or ICSID)¹. The activity of ALBA will be shortly mentioned as some of its prominent member states decided to withdraw from ICSID (Bolivia, Venezuela, Ecuador). This proves

¹ *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, 18 March 1965, 575 UNTS, p. 159 (entered into force 14 October 1966).

that the promotion of out-of-state procedures for dispute resolution at the lower sub-regional level of integration in South America – if one decides to consider it being a separate region – and especially the promotion of investment arbitration as the primary ISDS method, together with the underlying idea of liberalizing the flow of investment, did not fall on fertile ground everywhere.

As the question formulated in this article is based on the inevitable assumption that the multifaceted promotion of commercial and investment arbitration – undertaken by various public decision-makers, including state and non-state players – invariably fosters economic development, on the way to answering the said question, the article will critically address this assumption. It will suggest that more economic studies are needed in this field. Far from offering any definite answers, or anticipating final conclusions at this stage, the author would like to submit that the improvement of out-of-state procedures for doing business justice within certain geographical boundaries and the faster economic development of that area, which is the ultimate goal of economic integration, are not inextricably linked. Much may depend on the indicators of economic integration that one decides to apply when answering the question formulated in this article, i.e. should it be measured by the level of legal or institutional convergence or perhaps rather by the ratio of international trade or foreign direct investment (FDI) to gross domestic product (GDP)? On top of this, the current wave of skepticism against the Washington Consensus, which inspired the phenomenon of regional economic integration in the 1990s and early 2000s, resulting, for example, in creation of organizations like UNASUR, shows that the relationship between the development of regional *acquis* on commercial and investment arbitration, on the one hand, and economic integration and growth, on the other hand, remains unclear. It is yet to be seen whether (if at all) the UNASUR Arbitration Centre will push UNASUR member states toward placing more emphasis on the economic dimension of integration. Finally, it can also possible be submitted that most of recent arbitration law reforms in Latin America were not regionally driven, but rather resulted from uncoordinated efforts of individual countries, which attempted to modernize their legislation and policies in line with well-regarded legal instruments of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL). If proven to be true, this additionally undermines the practical meaning of certain regional provisions on international commercial and investment arbitration that were adopted by regional organizations in Latin America (and therefore points to much higher relevance of the work of UNCITRAL).

II. DEVELOPMENT OF MAJOR REGIONAL INTEGRATION ORGANIZATIONS IN LATIN AMERICA

While the objective of integration (and not only economic integration) in Latin America has a long history, dating back to the first half of the 19th century, there have always been a number of internal and external obstacles to its progress².

² See C. Mik, *Fenomenologia regionalnej integracji państw. Studium prawa międzynarodowego [Phenomenology of Regional Integration of States. An International Law Study]*, Warszawa 2019, pp. 208–209. See also E.M. Jiménez, *The Contribution of the Regional UN Economic Commissions to Regional Integration Processes: The Case of ECLAC*, UNU-CRIS Working Papers W-2010/8, <http://cris.unu.edu/sites/cris.unu.edu/files/W-2010-8.pdf>,

These were political instability, military revolts, regional conflicts, and different interventions of external powers such as the United States (US), to name but a few³. Also, perhaps quite surprisingly, the colonial past of the region did not assist in integration efforts⁴. Political ideologies of individual states, for example anti-market sentiments, or current interests, many times outweighed long-term economic concerns. Many authors point to the positive role of the OAS (1948), which indirectly facilitated the dialogue processes in Latin America, and/or the direct role of the regional UN Economic Commission (ECLAC) in overcoming the aforementioned challenges⁵. Having explained that overall background, following Jiménez's study (2010), we can indicate three waves of Latin American regionalism.

The first wave of Latin American regionalism, which started concurrently with the European integration process, resulted, among others, in the creation of LAFTA (1960, in 1980 transformed into the Latin American Integration Association, LAIA) and CARICOM (1973, in 2001 transformed by the Revised Treaty of Chaguaramas Establishing the CARICOM Single Market and Economy)⁶. It also led to the signing of the Cartagena Agreement (1969), establishing the Andean Group, transformed three decades later into the Andean Community (1997)⁷. As put by Jiménez, '[t]his first generation of integrationist schemes in the region ... had a common denominator: the liberalization of trade', which suggests, in his opinion, that – unlike in post-war Europe – the integration in Latin America was initially driven more by economic than political reasons⁸. Of course, one may question whether the European integration was driven mainly by political reasons as the economic cooperation of Germany and France in 1950s and the strive for peace in Europe were interrelated. Paradoxically, it was the threat of limited access

p. 3, accessed on: 20 January 2020; G. Mace, *Regional Integration in Latin America: A Long and Winding Road*, International Law Journal (Toronto, Ont.) 1988, Vol. XLIII (Summer 1988), pp. 404–407; V. Tafur-Dominguez, *International Environmental Harmonization – Emergence and Development of the Andean Community*, Pace International Law Review (1)2000, Vol. 12, pp. 284–285.

³ C. Mik, *Fenomenologia* ..., p. 208–209.

⁴ G. Mace, *Regional Integration*..., p. 406.

⁵ See e.g. C. Mik, *Fenomenologia* ..., pp. 209, where the author discusses the role of OAS, and 207–208, where he discusses the role of ECLAC. See also G. Mace, *Regional Integration*..., pp. 408–409; E.M. Jiménez, *The Contribution of the Regional UN Economic Commissions*..., pp. 5–8.

⁶ See *Treaty establishing a free-trade zone and instituting the Latin-American Free Trade Association (Montevideo Treaty)*, 18 February 1960, 1484 UNTS, p. 223 (entered into force 1 June 1961); and *Treaty establishing the Caribbean Community*, 4 July 1973, 946–947 UNTS, p. 17 (entered into force on 1 August 1973).

⁷ See *Tratados y Protocolos*, online *La Comunidad Andina*: <http://www.comunidadandina.org/Normativa.aspx?link=TP>, accessed on: 20 January 2020. See also E.M. Jiménez, *The Contribution of the Regional UN Economic Commissions*..., p. 5 et seq. For a different perspective, see G. Mace, *Regional Integration*..., p. 414 et seq.

⁸ E.M. Jiménez, *The Contribution of the Regional UN Economic Commissions*..., p. 414. See also G. Mace, *Regional Integration*..., p. 407. For more historical information on the early activity of these organizations, see a series of annual/quarterly reports published in the 1960s, 1970s and 1980s in *Lawyer of the Americas* by e.g. F.V. García Amador, F. Orrego-Vicuña, A. Tolosa, L.A. Fernández, or S.F. Rose, including, among others, F.V. García Amador, *Latin American Economic Integration*, Lawyer of the Americas (1)1969, Vol. 1, p. 73 et seq.; F.V. García Amador, *Latin American Economic Integration*, Lawyer of the Americas (1)1970, Vol. 1, p. 74 et seq.; F.V. García Amador, *Latin American Economic Integration*, Lawyer of the Americas (3)1971, Vol. 3, p. 581 et seq.; F. Orrego-Vicuña, A. Tolosa, *Latin American Economic Integration*, Lawyer of the Americas (3)1972/3, Vol. 4, p. 529 et seq.; F. Orrego-Vicuña, A. Tolosa, *Latin American Economic Integration*, Lawyer of the Americas (3)1973, Vol. 5, p. 578 et seq.; F. Orrego-Vicuña, *Latin American Economic Integration*, Lawyer of the Americas (3)1974/3, p. 802 et seq.; L.A. Fernández, *Latin American Economic Integration*, Lawyer of the Americas (1)1979, Vol. 11, p. 151 et seq.; S.F. Rose, *Latin American Economic Integration*, Lawyer of the Americas (2/3)1979, Vol. 11, p. 521 et seq.; A. Semel, *Latin American Economic Integration*, Lawyer of the Americas (3)1978, Vol. 12, p. 730 et seq.

to European markets, caused by their integration within the European Communities, that accelerated economic integration efforts in Latin America⁹. The first integration organization – namely LAFTA, quite interestingly endorsed by the US, which had rather a reserved attitude toward the first wave of regionalism in Latin America – attempted to create a free trade area in the region¹⁰. This, however, turned out to be far too ambitious a goal in late 1960s, i.e. the economic interests of the member states from the north and south of the continent were still too divergent in the 1960s¹¹. Nevertheless, it is worthy of note that '[t]he intraregional trade share (measured by exports) in LAFTA member states went from 6.7 per cent in 1961 to 14.0 per cent in 1980'¹². Regarding both CARICOM and the Andean Group, their long term goal was the establishment of a common market, which was meant to be achieved through the earlier creation of customs unions¹³. The latter was an initiative complementary to LAFTA, aimed, among other objectives, at creating a common regime for FDI. Even though the Andean Group had a more developed institutional structure than LAFTA, including even an investment bank, and performed quite well in its early years, some of its major objectives were largely unrealistic and feared by foreign investors (e.g. joint industrialization of the member states, coordination of the choices of industrial sectors in which member countries should specialize, attempts to control foreign capital)¹⁴. The Andean Group was largely dependent on 'the climate of economic nationalism that swept through the region from 1968 to 1974'¹⁵. The initiative stopped developing, one of the reasons being the fact that Chile's military government decided to adopt a liberal economic programme, inspired by Milton Friedman, which sought relaxation of regional regulations¹⁶. Disturbances in the global economy in the 1970s and 1980s, mainly oil and fiscal crises, which led to shift to a much more liberal era in the global economy, eventually undercut the first wave of regional integration in Latin America. In general, the inherent features of this wave of integration schemes included strong focus on the import substitution strategies, aimed at expanding protected markets, and focus on industrial goods and tariffs, i.e. merely superficial economic integration was planned¹⁷. These were combined with an attitude of distrust toward foreign, and especially US, capital (and *vice versa*: neither the US nor the World Bank supported integration schemes from the 1960s).

Unlike the first wave of regionalism, according to Jiménez, the second wave of regionalism can be characterized by support from the US, tendency to insert Latin American economies in the global economy, and generally much more in-depth

⁹ E.M. Jiménez, *The Contribution of the Regional UN Economic Commissions...*, p. 5.

¹⁰ See e.g. C. Mik, *Fenomenologia...*, p. 212; G. Mace, *Regional Integration...*, p. 410.

¹¹ See C. Mik, *Fenomenologia...* For a discussion of reasons of LAFTA's failure, see G. Mace, *Regional Integration...*, pp. 412–413; E.M. Jiménez, *The Contribution of the Regional UN Economic Commissions...*, pp. 10–11.

¹² E.M. Jiménez, *The Contribution of the Regional UN Economic Commissions...*, p. 12.

¹³ See C. Mik, *Fenomenologia...*, p. 275, 240; E.M. Jiménez, *The Contribution of the Regional UN Economic Commissions...*, p. 5.

¹⁴ See in general G. Mace, *Regional Integration...*, pp. 416–418. See also E.M. Jiménez, *The Contribution of the Regional UN Economic Commissions...*, p. 12. For a criticism in arbitration literature, see B.G. Rinker, *The Future of Arbitration in Latin America: A Study of Its Regional Development*, Case Western Reserve Journal of International Law (2)1976, Vol. 8, pp. 482, 488.

¹⁵ G. Mace, *Regional Integration...*, p. 417.

¹⁶ G. Mace, *Regional Integration...*, pp. 419–420.

¹⁷ E.M. Jiménez, *The Contribution of the Regional UN Economic Commissions...*, p. 17.

approach to integration, i.e. covering not only industrial goods, but also services, investment, and competition¹⁸. As the second wave of regionalism was built on the premise of greater opening up of Latin American markets to international trade and foreign investments (and also US and European capital), this wave of regionalism can be referred to as 'open regionalism'¹⁹. The second wave of regionalism originated from the economic transformations of the 1980s, when the world economy was entering the early phase of globalization, to which Latin American countries had to adjust, especially as between 1980 and 1990 their economies contracted by 0.1 per cent of *per capita* GDP, while developed economies experienced approx. 2.0 per cent growth *per capita* in the same period²⁰. Latin American economies were trying to enhance their competitiveness, and accordingly 'deregulation' and 'privatization' were among the most commonly used terms throughout the 1990s²¹. While the transformation of LAFTA into LAIA in 1980 can be seen as the herald of change, the true second wave of Latin American regionalism started in 1991 with the creation of MERCOSUR, and its further stages included the transformation of the Andean Group into the Andean Community (1997), and the 2001 revision of the Treaty of Chaguaramas, which is the current legal basis for CARICOM (CSME)²². Among these regional organizations, MERCOSUR appears to be the most recognizable and important organization, focusing mostly on economic integration, as it has adopted a significant number of legal instruments regarding a range of areas of business life (but being criticized for its recent turn to protectionism)²³. In comparison with MERCOSUR, the Andean Community has a broader scope of interests, including not only economic integration, but also, for example, environment protection, which appears to stand high on its agenda²⁴. Its ultimate aim is the formation of a common market²⁵. The case of CARICOM, at least looking from the historical point of view, is somewhat different as the organization was launched largely by English-speaking countries of the Caribbean. As all of its members are

¹⁸ E.M. Jiménez, *The Contribution of the Regional UN Economic Commissions...*, p. 15 et seq.

¹⁹ See E.M. Jiménez, *The Contribution of the Regional UN Economic Commissions...*, p. 19. See also J.A.E. Vervaele, *Mercosur and Regional Integration in South America*, *International & Comparative Law Quarterly* 2005, Vol. 54, p. 387.

²⁰ E.M. Jiménez, *The Contribution of the Regional UN Economic Commissions...*, pp. 12, 15.

²¹ J.E. Curutchet, *MERCOSUR: The South American Common Market*, *Currents: International & Trade Law Journal* (3)1994, pp. 24–25.

²² See *Treaty of Montevideo*, 12 August 1980, 1329 UNTS, 225 (entered into force 18 March 1981); *Treaty for the establishment of a Common Market (Asuncion Treaty) between the Argentine Republic, the Federative Republic of Brazil, the Republic of Paraguay and the Eastern Republic of Uruguay (with annexes)*, 26 March 1991, 2140 UNTS, p. 257 (entered into force 21 November 1991); *Revised Treaty of Chaguaramas establishing the Caribbean Community including the CARICOM Single Market and Economy*, 5 July 2001, 2259 UNTS, p. 293 (entered into force 4 February 2002). For a reference to the Cartagena Agreement /Protocolo de Trujillo/Protocolo de Sucre, see *supra* note 7. See also E.M. Jiménez, *The Contribution of the Regional UN Economic Commissions...*, p. 16.

²³ See Ch. Leathley, *International Dispute Resolution In Latin America: An Institutional Overview*, *Alphen aan den Rijn* 2007, pp. 151–152; S.A. Arieti, *The Role of MERCOSUR as a Vehicle for Latin American Integration*, *Chicago Journal of International Law* (2)2006, Vol. 6, p. 761 et seq.; C. Mik, *Fenomenologia...*, pp. 249, 262–264. See, however, also J.A.E. Vervaele, *Mercosur and Regional Integration...*, p. 405 et seq., 408, where the author explains that the MEROSUR *acquis* in different areas (e.g. judicial cooperation, environmental law) is 'developing rapidly'. For criticism, see Ch. Daniels, *The Pacific Alliance and Its Effect on Latin America: Must a Continental Divide Be the Cost of a Pacific Alliance Success*, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* (2)2015, Vol. 37, p. 157.

²⁴ See C. Mik, *Fenomenologia...*, pp. 247–248. See also V. Tafur-Dominguez, *International Environmental Harmonization...*, p. 307 et seq.

²⁵ Ch. Leathley, *International Dispute Resolution...*, p. 115.

relatively small and have been historically ‘highly trade-dependent’ countries, the revised integration scheme (CSME) is meant to overcome ‘the disadvantages of small scale ..., whether seeking scale economies from an enlarged domestic market, greater intraregional trade, shared costs in the provision of public sector goods, or integration of policy responses to negotiate from a stronger unified position in the international arena’²⁶. The common features of all of these three initiatives have been, in particular, the trend of FDI liberalization, sometimes referred to as the ‘lifeblood of globalization’, and the pursuit of development of the private sector, both of which are traditionally believed to require non-public mechanisms of doing business justice²⁷. For this reason, the legal output of the regional organizations from the second wave of Latin American regionalism in the area of commercial and investment arbitration is much broader than the scarce output of regional organizations from the first wave. It will be discussed at length in section V of the article.

The third wave of regionalism in Latin America brought the creation of UNASUR (previously the South American Community of Nations (2004), in 2008 transformed into the current formula) and ALBA (2004)²⁸. Both of these organizations stem from ‘the poor results yielded by the neo-liberal reforms’ and somewhat skeptical approach toward the role of trade and FDI in development²⁹. Of course, UNASUR and ALBA do not share identical approaches to integration, with the first suggesting cooperation (quite pragmatically) in political, social, environmental, and security areas, whereas the latter being based on ideologically-driven cooperation of socialist regimes (though officially appearing to have a similar agenda to UNASUR)³⁰. ALBA is inspired by Heinz Dieterich’s idea of ‘Twenty-first Century Socialism’³¹. UNASUR and ALBA promote the ‘return of the state’ policy and are sometimes criticized for their failure to present a coherent (alternative) integration model³². Indeed, both appear to put much more emphasis on the political and socio-cultural dimensions of regional integration, rather than the economic one.

Last but not least, it is important to mention the launch of the Pacific Alliance in 2011³³. The association is considered to be the first ‘strictly apolitical’ regional integration scheme in Latin America³⁴. The Pacific Alliance aims to promote the economic development of its members through economic integration, yet it envisages neither a typical customs union, nor a common market between its members (Chile, Colombia, Mexico, and Peru)³⁵. Instead, it is meant to become a ‘platform

²⁶ J.F. Hornbeck, *CARICOM: Challenges and Opportunities for Caribbean Economic Integration*, CRS Report for Congress 2008, http://www.sice.oas.org/TPD/CAR_EU/Studies/CRSCARICOM_Challenges_e.pdf, pp. 1, 5, accessed on: 20 January 2020. See also Ch. Leathley, *International Dispute Resolution...*, pp. 134–135; C. Mik, *Fenomenologia...*, p. 273 et pass.

²⁷ B.M. Cremades, D.J.A. Cairns, *The Brave New World of Global Arbitration*, *Journal of World Investment & Trade* (2)2002, Vol. 3, p. 174.

²⁸ See *Constitutive Documents of UNASUR*, UNASUR <https://www.unasursg.org/en/regularly-documents-of-unasur>, accessed on: 20 January 2020; *ALBA Documentos*, ALBA: <http://www.portalalba.org/index.php/alba/documentos>, accessed on: 20 January 2020.

²⁹ E.M. Jiménez, *The Contribution of the Regional UN Economic Commissions...*, p. 24.

³⁰ E.M. Jiménez, *The Contribution of the Regional UN Economic Commissions...*, p. 24. See also C. Mik, *Fenomenologia...*, pp. 301, 303.

³¹ Ch. Daniels, *The Pacific Alliance...*, p. 157.

³² E.M. Jiménez, *The Contribution of the Regional UN Economic Commissions...*, pp. 25–26.

³³ See *Framework Agreement on the Pacific Alliance*, Pacific Alliance <https://alianzapacifico.net/en/documents-and-studies/>, accessed on: 20 January 2020.

³⁴ Ch. Daniels, *The Pacific Alliance...*, p. 153.

³⁵ Ch. Daniels, *The Pacific Alliance...*, pp. 159–160.

of cooperation', which supports, among other goals, building 'in a participatory and consensual way an area of deep integration to move progressively toward the free mobility of goods, services, resources and people'³⁶. Hence, member states of the Pacific Alliance aim to enjoy benefits of a common market within a loose structure.

III. THE ROLE OF ARBITRATION IN IMPROVING INTERNATIONAL TRADE AND INVESTMENT

As accurately observed by McConnaughay, '[a] dilemma that is common to all emerging economies ... is how to provide the legal institutions upon which economic development depends, without the developed economy upon which effective legal institutions depend'³⁷. The bedrock assumption of this opinion is that economic development depend to some (or maybe even large) extent upon the quality of judicial mechanisms for solving business disputes (with both private and public parties). While this assumption is true, and the paradox identified by McConnaughay undeniably exists, it is interesting to see that most authors suggest solving the dilemma rather through the promotion of out-of-court dispute resolution, especially through international arbitration as a way of opting out of underdeveloped judiciaries, than through lengthy judicial reforms (resolving business disputes through arbitration can be seen as somewhat uncommon and perhaps culturally alien to a number of developing countries, yet reform of a judiciary can be harder to accomplish in many developing countries due to their political instability, difficulties with reaching a compromise on the most effective model of judiciary, etc.). Major obstacles to the promotion of non-public, or semi-public, as in case of investment arbitration, mechanisms of dispute resolution in developing countries will be discussed in section of the article, which attempts to explain some historical distrust of many Latin American countries toward arbitration. It should be enough to note at this place that most literature on the topic of the role of arbitration in modern business life suggests the existence of a relationship between safeguarding arbitration as a means of dispute resolution and economic development. Put differently, arbitration is generally believed to play a vital role in the processes of liberalization of trade and investment (the ultimate goal of which is to boost economies of developing countries).

McConnaughay makes an interesting analogy between contemporary developing countries and developed countries in their post-World War II period of history. He argues that developing countries have to create 'legal institutions that do not require a significant public financial investment but that, nonetheless, are somehow capable of immediately providing certain important regulatory and adjudicatory functions that otherwise would require years to develop' and that 'like the nations that were members of the international trading community during the post-World War II period, developing countries need to achieve all of this without unduly sacrificing their sovereign powers, interests, and responsibilities'³⁸. In the

³⁶ See *What is the Pacific Alliance?*, Pacific Alliance, <https://alianzapacifico.net/en/what-is-the-pacific-alliance/>, accessed on: 20 January 2020.

³⁷ P.J. McConnaughay, *The Role of Arbitration in Economic Development and the Creation of Transnational Legal Principles*, PKU Transnational Law Review (1)2013, Vol. 1, p. 10.

³⁸ P.J. McConnaughay, *The Role of Arbitration...*, p. 11.

post-war decades, the international community struggled to arrange transnational mechanisms of solving business disputes (and commercial arbitration assumed a leading role in this regard thanks to the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, known as the New York Convention)³⁹. McConaughay is aware that his analogy is imperfect⁴⁰. In any event, he sees the broad promotion of arbitration as the most natural (and the easiest) solution for the identified dilemma and 'essential to economic development and prosperity'⁴¹. Due to its flexibility, stemming from the principle of party autonomy, arbitration can mitigate cultural differences, mentioned at the beginning of this section as a potential obstacle to its promotion in developing countries, and hence it should neither be seen as a 'Westernized' nor 'Americanized' procedure of dispute resolution⁴². Following the perspective proposed by McConaughay, expanding his line of thinking, one may try to identify region-specific differences in the conduct of commercial arbitrations⁴³. Their existence would confirm that arbitration, if necessary, can adapt to regional particularities. On the other hand, the practice of investment arbitration, especial under the aegis of ICSID in the 1990s and 2000s, became somewhat dominated by US attorneys and elite arbitrators representing mostly the western countries⁴⁴. As will be discussed in more detail in section of the article, this elitism of international arbitration can be a subsidiary source of bias against it in some developing countries, especially those which share anti-American or anti-Western sentiments.

In any case, an economic study by Berkowitz, Moenius and Pisto (2004) finds a positive impact of accession to the New York Convention on a country's trading patterns, i.e. parties to the New York Convention 'export more complex goods even in the absence of high marks on domestic institutional quality'⁴⁵. Thus, the ratification of the New York Convention by a given country influences trading behavior of foreign entrepreneurs⁴⁶. As argued by Fry (2011), '[o]ther conventions promoting international arbitration also have impact on improvement of business and investment climate'⁴⁷. He lists the Inter-American Convention on International Commercial Arbitration (Panama, 1975, known as the Panama Convention), prepared under the auspices of the OAS, among those instruments which regionally improve business climate (which is unsurprising as the New York

³⁹ *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, 10 June 1958, 330 UNTS, 3 (entered into force 7 June 1959).

⁴⁰ P.J. McConaughay, *The Role of Arbitration...*, p. 11.

⁴¹ P.J. McConaughay, *The Role of Arbitration...*, pp. 15, 16, where he argues that:

[a]s I suggested in my comparison of developing countries to the post-World War II international community of nations, there can be no question about international arbitration's extraordinary contribution to the promotion and growth of international commerce during the past 50 years'.

⁴² P.J. McConaughay, *The Role of Arbitration...*, pp. 28–29.

⁴³ See K. Czech, *The Distinctive Characteristics of Commercial and Investment Arbitration Proceedings: Lex multiplex, universa curiositas, ius unum?*, Polish Yearbook of International Law 2015, Vol. XXXV, p. 317 et pass. See also G.M. Wilner, *Acceptance of Arbitration by Developing Countries*, [in:] T.E. Carbonneau (ed.), *Resolving Transnational Disputes through International Arbitration*, Charlottesville 1984, p. 286.

⁴⁴ K. Czech, *The Distinctive Characteristics...*, p. 320. See also UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2017*, Geneva 2016, p. 6 (Figure 6).

⁴⁵ D. Berkowitz, J. Moenius, K. Pistor, *Legal Institutions and International Trade Flows*, Michigan Journal of International Law (1)2004, Vol. 26, pp. 167–177 et pass. See also J. Fry, *Arbitration and Promotion of Economic Growth and Investment*, European Journal of Law Reform 2011, Vol. 13, p. 391.

⁴⁶ D. Berkowitz, J. Moenius, K. Pistor, *Legal Institutions...*, p. 177.

⁴⁷ J. Fry, *Arbitration and Promotion...*, p. 392.

Convention and the Panama Convention are similar)⁴⁸. Fry refers *in extenso* to the economic study by Berkowitz, Moenius and Pisto from the mid-2000s. The pool of other useful studies is small, and reported studies rather generally measure the influence of the quality of a country's institutions on its growth than the impact of arbitration on improving economic development⁴⁹. Except for one study from Colombia, by Cayón, Correa and Espriella (2018), which deals with the impact of international arbitration on economic growth in Latin America, more up to date studies, with a focus particularly on determining the economic value of offering arbitration as an alternative to litigation, or an additional mode of settling business disputes with foreign entities, have not appeared⁵⁰. Hence, while the studies by Berkowitz, Moenius and Pisto (2004), and Cayón, Correa and Espriella (2018) are conclusive, and can be cited as evidence of the positive impact of availability of international arbitration on economy, one would expect more support for the assumption in point.

Having accepted the common assumption that arbitration generally fosters business life, the question arises as to the role of investment arbitration: Does it have equally positive influence on the improvement of the flow of investment as commercial arbitration on the improvement of trade? To reiterate, what do empirical studies say about the impact of ISDS on the growth of investment in capital-importing countries?

The answer to the above-posed question is not simple. Some definitely affirmative answers to the posed question can be found in literature⁵¹. Some other voices coming from the international arbitration milieu claim more carefully that the so-called 'offer to arbitrate' addressed to investors can be helpful in encouraging investment (but it is not decisive in making business choices)⁵². Different opinions on the matter are perhaps best summarized by Franck (2007) in her powerful article on the proliferation of international investment agreements (IIAs – most of IIAs include ISDS which provide for investment arbitration)⁵³. Franck distinguishes between 'market protagonists', who believe that other factors than IIAs relating to the targeted market are much more likely to influence business decisions, and 'treaty protagonists', who find that IIAs increase FDI, and thus suggests that the views of various authors are strongly polarized⁵⁴. Economic studies examined by Franck use different methodologies, which makes their outcomes difficult to compare⁵⁵. Importantly, however, the group of 'market protagonists' includes analysts from

⁴⁸ J. Fry, *Arbitration and Promotion...*, p. 392. See *Inter-American Convention on International Commercial Arbitration*, 30 January 1975, 1438 UNTS, p. 245 (entered into force 16 June 1976). See also A. Braghetta, *Polygamy of Treaties in Arbitration – A Latin American and MERCOSUL Perspective*, [in:] M.A. Fernandez-Ballester, D. Arias (eds.), *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Madrid 2010, pp. 266–267.

⁴⁹ D. Berkowitz, J. Moenius, K. Pistor, *Legal Institutions...*, p. 166.

⁵⁰ E. Cayón, J. Santiago Correa, L. de la Espriella, *Does international arbitration affect economic growth in Latin America?*, WSEAS Transactions on Business and Economics, <http://www.wseas.org/multimedia/journals/economics/2018/a985107-657.pdf>, accessed on: 20 January 2020, p. 505.

⁵¹ J.W. Salacuse, N.P. Sullivan, *Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain*, Harvard International Law Journal (1)2005, Vol. 46, pp. 109, 111.

⁵² J. Fry, *Arbitration and Promotion...*, p. 392.

⁵³ S.D. Franck, *Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration and the Rule of Law*, Pacific McGeorge Global Business & Development Law Journal (2)2007, Vol. 19, p. 345 et seq.

⁵⁴ S.D. Franck, *Foreign Direct Investment...*, pp. 349–353.

⁵⁵ S.D. Franck, *Foreign Direct Investment...*, p. 352.

the United Nations Commission on Trade and Development (UNCTAD)⁵⁶. Yet, the opinion of UNCTAD is rather balanced and less straightforward than expected⁵⁷. Franck's work and UNCTAD's studies are also cited by Newcombe and Paradell (2009) in their treatise on IIAs⁵⁸. In the end, both Franck, and Newcombe and Paradell conclude that empirical literature is inconclusive⁵⁹. A 2016 empirical study from South Africa, however, firmly finds that 'the net benefit accruing to countries with BITs [bilateral investment treaties – *my explanation*] is substantially lower than for countries without BITs'⁶⁰. Overall, having examined the literature, it is difficult to make any definite observations.

In addition to this, Brazil and Ireland are well-known examples of countries successful in liberalizing their economies in the 1990s/2000s and attracting FDI almost without IIAs⁶¹. The phenomenon of Brazil's economic accomplishments is often discussed in arbitration literature as 'it remained at the edges of ... new international legal order' [international commercial and investment arbitration regime – *my explanation*] due to its hesitance in ratifying the New York Convention (which it eventually ratified in 2002) and in joining the ICSID system (it is still neither a signatory nor a contracting state of the ICSID Convention)⁶². While in mid-1990s Brazil signed a number of BITs with capital-exporting countries, including agreements with the United Kingdom, France, Germany, Switzerland, and the Netherlands, the Brazilian Government decided to withdraw ratification proposals due to, among other reasons, its skepticism toward agreements providing for arbitration⁶³. Of course, the growth of Brazilian investments in other Latin American countries and Africa, taken together with first difficulties with the protection of Brazilian investments in Ecuador and Bolivia, led to some revision of its initial position on IIAs⁶⁴. Since 2015 Brazil has signed IIAs with Angola, Chile, Colombia, Ethiopia, Guyana, Malawi, Mexico, Mozambique, and Suriname (hence

⁵⁶ S.D. Franck, *Foreign Direct Investment...*, p. 349. See also UNCTAD, *World Investment Report 2003*, Geneva 2003, pp. 89–91, where the report finds that:

'An aggregate statistical analysis does not reveal a significant independent impact of BITs in determining FDI flows (UNCTAD 1998a). At best, BITs play a minor role in influencing global FDI flows and explaining differences in their size among countries. Aggregate results do not mean, however, that BITs cannot play a role in specific circumstances and for specific countries. For example, they could signal that a host country's attitude towards FDI has changed and its investment climate is improving—and to obtain access to investment insurance schemes. Indeed, investors appear to regard BITs as part of a good investment framework.'

⁵⁷ See also UNCTAD, *World Investment Report 2003*...

⁵⁸ A. Newcombe, L. Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties*, Alphen aan den Rijn 2009, pp. 62–63.

⁵⁹ See S.D. Franck, *Foreign Direct Investment...*, p. 348, 353; A. Newcombe, L. Paradell, *Law and Practice...*, p. 62.

⁶⁰ U. Kollamparambil, *Bilateral Investment Treaties and Investor State Disputes*, Economic Research Southern Africa (ERSA), ERSA working paper 589, https://econrsa.org/system/files/publications/working_papers/working_paper_589.pdf, p. 13, accessed on: 20 January 2020.

⁶¹ See S.D. Franck, *Foreign Direct Investment...*, pp. 348, 361; A. Newcombe, L. Paradell, *Law and Practice...*, p. 63. See also N.D. Rubins, *Investment Arbitration in Brazil*, *Journal of World Investment* 2003, Vol. 4, p. 1072.

⁶² N.D. Rubins, *Investment...*

⁶³ A. Wald, *A New Approach to International Investment Agreements (IIAs) in Brazil*, [in:] M.A. Fernandez-Ballester, D. Arias (eds.), *Liber Amicorum...*, p. 1188.

⁶⁴ A. Wald, *A New Approach...*, pp. 1189–1190. See, however, also E. Lindsay, G. Angles, *International Investment Arbitration in Latin America: Year in Review 2016*, Bryan Cave, <https://www.bclplaw.com/images/content/9/3/v2/93581/International-Investment-Arbitration-YiR-Latin-America-2016.pdf>, p. 6, accessed on: 20 January 2020.

it negotiates IIAs mostly with capital-importing economies)⁶⁵. The first of these agreements (Angola-Brazil BIT from 2015) went into force on 28 July 2017⁶⁶. Even though Brazil has recently started changing its policy toward IIAs, its earlier success in attracting FDI, and the fact that until now it has concluded new IIAs only with less developed countries (e.g. Angola) or other emerging economies (e.g. Chile, Colombia), undermines to some degree the role of IIAs/ISDS in liberalization economies. Most importantly, however, Brazil is still reluctant to include in its IIAs provisions on investor-state arbitration, which are typical for most ISDS clauses, i.e. the parties to the recent generation of Brazilian IIAs may resort only to arbitration mechanisms between states.

Notwithstanding the above observations, it is also necessary to underscore that the relationship between the expansion of international commercial and investment arbitration, on one side, and the development of international trade and investment, on the other, is a two-way street. On the one hand, as already discussed, it is possible to argue that the promotion of arbitration as a method of dispute resolution fosters business life (yet a greater number of economic studies is needed in this regard, especially examining the weight of the ‘offer to arbitrate’ addressed to investors in their investment decisions). On the other hand, it is equally true that globalization, defined as a process of growing economic liberty and integration of the markets, boosts arbitration⁶⁷. The quick development of arbitration in its various forms is strictly linked to the indicated process⁶⁸. In other words, it is the global nature of nowadays trade and frequent export of capital that create the space for the world-wide expansion of arbitration. Getting back to the McConaughay’s dilemma, whether we like it or not, the era of globalization proved that, despite its flaws, and recent criticism of investment arbitration, so far only arbitration has met the need for effective protection of international trade and investment. This conclusion can be also backed by Brazil’s turn to IIAs in order to safeguard its exported capital.

IV. HISTORICAL DISTRUST OF LATIN AMERICAN STATES TOWARD ARBITRATION

Arbitration, and, in particular, international arbitration – whether commercial or investment, and whether contract-based or treaty-based – has never been much favoured by developing nations, including a number of Latin American countries.

Sperry aptly observes that arbitration, at least in its modern form, has for many decades been considered to be an intellectual product of the ‘grand old men’ who served as academics and practitioners across the major US and Western European international hubs and hence dominated the international arbitration milieu by ‘interchangeably’ constituting arbitral tribunals and representing clients⁶⁹. This origin

⁶⁵ See ‘Brazil’ at *Investment Policy Hub* UNCTAD, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/27>, accessed on: 15 December 2018.

⁶⁶ See ‘Brazil’ at *Investment Policy...*

⁶⁷ B.M. Cremades, D.J.A. Cairns, *The Brave New World...*, pp. 173, 175.

⁶⁸ D. Sperry, *The Impact of International Commercial Arbitration on Developing Nations: Has the Emergence of the International Private Justice Market Narrowed the Gap between Developed and Developing Parties*, Hong Kong Law Journal (2)2010, Vol. 40, No. (Part) 2, p. 362.

⁶⁹ D. Sperry, *The Impact of International...*, p. 367.

of the international arbitration regime gave rise to the perception that developing countries were underrepresented in the international arbitration milieu, as well as frequently 'confronted by a foreign system run by elite foreigners' who were (allegedly) biased⁷⁰. Still this allegation resulted largely from the fact that in the past many developing countries were not attentive in nominating arbitrators, often designating public officials to ICSID, as Shihata, the Vice President and General Counsel of the World Bank and Secretary-General of ICSID, went on to explain in 1986⁷¹. Hence, ICSID was aware of the need to seek 'increasingly diversified representation of nationalities' on ICSID panels, and to promote better understanding of international arbitration, long before the advent of the current treaty-based arbitration era⁷². As arbitration was generally 'little practiced' in Latin America until the 1980s, it was difficult to found statistical information and legal commentaries, not to mention arbitral decisions, on international treaties on the law of arbitration at that time⁷³. How much has changed since then? It is needless to say that access to intelligence on arbitrators, literature and data bases on international arbitration, or arbitration in general, is much easier nowadays. The international arbitration milieu is today definitely more diversified, including well-known first-class arbitrators from Latin America like Prof. F. Orrego Vicuña, Prof. G.S. Tawil, Dr. H.A. Grigera Naón, or Dr. C. von Wobeser. Also, the overall number of Latin American arbitrators in cases proceeded under the aegis of the ICC International Court of Arbitration substantially increased between mid-1990s and 2005⁷⁴. Naturally, the elitism of international arbitration has not completely vanished and investment arbitration still attracts criticism in this respect⁷⁵. Anyway, the lack of diversity has been just one of the reasons for distrust of international arbitration in Latin America.

Another reason was the general perception that the entire normative architecture of international arbitration, including not only its procedural and institutional aspects, but also, for example, the 'doctrinal configuration' of international law, favoured interests of developed nations (e.g. the preference for the Hull formula in investment arbitration as its cornerstone)⁷⁶. This largely stereotypical perception was perhaps best phrased by President Morales who expressed the view that '[g]overnments in Latin America, and I think all over the world never win the cases. The transnationals always win.'⁷⁷. The regime of international arbitration

⁷⁰ D. Sperry, *The Impact of International...*, p. 368. See also G.M. Wilner, *Acceptance of Arbitration...*, p. 286.

⁷¹ I.F.I. Shihata, *Obstacles Facing International Arbitration*, International Tax & Business Lawyer (2)1986, Vol. 4, p. 210.

⁷² I.F.I. Shihata, *Obstacles Facing...*, p. 210.

⁷³ A.M. Garro, *Enforcement of Arbitration Agreements and Jurisdiction of Arbitral Tribunals in Latin America*, Journal of International Arbitration (4)1984, Vol. 1, pp. 293–294.

⁷⁴ J.M. Alcalá, J. Briones, *Arbitration in Latin America: A First Look at the Impact of Legislative Reforms*, Law and Business Review of the Americas (4)2007, Vol. 13, p. 999. See also M.B. Burghetto, *Notes on Arbitration in Argentina*, Law and Business Review of the Americas (3)2003, Vol. 9, p. 491.

⁷⁵ See *Investor-State Dispute Settlement* at note 46, p. 6 (Figure 6), where UNCTAD concludes that '[a] small number of people have been appointed to more than 30 cases each (figure 6), with three having received the most appointments. All but one are citizens of European or North American countries.'

⁷⁶ D. Sperry, *The Impact of International...*, pp. 366–367.

⁷⁷ D. Sperry, *The Impact of International...*, p. 367. See also B.G. Rinker, *The Future of Arbitration...*, p. 483, who correctly observed (as early as in 1976) that:

'The Latin American nations' experience with arbitration has generally been negative. Although these countries have participated in a little over 200 arbitration decisions in the past 150 years, most decisions rendered rarely favored the Latin American states involved in the disputes.'

was viewed for a long time as a ‘modern alternative to the gunboat diplomacy used by colonial powers in times past’⁷⁸. As explained already in 1984 by Wilner, it was so (and it was so for long decades not only in Latin American, but also in African and Asian countries) as:

‘In many developing countries, the national legal system has been infused with elements that are inspired by the principles of the New International Economic Order or that at least are consonant with them. These rules which affect transnational trade, commerce, investment, and other components of national economic life have important and often essential public policy purposes; they are rules to be respected and enforced (...) Foreign courts and arbitration tribunals are part of the Western consensus and certainly cannot be trusted to serve the basic national interests of the particular developing country developing country itself might be involved in such relationships.’⁷⁹.

Likewise, colonialism, foreign military interventions, and the large scale exploitation of Latin American natural resources by foreign-owned corporations resulted in the Calvo Doctrine, according to which foreigners should not be entitled to any extra rights and privileges that are not held by a country’s own nationals, which Latin American countries turned into a constitutional principle⁸⁰. It was an ideological basis for rejecting contract- and treaty-based arbitration with multinationals by most Latin American countries until late 1970s⁸¹. The so-called ‘Calvo Clause’ used to be inserted into state contracts in Latin America, providing that disputes arising out of them had to be settled in local courts⁸². In consequence of the general distrust toward arbitration, local arbitration laws provided for a number of limitations requiring, for instance, that arbitrators have to be nationals or alumni of local law schools, that appointment of arbitrators must be approved by courts, or restrictions to the arbitration tribunal’s power to order interim measures⁸³. Also, the ratification of the New York Convention and the ICSID Convention was

⁷⁸ D. Sperry, *The Impact of International...*, p. 367. See also G. van Harten, *Policy Impacts of Investment Agreements for Andean Community States*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1461097, p. 34, accessed on: 20 January 2020, where he concludes his analysis by stating:

‘Given the apparent bias – arising from the financial interest of the arbitration industry – in favour of investors and against respondents, present arrangements for investment treaty arbitration are understandably regarded to be unfair to developing, capital-importing states. It is of course true that investors have been unsuccessful in many cases under investment treaties, but they have also won many claims and received substantial damages following expansively pro-investor interpretations of the treaties by tribunals.’

⁷⁹ G.M. Wilner, *Acceptance of Arbitration...*, p. 288. See also B.G. Rinker, *The Future of Arbitration...*, p. 483.

⁸⁰ See J.M. Alcalá, J. Briones, *Arbitration in Latin America...*, p. 997. See also M.B. Olmos Giupponi, *Trade Agreements, Investment Protection and Dispute Settlement in Latin America*, Alphen aan den Rijn 2018, pp. 79–80; J.G.P. Muñoz, *The Rise of Common Principles for Investment in Latin America: Proposing a Methodological Shift for Investor-State Dispute Settlement*, *Journal of World Investment & Trade* (4)2016, Vol. 17, pp. 616–619.

⁸¹ See e.g. J.M. Alcalá, J. Briones, *Arbitration in Latin America...*, p. 997. See also J.C. Hamilton, *Three Decades of Latin American Commercial Arbitration*, *University of Pennsylvania’s Journal of International Law* (4)2009, Vol. 30, p. 1100.

⁸² C. Titi, *Investment Arbitration in Latin America. The Uncertain Veracity of Preconceived Ideas*, *Arbitration International* (2)2014, Vol. 30, p. 360.

⁸³ C. Titi, *Investment Arbitration...*, p. 360.

delayed in Latin America⁸⁴. That used to fit in with a protectionist approach of domestic courts to foreign arbitral awards.

While almost all, if not all, of these side-effects of the Calvo Doctrine have gone with the wind over time, investment arbitration statistics indicate that the top five nationalities of investors in ICSID cases filed against Latin American countries are the US, Spain, Netherlands, France, and Canada⁸⁵. These are either former colonial powers or North American states. Intra-Latin American disputes have been definitely less frequent so far⁸⁶. Moreover, in 2014 it was reported that only 3 of 172 investment disputes involving Latin American parties were initiated by investors from the said region against states from outside the region (and Spain faced an investment claim from a Latin American investor only in 3 of 45 disputes initiated against it)⁸⁷. What stems from the cases against Latin American countries is that foreign investment protection is still characterized (up to a point) by the tension between the western economies of North America and Europe, and developing or emerging economies⁸⁸. Put another way, unlike in Central and Eastern Europe where the majority of cases against, for example, Poland (20 of 29 cases), the Czech Republic (34 of 38 cases), or Hungary (15 of 16 cases) are launched by European investors, intraregional cases do not prevail in Latin America over cases initiated by multinationals from other regions⁸⁹. According to UNCTAD, Argentina (with 60 cases), Venezuela (42 cases), Mexico (25 cases), and Ecuador (23 cases) were among most frequent respondent states worldwide (from 1987 to 2017)⁹⁰. Overall, approx. 28.6% of reported investment cases were brought against Latin American countries⁹¹. This makes Latin America the region most affected by investment arbitration⁹². A recent empirical study of Kollamparambil (2016) goes even further and lists Argentina, Venezuela, Ecuador, and Mexico, at the list of 'Top 20 Losers' in terms of net benefits of IIAs⁹³. All of this probably partially explains, bearing in mind the colonial past of Latin America, why Latin American countries have been for a long time reluctant to provide for arbitration with foreign corporations and shows that, even nowadays, they have a reason for criticism of ICSID and to seek alternatives to it. As of today, the above-cited

⁸⁴ See M.B. Olmos Giupponi, *Trade Agreements...*, p. 83. See also A.M. Garro, *Enforcement of Arbitration...*, pp. 300–301; B.G. Rinker, *The Future of Arbitration...*, pp. 481–482.

⁸⁵ E. Lindsay, G. Angles, *Year in Review 2016...*, p. 3.

⁸⁶ E. Lindsay, G. Angles, *Year in Review 2016...*, p. 3.

⁸⁷ E. Lindsay, G. Angles, *International Investment Arbitration in Latin America: Year in Review 2014*, Bryan Cave, <https://www.bclplaw.com/images/content/7/0/v2/70896/Arbitration-LatinAmerica-YIR-FINAL.pdf>, p. 2, accessed on: 20 January 2020. See also 'Spain – as respondent state' at *Investment Policy Hub UNCTAD*, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/CountryCases/197?partyRole=2>, accessed on: 15 February 2019.

⁸⁸ M.B. Olmos Giupponi, *Trade Agreements...*, p. 82.

⁸⁹ See 'Poland – as respondent state' at *Investment Policy Hub UNCTAD*, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/CountryCases/168?partyRole=2>, accessed on 15 February 2019; 'Czech Republic – as respondent state' at *Investment Policy Hub UNCTAD*, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/CountryCases/55?partyRole=2>, accessed on: 15 February 2019; 'Hungary – as respondent state' at *Investment Policy Hub UNCTAD*, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/CountryCases/94?partyRole=2>, accessed on: 15 February 2019.

⁹⁰ UNCTAD, *Special Update on Investor-State Dispute Settlement: Facts and Figures*, Geneva 2017, p. 3 (Figure 2).

⁹¹ C. Olivet, B. Müller, L. Ghiotto, *ISDS in numbers: Impacts of investment arbitration against Latin America and the Caribbean*, Transnational Institute, <https://www.tni.org/en/publication/isds-in-numbers>, p. 2, accessed on: 20 January 2020.

⁹² C. Olivet, B. Müller, L. Ghiotto, *ISDS in numbers...*

⁹³ U. Kollamparambil, *Bilateral Investment Treaties...*, p. 20 (Table 9).

opinion of Wilner appears to be still true mainly as far as some of ALBA countries are concerned (i.e. the hotly debated cases of withdrawal from ICSID, provisions of Ecuador's 2008 constitution that forbid Ecuador from subjecting itself to international arbitration, or Venezuela's policy to avoid arbitration in joint-venture agreements in the oil and gas industry)⁹⁴. Also, on 22 April 2013, several Latin American countries, including Bolivia, Ecuador, or Venezuela, adopted a declaration on 'Latin American States affected by transnational interests'⁹⁵. Indeed, the fear that some developing countries can get together to create obstacles to further development of international arbitration is noticeable in literature⁹⁶. The tendency to shift away from ICSID, and also to readopt in general less friendly approaches to arbitration, will be further discussed in section V of the article.

But it is undeniable that attitudes of most Latin American countries toward international arbitration have been positively changing over the years. A lot has changed in Latin America, especially with the rise of globalization in the 1990s and the interrelated second wave of regionalism in LAC, which – as suggested by Alcalá & Briones – pushed many countries from this region toward improving their policies with respect to arbitration⁹⁷. There has been a great advance in promoting international arbitration in Latin American countries⁹⁸. The changes had two dimensions⁹⁹. First, legislative reforms of arbitration laws, making them more arbitration-friendly, were undertaken in the 1990s and 2000s in a number of Latin American countries, including Argentina, Bolivia, Brazil, Chile, Costa Rica, Dominican Republic, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Peru, or Venezuela¹⁰⁰. Secondly, a much more sympathetic approach to investor-state arbitration, and more generally to IIAs, has been adopted in the past two decades by many countries of the region.

As this short article is not a suitable place for a thorough discussion of the process of arbitration law reforms in Latin America, it will be probably best to sum it up by quoting Hamilton, known for his specialization in the region, who explains that:

'Principally in the 1990s, many Latin American countries overhauled their domestic arbitration laws to provide for the type of commercial arbitration contemplated in the Panama and New York Conventions [without intrusive court intervention in the process of arbitration – *my explanation*]. The changes in Latin American arbitration laws occurred as

⁹⁴ J. Briones, A. Tagvoryan, *Is International Arbitration in Latin America in Danger?*, Law & Business Review of the Americas (1)2010, Vol. 16, p. 132.

⁹⁵ UNCTAD, *World Investment Report 2013. Recent Policy Developments*, Geneva 2013, p. 114 (Box III.7).

⁹⁶ W.O. Durosaro, *The Role of Arbitration in International Commercial Disputes*, International Journal of Humanities, Social Sciences and Education (3)2014, Vol. 1, p. 7.

⁹⁷ J.M. Alcalá, J. Briones, *Arbitration in Latin America...*, pp. 995–996.

⁹⁸ P.L. Cibie, *Enforcement of Arbitration Awards in Latin America: The Current Progress and Setbacks*, Law & Business Review of the Americas (2)2016, Vol. 22, p. 93. See also A. Jana L., *International Commercial Arbitration in Latin America: Myths and Realities*, Journal of International Arbitration (4)2015, Vol. 32, p. 421 et pass.

⁹⁹ For a similar distinction, see F. Mantilla-Serrano, *Major Trends in International Commercial Arbitration in Latin America*, Journal of International Arbitration (1)2000, Vol. 17, pp. 139–140.

¹⁰⁰ See, however, P.E. Mason, M.G. Ferreira Dos Santos, *New Keys to Arbitration in Latin-America*, Journal of International Arbitration (1)2008, Vol. 25, p. 32. See also 'Nueva Ley de Arbitraje Comercial Internacional en la Argentina', <https://www.marval.com/publicacion/nueva-ley-de-arbitraje-comercial-internacional-en-la-argentina-13212>, accessed on: 20 January 2020.

part of sweeping legal reforms and economic liberalization. Many Latin American states based their domestic arbitration laws in whole or in part on the Model Law on Commercial Arbitration formulated by the United Nations Commission on International Trade Law ("UNCITRAL Model Law").¹⁰¹

Surely, the picture of the region is more nuanced than this quote conveys. It is important to distinguish between, for example, Brazil, which followed a monistic approach, yet its unique arbitration law draws from the UNCITRAL Model Law along with drawing from the Spanish Arbitration Act of 1988 and the Panama Convention, and Chile, which followed a dualistic approach and hence almost fully adopted the UNCITRAL Model Law, or Peru, which decided to revise its arbitration law twice in order to adjust it not only to the 1985 UNCITRAL Model Law, but also to the 2006 amendments to the UNCITRAL Model Law¹⁰². Therefore, Latin American countries followed different paths of reform. Regrettably, despite the extensive legal reforms, some post-arbitration awards from Latin America on contracts involving state-owned entities, particularly ones issued in the last decade, demonstrate the continuing protectionism of domestic courts towards local economic interests (e.g. a broad public policy exception in some Argentinean cases)¹⁰³. It remains to be seen how domestic courts react to the new pro-arbitration policies of Latin American governments in the long run¹⁰⁴. Even if court interference in arbitration proceedings still has to be minimized in some Latin American jurisdictions, a lot has been done in the region to promote commercial arbitration anyway: the arbitration laws in Latin America have gone a long way toward modernization since the 1980s.

In addition to discussing the modernization of arbitration laws in Latin America, it is relevant to note that the region has become in the 1990s and 2000s covered by an impressive array of different IIAs, including not only regional or inter-regional agreements and/or free trade agreements with investment provisions (FTAs or TIPs), but also bilateral agreements, many of which overlap (e.g. according to UNCTAD, the Additional Protocol to the Framework Agreement of the Pacific Alliance, signed in 2014, hereinafter the Pacific Alliance Additional Protocol, concerning investments co-exists with Chile-Colombia BIT, Chile-Peru BIT, Trans-Pacific Partnership, all of which include ISDS, and with a number of FTAs with investment provisions)¹⁰⁵. As discussed on the example of Brazil, the approach of Latin American countries to IIAs has recently become less tentative, which change is reflected in statistical

¹⁰¹ J.C. Hamilton, *Three Decades...*, pp. 1102–1103.

¹⁰² J.C. Hamilton, *Three Decades...*, pp. 1102–1103. See also A. Jana L., *International Commercial Arbitration...*, pp. 423–424; P.E. Mason, M.G. Ferreira Dos Santos, *New Keys...*, p. 45; J. Briones, A. Tagvoryan, *Is International Arbitration...*, p. 135.

¹⁰³ See P.E. Mason, M.G. Ferreira Dos Santos, *New Keys...*, p. 34 et seq. See also P.L. Cibie, *Enforcement of Arbitration Awards...*, pp. 93–94, yet P.L. Cibie optimistically concludes that: '[c]ase law suggests, however, that the trend among Latin American courts is to restrict the application of the public policy exception'. For a more positive assessment, see M.B. Burghetto, *Notes...*, p. 493.

¹⁰⁴ A. Jana L., *International Commercial Arbitration...*, p. 425.

¹⁰⁵ For an overview of Latin American IIAs and FTAs, see Ch. Leathley, *International Dispute Resolution...*, p. 13 et seq. See also 'Additional Protocol to the Framework Agreement of the Pacific Alliance' *Investment Policy Hub UNCTAD*, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/country/165/treaty/3409>, accessed on: 18 January 2019.

data. A 2016 review of international investment arbitration in Latin America reports that:

‘Reflecting trade and investment patterns, countries in the region have concluded at least 663 investment treaties (including bilateral investment treaties, free trade agreements and other treaties containing investment-related provisions). Notably, over 22% of the region’s investment treaties are intraregional (i.e. concluded between only Latin American countries).’¹⁰⁶.

Among Latin American countries, Argentina (61 BITs and 18 TIPs), Chile (55 BITs and 32 TIPs), and Peru (33 BITs and 30 TIPs) have signed the greatest number of IIAs¹⁰⁷. While not all of these IIAs are currently in force, and not all them provide for investment arbitration, the growth in the number of IIAs in Latin America throughout the 1990s and 2000s was impressive. Many Latin American countries have started being capital-exporting countries at that time¹⁰⁸. Much of the historical distrust toward being sued by foreign corporations has therefore gone (although, as suggested by the statistics on investment disputes, this is a much more multidimensional and complex relationship – the discussed IIAs gave birth to a wave of cases against Latin American countries and hence also contribute to the rebirth of some distrust of arbitration).

Whatever the case may be, does all this mean that it was solely (or mainly) regional international law on international commercial and investment arbitration that influenced the discussed policy changes in Latin American countries? Arguably, even if closely related to globalization, or indirectly caused by it, the policy changes in Latin American countries do not really result from the regional integration processes, but rather from a series of individual efforts of different Latin American countries to adjust to expectations of their trading and/or business partners, or to overcome the economic challenges affecting Latin America (e.g. demand for FDI to handle the international financial crisis of 2008). The latter proposition appears particularly true with regards to Brazil¹⁰⁹. Also, as shown by the example of Brazil, its policy change in relation to IIAs does not mean providing for investment arbitration. It can be validly argued that the investment protection legal framework in Latin America has broadened in an uncoordinated manner in response to new trends in global investment flows in the 1990s and 2000s¹¹⁰. If so, the relevant changes were rather market-driven than planned at the regional level. Finally, perhaps the historic changes in Latin America, especially as far as reforms of arbitration laws are concerned, were inspired rather by UNCITRAL than by the regional organizations from the second wave of regionalism (and were

¹⁰⁶ E. Lindsay, G. Angles, *Year in Review 2016...*, p. 1.

¹⁰⁷ See ‘Argentina’ at *Investment Policy Hub UNCTAD*, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryOtherIias/8#iialInnerMenu>, accessed on 19 February 2019; ‘Chile’ at *Investment Policy Hub UNCTAD*, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/41#iialInnerMenu>, accessed on 19 February 2019; ‘Peru’ at *Investment Policy Hub UNCTAD*, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/165#iialInnerMenu>, accessed on: 19 February 2019.

¹⁰⁸ M.B. Olmos Giupponi, *Trade Agreements...*, p. 82.

¹⁰⁹ A. Wald, *A New Approach...*, p. 1192 et pass.

¹¹⁰ M.B. Olmos Giupponi, *Trade Agreements...*, pp. 44–45.

conceptually supported by the consolidated international arbitration community, not by analysts and jurists from the regional integration organizations)?

As matter of fact, the modern transnational regime of international commercial and investment arbitration was historically sponsored largely by UNCITRAL, UNCTAD, and the World Bank, and more recently by global arbitral institutions or private institutes, which in the last twenty years took the lead in developing various substantive and procedural international arbitration soft law instruments¹¹¹. It was the 1990's increase in the ratification of the New York Convention and the broad ratification of the ICSID Convention, together with the widespread adoption of UNCITRAL Model Law in Latin America, that have changed the landscape for different types of international arbitration in the LAC region to the greatest extent. This probably undermines the importance of initiatives taken by the regional integration organizations to promote arbitration in Latin America that are discussed in the next section (e.g. works of the Inter-American Commercial Arbitration Commission under the auspices of the OAS).

V. LEGAL OUTPUT OF MAJOR LATIN AMERICAN REGIONAL ORGANIZATIONS IN THE AREA OF INTERNATIONAL COMMERCIAL AND INVESTMENT ARBITRATION

In light of the above observations, it is now necessary to review *aquis* of Latin American regional organizations in the area of arbitration, i.e. to examine both the extensiveness and intensiveness of regional regulations on international commercial and investment arbitration. The review will be carried out on an organization-by-organization basis, starting from the OAS, or actually from the Inter-American Commercial Arbitration Commission (IACAC), and ending with the Pacific Alliance. A summary of findings is offered in section VI.

A. OAS/IACAC

The IACAC was established in 1934, yet its works 'were subsumed' later within the OAS system that was established in 1948 (but, unlike the main OAS headquarters located in Washington, D.C., IACAC is based in Bogota, Colombia)¹¹². Latin American chambers of commerce – and the American Arbitration Association, which gives IACAC an Inter-American character, and administers arbitration cases conducted under its auspices – currently constitute national sections of IACAC¹¹³. Its early initiatives to regionally harmonize regulation of international commercial arbitration were largely unsuccessful. IACAC harmonization initiatives in the 1950s and 1960s are best summarized by Garro:

‘Regional arbitration agreements sponsored by the Inter-American Commercial Arbitration Commission have fared no better [than major

¹¹¹ See D. Arias, *Soft Law Rules in International Arbitration: Positive Effects and Legitimation of the IBA as a Rule-Maker*, Indian Journal of Arbitration Law (2)2018, Vol. 6, pp. 29–30, where D. Arias explains, for example, the role of INCOTERMS (ICC), or instruments drafted by the International Bar Association.

¹¹² Ch. Leathley, *International Dispute Resolution...*, pp. 79, 81.

¹¹³ Ch. Leathley, *International Dispute Resolution...*, pp. 83–84.

international conventions on commercial arbitration, which were not popular in Latin America – *my explanation*]. At their meeting in Mexico City in 1956, the Inter-American Council of Jurists adopted and recommended a model law on arbitration. However, no Latin American country adopted this 1956 Draft Uniform Law on Inter-American Commercial Arbitration. In 1967, the Inter-American Juridical Committee proposed a draft convention on international commercial arbitration, which recognized compulsory arbitration clauses and required that contracting states enforce foreign arbitral awards as though they were final judgments unless a party to the arbitration agreement could demonstrate that the award had been invalidly rendered or did not truly resolve the dispute at issue. No Latin American country indicated it supported the 1967 Draft Inter-American Convention on International Commercial Arbitration.¹¹⁴

Hence, it is probably the successful promotion and support of the Panama Convention in the Western hemisphere that is the greatest achievement of IACAC¹¹⁵. The Panama Convention, which was concluded under the aegis of the OAS, assisted in dismantling the Calvo Doctrine in the region¹¹⁶. Its conclusion is considered to be a turning point in the history of arbitration in Latin America¹¹⁷. Just as in case of other regional instruments, the Panama Convention has its global equivalent in the New York Convention (and the Panama Convention probably accelerated the New York Convention ratification process in Latin America)¹¹⁸. It is even suggested that the Panama Convention is a ‘hybrid offspring’ of the 1967 Draft Inter-American Convention on International Commercial Arbitration (IACAC) and the New York Convention (UNCITRAL)¹¹⁹. The Panama Convention and the New York Convention overlap to a large degree as both of them deal with basic international requirements of arbitration clauses and proceedings, as well as stipulate the conditions for the enforcement of foreign arbitral awards¹²⁰. There are, of course, also notable differences between these instruments¹²¹. The possibility of conflicts between the New York Convention and the Panama Convention, and their concurrent applicability, is a subject of debate among scholars¹²². The most interesting feature of the Panama Convention is likely its unique stipulation that, unless the parties agree otherwise, arbitration proceedings shall be conducted under the arbitration rules of IACAC (Article 3). Though the latter are closely modelled on the UNCITRAL Arbitration Rules, the stipulation has tended to ‘regionalize’ arbitration proceedings too far.

Other important regional law instruments agreed within the OAS system, include, *inter alia*, the Inter-American Convention on Extraterritorial Validity of Foreign Judgments and Arbitral Awards (agreed in 1979, the ‘Montevideo

¹¹⁴ A.M. Garro, *Enforcement of Arbitration...*, p. 301.

¹¹⁵ Ch. Leathley, *International Dispute Resolution...*, pp. 81–82.

¹¹⁶ J.C. Hamilton, *Three Decades...*, pp. 1100–1101.

¹¹⁷ J.C. Hamilton, *Three Decades...*, pp. 1100–1101.

¹¹⁸ Ch. Leathley, *International Dispute Resolution...*, p. 82.

¹¹⁹ A.M. Garro, *Enforcement of Arbitration...*, p. 303. See also J.C. Hamilton, *Three Decades...*, p. 1101.

¹²⁰ For an overview of the Panama Convention, see *The Inter-American Convention on International Commercial Arbitration*, Lawyer of the Americas (1)1977, Vol. 9, p. 44 et pass (authorship not provided).

¹²¹ A.M. Garro, *Enforcement of Arbitration...*, pp. 303–304, 318–320.

¹²² J.C. Hamilton, *Three Decades...*, p. 1106.

Convention')¹²³. Article 1 of the Montevideo Convention provides that it shall apply to matters not covered by the Panama Convention. A useful comparison of the Panama Convention, the Montevideo Convention, and the New York Convention was published by the OAS¹²⁴. The comparison does not fully explain the interplay of these instruments within all Latin American jurisdictions, though.

B. Andean Community

The emergence of the so-called 'Andean Community Law', which is directly (horizontally and vertically) applicable in the Andean Community member states, is a distinctive feature of this supranational organization¹²⁵. There is number of community decisions either directly or indirectly relevant to investment protection, including Decision 291 of 21 March 1991 (Regime for the Common Treatment of Foreign Capital and Trademarks, Patents, Licensing Agreements and Royalties), which is probably known best outside Latin America. Decision 291 provides in Article 10 that in settling disagreements or disputes arising from FDI the Andean Community member states shall follow provisions of their domestic regulations¹²⁶. By providing so, Decision 291 can be read as a step away from the Calvo Doctrine, which was traditionally applied in the earlier Andean Community Law decisions¹²⁷. As Article 10 leaves the settlement of investment disputes to individual states' policies, much depends on the host member state's policy toward investor-state arbitration (e.g. Peru with its liberal policy toward ISDS vs. Bolivia's hostility to investment arbitration).

At the same time, the Protocol of Cochabamba Amending the Treaty Creating the Court of Justice (1996), in Article 38 allows individuals to submit disputes arising out of contracts governed by the Andean Community law to the Andean Court of Justice's arbitration¹²⁸. The arbitral awards of the Andean Court of Justice do not require *exequatur*, i.e. they are directly applicable in the Andean Community¹²⁹. Thus, this *sui generis* arbitration system bears features that make it different from private commercial arbitration.

C. MERCOSUR

As regards MERCOSUR, Blackaby and Noury divide the arbitration-related initiatives of MERCOSUR into two types: (1) those aimed at the regional harmonization

¹²³ See *Inter-American Convention on Extraterritorial Validity of Foreign Judgments and Arbitral Awards*, <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-41.html>, accessed on: 20 January 2020.

¹²⁴ See *Comparison of Inter-American Arbitration Treaties & The New York Convention*, <http://www.oas.org/en/sla/dil/docs/Comparison%20of%20Inter-American%20Arbitration%20Treaties%20and%20the%20New%20York%20Convention.pdf>, accessed on: 20 January 2020.

¹²⁵ Ch. Leathley, *International Dispute Resolution...*, pp. 116, 125.

¹²⁶ Ch. Leathley, *International Dispute Resolution...*, pp. 116–118. See also *Decision 291: Regime for the Common Treatment of Foreign Capital and Trademarks, Patents, Licensing Agreements and Royalties*, <http://www.sice.oas.org/trade/junac/decisiones/dec291e.asp>, accessed on: 20 January 2020.

¹²⁷ E.A. Wiesner, *ANCOM: A New Attitude Toward Foreign Investment?*, University of Miami Inter-American Law Review 1993, Vol. 24, pp. 442 et pass, 448.

¹²⁸ See *Protocol of Cochabamba Amending the Treaty Creating the Court of Justice*, <http://www.sice.oas.org/Trade/Junac/Tribunal/TratModi.asp>, accessed on: 20 January 2020. See also Ch. Leathley, *International Dispute Resolution...*, p. 126.

¹²⁹ Ch. Leathley, *International Dispute Resolution...*, p. 126.

of commercial arbitration instruments; and (2) those aimed the establishment of regional mechanisms of investment protection¹³⁰. The brief discussion of arbitration-related initiatives of MERCOSUR will mirror these two categories of initiatives.

The MERCOSUR International Commercial Arbitration Agreement (MICAA or MAA) and the Agreement on International Commercial Arbitration between MERCOSUR, Bolivia, and Chile fall into the first category (both agreed on 23 July 1998)¹³¹. The agreement between MERCOSUR, Bolivia and Chile (associate members in 1998) parallels the agreement between MERCOSUR full member states (Argentina, Brazil, Uruguay, Paraguay)¹³². Their aim of these agreements was to 'establish uniform arbitration rules and principles for the signatory countries' and hence were quite zealously received by some commentators¹³³. But the MICCA's attempt to regulate the entire scope of commercial arbitration procedure, including issues like the applicable law, place of arbitration, language of proceedings, jurisdiction, interim measures, or rules governing the enforcement of arbitral awards, largely duplicates the objectives of the UNCITRAL Model Law¹³⁴. It explicitly refers to the UNCITRAL Model Law, which supplements the MICCA if the latter fails to regulate some issues, as well as refers to other regional international instruments, including the Panama Convention¹³⁵. This makes the entire instrument an interesting amalgam of different international and regional law elements, but also superfluous, i.e. overlapping with more popular regulations¹³⁶. Moreover, some of its provisions, for example, regarding the law applicable to the validity of the arbitration clause, contradict international standards¹³⁷. It is argued that the MICCA 'introduces potential complications given the way it overlaps with other laws and procedural rules'¹³⁸. Hence, it is debatable whether it does more good than harm to the process of building international arbitration.

The Protocol of Colonia for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments within MERCOSUR (agreed in 1994, known as the 'Protocol of Colonia'), the Protocol on Promotion and Protection of Investments coming from non-members of MERCOSUR (agreed in 1994, known as the 'Protocol of Buenos Aires'), and the Intra-MERCOSUR Investment Facilitation Protocol (agreed in 2017) fall into the second category of initiatives (i.e. investment protection related

¹³⁰ N. Blackaby, S. Noury, *International Arbitration in the MERCOSUR – Is Harmonization the Solution*, Law & Business Review of the Americas (3)2003, Vol. 9, p. 446.

¹³¹ See *Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR*, http://www.mre.gov.py/tratados/public_web/DetallesTratado.aspx?id=YoJECHuyUmFj6flylD4u1A==&em=lc4aLYHVB0dF+kNrtEvsmZ96BovjLlz0mcrZruYPcn8=, accessed on: 20 January 2020; and *Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional entre el Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile*, http://www.mre.gov.py/tratados/public_web/DetallesTratado.aspx?id=hlrGRiWQry2xGV5qmXo6g==&em=lc4aLYHVB0dF+kNrtEvsmZ96BovjLlz0mcrZruYPcn8=, accessed on: 20 January 2020. See also Ch. Leathley, *International Dispute Resolution...*, p. 177.

¹³² Ch. Leathley, *International Dispute Resolution...*, p. 177.

¹³³ L. Da Gama E. Souza, *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and their Applicability in the MERCOSUR Countries*, R.J.T. 2002, Vol. 36, p. 397. For a more general overview, see E.A. Quintana Adriano, *Commercial Arbitration: Its Harmonization in International Treaties, Regional Treaties and Internal Law*, Penn State International Law Review (3)2009, Vol. 27, pp. 833–834.

¹³⁴ See Ch. Leathley, *International Dispute Resolution...*, pp. 177, 179; N. Blackaby, S. Noury, *International Arbitration...*, p. 447.

¹³⁵ N. Blackaby, S. Noury, *International Arbitration...*, pp. 447–449.

¹³⁶ N. Blackaby, S. Noury, *International Arbitration...*, pp. 468–469.

¹³⁷ Ch. Leathley, *International Dispute Resolution...*, p. 181.

¹³⁸ Ch. Leathley, *International Dispute Resolution...*, p. 188.

initiatives of MERCOSUR)¹³⁹. However, none of these three protocols are in force, and only the first two provide for investor-state arbitration¹⁴⁰. Yet, Blackaby and Noury criticize the Protocol of Colonia as it limits 'recourse to arbitration under the ICSID Convention unless and until Brazil becomes a Contracting State' and advise foreign investors, if possible, to initiate future arbitration cases against MERCOSUR member states under BITs¹⁴¹. This shows that MERCOSUR's adherence to the 1990s standards of investment protection is questionable.

D. CARICOM

Article 74.2 of the Revised Treaty of Chaguaramas requires CARICOM countries to harmonize their arbitration laws. Another important provision of the Revised Treaty of Chaguaramas for the promotion of alternative dispute resolution is Article 223. It requires that the CARICOM member states: (1) encourage and facilitate the use of arbitration for the settlement of private commercial disputes among their nationals as well as among their nationals and nationals of third states; and (2) provide appropriate procedures in their legislation to ensure observance of arbitration agreements and for the recognition and enforcement of arbitral awards. According to Article 223.3 of the Revised Treaty of Chaguaramas, a CARICOM country which has implemented the New York Convention shall be deemed to be in compliance with the requirement to provide appropriate procedures in its legislation to ensure observance of arbitration agreements. But the New York Convention has not been ratified by Belize, Grenada, St. Kitts and Nevis, Saint Lucia, and Suriname as of yet¹⁴². Regarding the UNCITRAL Model Law, it has not been adopted in Belize, Grenada, Guyana, St. Kitts And Nevis, Saint Lucia, St. Vincent and the Grenadines, Suriname and Trinidad and Tobago¹⁴³. In the field of investment protection, the Revised Treaty of Chaguaramas provides for state-to-state dispute resolution mechanisms, which are available to investors only in exceptional circumstances¹⁴⁴. In his 2007 treatise on international dispute resolution in Latin America, Leathley points to a number of regional agreements entered into by CARICOM

¹³⁹ See *Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el MERCOSUR*, http://www.mre.gov.py/tratados/public_web/DetallesTratado.aspx?id=QbqmyvQl7CGPrIugK4Iltg==&em=lc4aLYHVB0dF+kNrtEvsmZ96BovjLlZ0mcrZruYPcn8=, accessed on: 20 January 2020; *Protocolo sobre Promoción de Inversiones Provenientes de Estados no Partes del Mercosur*, http://www.mre.gov.py/tratados/public_web/DetallesTratado.aspx?id=MzFrhVNTcm7X+Ji9lTDZ0Q==&em=lc4aLYHVB0dF+kNrtEvsmZ96BovjLlZ0mcrZruYPcn8=, accessed on: 20 January 2020; and *Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-Mercosur*, http://www.mre.gov.py/tratados/public_web/DetallesTratado.aspx?id=6E8bE7i/WyKPb1VlfV2uLw==&em=lc4aLYHVB0dF+kNrtEvsmZ96BovjLlZ0mcrZruYPcn8=, accessed on: 20 January 2020. See also M. Cornell Dypski, *An Examination of Investor-State Dispute Resolution under the MERCOSUR and NAFTA Regimes*, *Law & Business Review of the Americas* (1)2002, Vol. 8, p. 226 et pass.

¹⁴⁰ See J.D. Fry, J.I. Stampalija, *Towards an Agreement on Investment in Mercosur: Conflict and Complementarity of International Investment Law and International Trade-in-Services Law*, *Journal of World Investment & Trade* (4)2012, Vol. 13, p. 581; N. Blackaby, S. Noury, *International Arbitration...*, p. 454, 457; C. Dypski, *supra* note 139, 228–229.

¹⁴¹ N. Blackaby, S. Noury, *International Arbitration...*, p. 469.

¹⁴² See 'New York Convention' *Status*, https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2, accessed on: 20 January 2020.

¹⁴³ See 'UNCITRAL Model Law' *Status*, http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html, accessed on: 25 February 2019.

¹⁴⁴ Ch. Leathley, *International Dispute Resolution...*, pp. 130, 146.

which provide for a legal basis for investor protection though¹⁴⁵. Among the said regional agreements, however, only the CARICOM-Costa Rica FTA provides for investor-state arbitration (ICSID/UNCITRAL as forums of resolving disputes)¹⁴⁶. In 2017 and 2018 a draft CARICOM Investment Code was being considered¹⁴⁷. The Investment Code was expected to be finalized in 2019.

E. ALBA and UNASUR

Latin American countries initially opposed establishing ICSID¹⁴⁸. After this initial opposition of Latin American governments to ICSID decreased in 1990s (with the exceptions of Brazil and Mexico, yet Mexico became a member state in 2018), a great number of cases initiated against Latin American countries attracted strong regional criticism and resistance to ICSID¹⁴⁹. Since 2007 an ‘ideological component’ was included in some of the critiques – Presidents Morales and Chavez jointly announced that the ALBA countries (Bolivia, Venezuela, Cuba and Nicaragua) would withdraw from = ICSID and denounce all of their IIAs¹⁵⁰. Indeed, ICSID was vigorously criticized for an alleged ‘Western bias’¹⁵¹. Bolivia and Venezuela took a number of anti-investment arbitration measures and eventually withdrew from ICSID (in 2007 and 2012 respectively)¹⁵². These countries were joined by Ecuador (a former member state of ALBA between 2006 and 2018) which first decided to exclude its oil and gas sector from ICSID’s jurisdiction (2007) and subsequently completely withdrew from ICSID (2009)¹⁵³. Paradoxically, Ecuador was one of the first Latin American countries which joined ICSID¹⁵⁴. At the 39th Session of the General Assembly of OAS (2009), the frustration with the high number of cases initiated against Latin American countries at ICSID led to a proposal of Ecuador to create, under the aegis of UNASUR, an arbitration centre alternative to ICSID¹⁵⁵. The proposal submitted by Ecuador included a set of new investment arbitration rules and a code of conduct for UNASUR adjudicators¹⁵⁶. According to the proposal, with time, the UNASUR

¹⁴⁵ Ch. Leathley, *International Dispute Resolution*..., pp. 134–135.

¹⁴⁶ See ‘CARICOM (Caribbean Community)’ CARICOM-Costa Rica FTA, Investment Policy Hub <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2675/>, accessed on: 25 February 2019.

¹⁴⁷ See *Trade and Investment Agreements in CARICOM*, https://www.paho.org/ocpc/index.php?option=com_docman&view=download&alias=115-trade-and-investment-agreements-in-caricom&category_slug=seminar-on-tobacco-trade&Itemid=490, accessed on: 25 February 2019. See also *Successful COFAP and CSME Meetings in Barbados*, <https://caricom.org/communications/view/successful-cofap-and-csme-meetings-in-barbados>, accessed on: 25 February 2019.

¹⁴⁸ I.A. Vincentelli, *The Uncertain Future of ICSID in Latin America*, *Law & Business Review of the Americas* (3)2010, Vol. 16, pp. 417–418.

¹⁴⁹ I.A. Vincentelli, *The Uncertain Future*..., p. 421.

¹⁵⁰ I.A. Vincentelli, *The Uncertain Future*..., p. 421.

¹⁵¹ K. Grant, *The ICSID Under Siege: UNASUR and the Rise of a Hybrid Regime for International Investment Arbitration*, *Osgoode Legal Studies Research Paper No. 26* (6)2015, Vol. 11, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2626498, p. 5, accessed on: 20 January 2020.

¹⁵² For a close analysis of the anti-arbitration steps, see I.A. Vincentelli, *The Uncertain Future*..., pp. 428, 447–449 respectively. See also J.C. Bernal Rivera, M. Viscarra Azuga, *Life after ICSID: 10th anniversary of Bolivia’s withdrawal from ICSID* (12 August 2017), <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/08/12/life-icsid-10th-anniversary-bolivia-withdrawal-icsid/>, accessed on: 20 January 2020.

¹⁵³ See I.A. Vincentelli, *The Uncertain Future*..., pp. 410, 442. For a detailed discussion of the denunciation of the ICSID by members of ALBA and its consequences, see UNCTAD, *IIA Issues Note: Denunciation of the ICSID convention and BITs*, Geneva 2010.

¹⁵⁴ I.A. Vincentelli, *The Uncertain Future*..., p. 419.

¹⁵⁵ K. Grant, *The ICSID Under Siege*..., p. 25.

¹⁵⁶ K. Grant, *The ICSID Under Siege*..., p. 25.

Arbitration Centre should become open to users from all over the world¹⁵⁷. While the UNASUR Arbitration Centre and its procedural rules have a number of interesting features – in any case, they address some concerns related to the current ISDS system, including, for instance, absence of an appeal mechanism, or its complexity and high costs¹⁵⁸ – the idea behind this initiative constitutes a regional (and ideological) challenge to the ICSID system (and hence to the World Bank's policies toward foreign investments). The major issue is that the UNASUR Arbitration Centre, which is a unique and untested initiative for the time being, in order to be successful, should gain more credibility and broader regional (or ideally global) acceptance.

F. Pacific Alliance and CACM

The Pacific Alliance stands out from other new integration schemes in Latin America as the Pacific Alliance Additional Protocol includes an ISDS clause providing for investor-state arbitration and forum options, *inter alia*, like ICSID or UNCITRAL. The Pacific Alliance Additional Protocol was signed by all of the Pacific Alliance countries (Chile, Colombia, Mexico and Peru) and entered into force on 1 May 2016¹⁵⁹. It was enthusiastically received by ECLAC as it 'updates the standards of investment protection and liberalization of trade in services contained in bilateral FTA between PA members'¹⁶⁰. According to UNCTAD, the Pacific Alliance Additional Protocol is a well-balanced and modern investment agreement which adequately safeguards public interest and promotes responsible business practices¹⁶¹. Other pro-ISDS initiatives in Latin America, not discussed yet, are IIAs/FTAs agreed by the Central American Common Market (CACM), including, for example, the Agreement on Investment and Trade in Services between Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras and Nicaragua (known as 'CACM Agreement on Investment and Trade Services') and the Free Trade Agreement between Mexico and Central America, both of which provide for investor-state arbitration¹⁶². So far, there has been one investment dispute reported under an FTA agreed by CACM (based on CACM – Panama FTA)¹⁶³. It will be interesting to see whether this IIA/FTA policymaking of CACM is upheld in its future agreements.

¹⁵⁷ C. Titi, *Investment Arbitration...*, p. 380.

¹⁵⁸ K. Grant, *The ICSID Under Siege...*, p. 30.

¹⁵⁹ For an overview of the Pacific Alliance Additional Protocol, see R. Polanco Lazo, *Chilean Trade and Investment Agreements with Southern Countries. From Bilateral Treaties to the Pacific Alliance*, SECO / WTI Academic Cooperation Project Working Paper Series 2015/01', https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2614356, p. 37, accessed on: 25 Februar 2019.

¹⁶⁰ See J.D. Lima, D. Cracau, *The Pacific Alliance and its economic impact on regional trade and investment. Evaluation and perspectives*, ECLAC, online: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40860/1/S1601207_en.pdf, p. 39, accessed on: 20 January 2020.

¹⁶¹ R. Claros, *Investment Protection and the Safeguard of the Essential Interests of the State: Drawing Lessons from the Pacific Alliance's Investment Treaty Framework*, SECO / WTI Academic Cooperation Project Working Paper Series 2015, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2711662, p. 9, accessed on: 20 January 2020. See also UNCTAD, *IIA Issues Note: Recent Trends in IIAs and ISDS*, Geneva 2015, p. 4.

¹⁶² See 'Free Trade Agreement between Mexico and Central America' at *Investment Policy Hub UNCTAD* (23 February 2019), <https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/country/136/treaty/3291>. See also 'Agreement on Investment and Trade in Services between Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras and Nicaragua' at *Investment Policy Hub UNCTAD*, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/countryGrouping/17/treaty/3203>, accessed on: 23 February 2019.

¹⁶³ *Álvarez y Marín Corporación S.A., Estudios Tributarios AP S.A., Stichting Administratiekantoor Anbadi, Bartus van Noordenne and Cornelis Willem van Noordenne v. Republic of Panama* (ICSID Case No. ARB/15/14). See also 'Free Trade Agreement between Central America and Panama' at *Investment Policy Hub UNCTAD*, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mostRecent/treaty/3202>, accessed on: 23 February 2019.

VI. ASSESSMENT OF THE RELATIONSHIP BETWEEN THE DEVELOPMENT OF REGIONAL ARBITRATION LAW AND ECONOMIC INTEGRATION

Considering the above, what is the relationship between the development of regional international law on commercial and investment arbitration and economic integration of Latin American states? To rephrase the question: How did the regional lawmaking in this field influence the region's integration? An answer to this question depends on a preliminary issue as to what indicators of economic integration one applies. Basically, there are two approaches used in economic literature to assess economic integration¹⁶⁴. The first approach assumes that levels of economic integration can be measured by levels of institutional convergence and/or legal harmonization (i.e. a free trade area, common market, customs union, economic and currency union as well as joint legal frameworks within these schemes). It is based on the premise that removing legal obstacles is a *sine qua non* for achieving economic integration. The legal stages-of-integration scale is imperfect, however, as it shows rather 'potential for integration' than the true willingness of different economic actors 'to engage in cross-border economic activity'¹⁶⁵. The second approach focuses much more on the practical economic outcomes of integration. Thus, it posits examining the ratio of foreign trade to gross domestic product (GDP), or the ratio of FDI inflows to GDP, and sometimes both, as indicators of integration. Again, this proposal is not free of flaws and can be misleading¹⁶⁶. Leaving aside the question which approach is more accurate, in this section the author would like to offer his views on the issue whether Latin American regional organizations contributed to the integration and economic development of their member states by promoting international commercial and investment arbitration.

Taking the first of the two above-suggested perspectives, the legal output of major Latin American regional organizations in the area of international commercial and investment arbitration, as shown in the previous section, is rather small. Bearing in mind the long history of Latin American regionalism and the acceleration of integration processes in the 1990s (section), in view of the relatively important role that arbitration plays in the processes of liberalization of international trade and investment (section III), one could expect a somewhat more active role of major Latin American regional organizations in its harmonization. This is particularly true as regards commercial arbitration, or, more specifically, with respect to the promotion of arbitration law reforms in the region. Articles 74.2 or 223 of the Revised Treaty of Chaguaramas – which provide for harmonization of arbitration laws within CARICOM and ensuring procedures for the recognition and enforcement of arbitral awards respectively – bear little significance¹⁶⁷. Likewise,

¹⁶⁴ A. Prakash, J.A. Hart, *Indicators of Economic Integration*, Glob Governance (1)2000, Vol. 6, pp. 95–96. See also C. Mik, *Fenomenologia...*, pp. 106–109.

¹⁶⁵ A. Prakash, J.A. Hart, *Indicators...*, p. 109.

¹⁶⁶ A. Prakash, J.A. Hart, *Indicators...*, p. 110.

¹⁶⁷ See P.E. Mason, M.G. Ferreira Dos Santos, *New Keys...*, p. 32, where the authors find that 'it is worthwhile to note that international commercial arbitration in the Caribbean is not as widely popular as in Latin America for a number of reasons', including the reason that 'most of the Caribbean countries lack standardized arbitration statutes; furthermore, few states in the region have modern statutes'.

the MICAA ‘closely tracks the provisions of the UNCITRAL Model Law’, and is probably superfluous since major MERCOSUR countries adopted the UNCITRAL Model Law¹⁶⁸. The same is true with respect to the Panama Convention, which van den Berg found ‘redundant’¹⁶⁹. While it paved the way to the ratification of the New York Conventions and during the 1970s and 1980s constituted a ‘bridgehead to international arbitration’, it appears to largely copy the work of UNCITRAL¹⁷⁰. The same objectives could have been achieved through devoting more attention to the stronger regional promotion of the New York Convention and other global instruments. Besides the MICCA and the Panama Convention, the links between regional lawmaking on commercial arbitration and better adaptation of Latin America to global trends in the law of arbitration are weak.

The situation is slightly different as regards treaty-based investment arbitration. Certainly, high hopes are pinned on the Pacific Alliance Additional Protocol. The Additional Protocol demonstrates that regionalism in international investment policymaking (through FTAs) is gaining more importance and that it must not put an end to investment treaty arbitration. However, while ‘[t]he shift to regionalism can bring about the consolidation and harmonization of investment rules and represent a step towards multilateralism’, it does not have to mean further promotion of international arbitration as a way of resolving disputes either¹⁷¹. In 2013, in two of its flagship publications UNCTAD proposed promotion of non-binding alternative dispute resolution methods (e.g. an investment ombudsman) and dispute prevention policies¹⁷². Hence, besides the Pacific Alliance and CACM, any further activity of Latin American regional organizations in the area of investment protection is likely to either limit access to investor-state arbitration in its current shape or promote a range of alternative ISDS methods and forums (e.g. the UNASUR Arbitration Centre as an alternative to the ICSID).

In brief, the overall level of institutional convergence and/or legal harmonization resulting from strictly regional initiatives in the area of international arbitration in Latin America is rather low. Notwithstanding that ‘[t]he settlement of public and private disputes is a traditional hallmark of regional arrangements’, and that many integration schemes from the 1990s did pay attention to alternative dispute resolution, including arbitration, it is difficult to indicate any truly convincing examples of a regional success in its promotion among Latin American countries (i.e. internationally appreciated accomplishments)¹⁷³. All of the Latin American regional initiatives to promote international commercial and investment arbitration have been quite superficial. The Asia Pacific Economic Cooperation (APEC) recommendation to APEC members to ratify the New York Convention and to ratify the ICSID Convention is perhaps the most significant example of regional friendliness

¹⁶⁸ Ch. Leathley, *International Dispute Resolution...*, pp. 177, 179.

¹⁶⁹ A.J. van den Berg, *The New York Convention 1958 and Panama Convention 1975: Redundancy or Compatibility?*, *Arbitration International* (1)1989, Vol. 5, p. 229.

¹⁷⁰ A.J. van den Berg, *The New York Convention...*, p. 229.

¹⁷¹ UNCTAD, *IIA Issues Note: Towards a New Generation of International Investment Policies* (Geneva: UNCTAD, 2013) at 5.

¹⁷² UNCTAD, *IIA Issues Note: Towards a New Generation...*, p. 7. See also UNCTAD, *World Investment Report 2013...*, p. 114.

¹⁷³ M.A. Echols, *Regional Economic Integration*, *International Lawyer* (2)1997, Vol. 31, p. 458.

to arbitration (and it fits well into the efforts of UNCITRAL undertaken at the global level)¹⁷⁴. However, APEC is merely a loose integration scheme, and it encompasses only three Latin American economies (Mexico, Chile, and Peru). Among initiatives which have been not discussed in this article, one could possibly point to the Commercial Arbitration and Mediation Centre for the Americas (CAMCA), which was created in the 1990s – consistently with the broad objectives of the North American Free Trade Agreement (NAFTA) – by the American Arbitration Association, the British Columbia International Commercial Arbitration Centre, the Mexico City National Chamber of Commerce, and the Quebec National and International Commercial Arbitration Centre, and managed to develop its own arbitration rules¹⁷⁵. Yet this was a private initiative and its practical importance is debatable, since most NAFTA cases are initiated at ICSID (and NAFTA, of course, falls outside the scope of this article).

But perhaps the aforementioned lack of success in the regional promotion of international commercial and investment arbitration is the normal state of affairs when compared to other regions (including Europe). The fact that a lot of harmonization of international arbitration has taken place over the last decades at the global level (UNCITRAL/UNCTAD) undermines the necessity of codifying new arbitration instruments at the regional level, even if one considers building mechanisms for public and private dispute settlement to be an important part of the agenda for economic integration. Considering the works of UNCITRAL and UNCTAD, regional integration organizations should perhaps adopt the *primum non nocere* policy. Looking from this perspective, the recent activism of the European Union, which comes together with UNCTAD and UNCITRAL to jointly rethink the entire ISDS system, is therefore a new phenomenon. Following the proposed line of thinking, the discussed initiatives of Latin American regional organizations to promote international arbitration in the region, and their little success in this area, probably do not deserve a harsh assessment. Some of the initiatives discussed in this article can be viewed as unsuccessful (e.g. the 1956 Draft Uniform Law on Inter-American Commercial Arbitration), and some other as redundant (e.g. the Panama Convention), or taking the idea of regionalism somewhat too far (e.g. the UNASUR Arbitration Centre), but none of them really jeopardized the march of arbitration to the drumbeat of UNCITRAL and transnational actors who standardized its conduct (e.g. ICC, IBA, or Chartered Institute of Arbitrators).

Regarding the second approach, which focuses on the empirical outcomes of regional economic integration – i.e. the growth of a given region – it is difficult to make any definite observations without country-specific or region-specific economic studies. The Colombian study by Cayón, Correa and Espriella (2018), which was referred to in section , finds that international arbitration has a positive effect on economic growth of Latin America¹⁷⁶. Sadly, this is the only region-specific study known to the author of this article. Though the pool of available general studies on the topic is equally small, most of papers on the role of arbitration in improving business climate

¹⁷⁴ M.A. Echols, *Regional...*, p. 459.

¹⁷⁵ M.A. Echols, *Regional...*, p. 459.

¹⁷⁶ E. Cayón, J. Santiago Correa, L. de la Espriella, *Does international arbitration...*, p. 509.

boldly assume the existence of a relationship between its promotion and economic development. In case of the Pacific Alliance (the Pacific Alliance Additional Protocol) it is probably too early to draw any conclusions as to its general impact on regional trade and investment, but the initial outlook for its economic effects is promising¹⁷⁷. However, the tremendous growth of Latin American economies in the last two decades, including Chile, Brazil, Columbia, Peru, has probably been only negligibly owed to the continuous promotion of international arbitration in these countries.

In particular, it would be entirely unreasonable to assume that the adoption of the UNCITRAL Model Law was decisive for their growth. Surely its adoption did make it easier for the 'wheels of commerce' to function properly in the aforementioned countries, yet it is very unlikely that it was the leading factor in making them run smoothly. It is also important to stress that the leading members of MERCOSUR (in the context of the emerging Latin American economies, for instance, Brazil) and its associate members (in this context, for example, Chile, Columbia, Peru) undertook their arbitration law reforms – either largely modelled on the UNCITRAL Model Law or drawing from its text – rather in parallel to the MICAA, or even before its signature. Hence, the link between this regional instrument and the process of harmonization of arbitration laws is hardly noticeable¹⁷⁸. If so, also the link between this regional international law and these countries' economic growth is rather weak.

Another reason why the relationship between the development of some *acquis* on commercial and investment arbitration, on the one hand, and economic integration (with the interrelated economic growth), on the other hand, is unclear, is the birth of regional organizations like UNASUR and ALBA, both of which were built on the fast-growing skepticism against the Washington Consensus. The latter, among its core principles, used to assume trade liberalization, FDI liberalization, and the need for enhancing legal security for property rights. The Washington Consensus definitely inspired regional economic integration in the last two decades, and the worldwide promotion of international commercial and investment arbitration used to fit well into its principles. Nowadays, neither UNASUR nor ALBA puts much emphasis on economic integration, yet both take initiatives aimed at changing paradigms of international arbitration in the 21st century. The latest sign that some ALBA countries are critical about international arbitration was the 2013 declaration on 'Latin American States affected by transnational interests', which was already mentioned in section of the article. Ministers from Bolivia, Cuba, the Dominican Republic, Ecuador, Nicaragua, Saint Vincent and the Grenadines, and Venezuela agreed to create a regional framework responsible for dealing with challenges of transnational corporations' claims (i.e. a regional arbitration centre to locally settle investment disputes and an international observatory for better cooperation of these countries on resolving disputes)¹⁷⁹. Since 2010, Ecuador has also led the works on the creation of the UNASUR Arbitration Centre¹⁸⁰. This

¹⁷⁷ J.D. Lima, D. Cracau, *The Pacific Alliance...*, pp. 7, 32, 38.

¹⁷⁸ Ch. Leathley, *International Dispute Resolution...*, pp. 178–179.

¹⁷⁹ UNCTAD, *World Investment Report 2013...*, p. 114 (Box III.7).

¹⁸⁰ D. Páez-Salgado, F. Pérez-Lozada, *New Investment Arbitration Centre in Latin America: UNASUR, A Hybrid Example of Success or Failure?* (27 May 2016), <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/05/27/unasur/>, accessed on: 20 January 2020.

proves that arbitration can find its way to the agenda of regional organizations for which economic integration is just a secondary goal and thus undermines the link between regional harmonization of policies and legislation on international arbitration and economic integration.

Although it is impossible to fully examine economic indicators of integration in this article, it is interesting to take a brief look at the World Bank data on the ratio of FDI inflows to GDP for selected Latin American countries. The picture that emerges from the World Bank data is somewhat inconclusive as to the overall importance of economic integration for the region. For example, the ratio trends between 1991 and 2017 for Argentina and Brazil (full members of MERCOSUR, which is probably at the most legally advanced stage of integration in Latin America) and Chile (observer to the Andean Group/Community between 1976 to 2006, its associate member since 2006, and an associate member of MERCOSUR since 1996) are not radically different in the sense that they all show almost common upturns (e.g. in late 1990s or 2004) and downturns (e.g. 2009 or 2013)¹⁸¹. Interestingly, Chile is traditionally one of the region's largest target for FDI flows, and foreign investment contributes more significantly to its GDP than in the case of Argentina or Brazil, even though it did not actively participate in the second (1990s) wave of regionalism¹⁸². This *prima facie* hinders the relevance of the MERCOSUR's legal output, which was presented in section (or even generally its integration efforts). On the other hand, one should keep in mind that the higher ratio of FDI inflows to GDP for Chile can stem from its dedication to IIAs/FTAs (hence liberal economic policies) and from the fact that none of the 1994 MERCOSUR protocols regarding regional and third-country investors came into force¹⁸³. But the discussed ratio for Chile fell down drastically after 2014, despite the fact that it had signed the Pacific Alliance Additional Protocol. Equally interestingly, however, according to UNCTAD, Brazil is among the 'top 5 host economies' for FDI in Latin America (2017) and attracts more than 40 per cent of total FDI flows to the entire region¹⁸⁴. Its economy is big enough, and most likely strong enough on its own, to distort any analysis of the outcomes of regional integration within MERCOSUR. Yet, again, that fact that Brazil is doing so well in various statistics – in spite of its late accession to the New York Convention, merely partial adoption of the UNICTRAL Model Law, and its membership in regional organizations which were either unsuccessful in pursuing the ambition to harmonize arbitration mechanisms in the region (MERCOSUR), or which turned out to question commonly accepted international arbitration paradigms (UNASUR) – leads to conclusion that the impact of regional law on international commercial and investment arbitration on integration and growth of Latin American economies is rather low.

¹⁸¹ See 'Foreign direct investment, net inflows (% of GDP)' at *World Bank*, <https://data.worldbank.org/indicator/BX.KLT.DINV.WD.GD.ZS?end=2017&locations=AR-BR-CL&start=1991>, accessed on: 24 February 2019.

¹⁸² See UNCTAD, *World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance* Geneva 2015, pp. 58, 60.

¹⁸³ See R. Polanco Lazo, *Chilean Trade and Investment Agreements...*, p. 30, where the author argues that 'Chilean trade and investment policies have contributed to growth and poverty reduction in the country'.

¹⁸⁴ See UNCTAD, *World Investment Report 2018 – Investment and New Industrial Policies*, Geneva 2018, pp. 50, 52.

VII. CONCLUSIONS

Despite some skepticism among leading practitioners as to the regional initiatives on international arbitration in Latin America, it is possible to argue that the regional law on international commercial and investment arbitration that was developed in Latin America neither jeopardized the harmonization efforts of UNCITRAL at the global level nor hampered the economic integration processes in the region. However, its positive impact on economic integration and development of Latin American countries is less clear. The author is aware of just one empirical study from Colombia aimed at answering the question whether international arbitration really fostered the quick economic development of the region.

The change of paradigms in the Latin American regional integration by UNASUR and ALBA, combined with their thorny attitude toward ICSID, suggests that it is perhaps time for Latin America to abandon its *sui generis* attempts to harmonize international arbitration mechanisms. Such attempts are not necessarily helpful in establishing a modern arbitration infrastructure, and can encourage seeking alternatives to some time-tested international standards¹⁸⁵. Many of the Latin American initiatives were either too ambitious or too region-specific (e.g. the 1956 Draft Uniform Law on Inter-American Commercial Arbitration, the MICCA, the Buenos Aires Protocol, the Colonia Protocol) and therefore were of little assistance in building international arbitration culture in the region. The said culture could have been built quicker in Latin America by a bold adherence to the major internationally known arbitration instruments (e.g. New York Convention, the UNCITRAL Model Law)¹⁸⁶. As observed by Grigera Naón in late 1998, the example of economic integration in Europe demonstrates that the New York Convention can fully suffice for the successful expansion of international arbitration¹⁸⁷. Regional instruments, at least as far as commercial matters are concerned, are not strictly necessary to ensure the protection of cross-border transactions. Accordingly, what Latin America needs after the rise of schemes like UNASUR or ALBA is a clear statement on its unchanged commitment to globally accepted procedural standards developed in the second half of the 20th century at the international level of harmonization¹⁸⁸. The regional integration organizations which represent the liberal wave of regionalism, and especially MERCOSUR, should therefore focus on promoting (and reforming together with UNCITRAL, UNCTAD, and ICSID) the currently existing and widely-accepted international arbitration instruments. Regardless of what the relationship between the promotion of international arbitration and economic growth is, the history of the Latin American regional attempts to harmonize arbitration prove that, rather than attempting to harmonize arbitration mechanisms by new initiatives, it is advisable to pick and support tried-and-tested international solutions. Only the latter can assist in settling cultural differences and thus their promotion can attract much more positive attention to the region.

¹⁸⁵ See, however, J.G.P. Munoz, *The Rise of Common Principles...*, p. 633.

¹⁸⁶ See N. Blackaby, S. Noury, *International Arbitration...*, p. 469.

¹⁸⁷ N. Blackaby, S. Noury, *International Arbitration...*, p. 469 (note 74, in which Blackaby & Noury *in extenso* cite Dr. Grigera Naón's paper presented at the 1998 Conference of the International Bar Association).

¹⁸⁸ N. Blackaby, S. Noury, *International Arbitration...*, p. 469 (note 74, in which Blackaby & Noury *in extenso* cite Dr. Grigera Naón's paper presented at the 1998 Conference of the International Bar Association).

As a rule, the submitted finding is true for international commercial and investment arbitration in equal measure. In the area of investment treaty arbitration, the above conclusion requires one further comment. UNCTAD (2013) rightly suggested that the '[r]ising regionalism in international investment policymaking presents a rare opportunity to rationalize the regime and create a more coherent, manageable and development-oriented set of investment policies'¹⁸⁹. This opportunity, however, can be used either to reform the ISDS system in a new generation of regional FTAs, and thus to mitigate fragmentation of international investment law (but without totally rejecting its current shape and by doing so, keeping it acceptable for all global actors), or to seek unique regional arrangements (which are likely to be unacceptable for partners from other regions). The first possibility is currently tested on a large scale by the European Union, which quite actively participates at international forums where rules on international investment protection are discussed, including organizations like UNCITRAL and/or UNCTAD, and tries to develop with its partners a reformed investment dispute settlement approach¹⁹⁰. The second possibility, assuming the necessity of building some regional infrastructure for resolving investment disputes, is followed by UNASUR. Unfortunately, instead of correcting the currently existing ISDS regime, it can lead to its unwanted fragmentation. If that happens, this would be a negative example of regional integration leading to greater fragmentation of international law.

Abstract

Konrad Czech, *Regional Law on International Commercial and Investment Arbitration in Latin America and Its Impact on Economic Integration of the Region*

The article examines the role of major Latin American regional organizations in promotion of commercial and investment arbitration (through regional international law) as a method of dispute resolution in the region. It also analyses whether there is a relationship between the development of regional law in the field in question and better integration of Latin American economies. Before moving on to the main analysis, the author discusses the phenomenon of regional economic integration in Latin America and considers the role that arbitration plays (or is believed to play) in the processes of liberalization of international trade and investment. The author concludes that it is rather unclear whether the regional initiatives on international arbitration in Latin America have a positive impact on economic integration and development of Latin American countries. Having found that the positive role of the discussed regional initiatives is somewhat ambiguous, the author submits that they neither hamper the economic integration processes in the region nor jeopardize the harmonization efforts in the area of international arbitration undertaken at the global level.

Keywords: regional law, Latin America, economic integration, international arbitration

¹⁸⁹ UNCTAD, IIA Issues Note: *The Rise of Regionalism in International Investment Policymaking*, Geneva 2013, p. 4.

¹⁹⁰ See *Dispute settlement*, European Union, <http://ec.europa.eu/trade/policy/accessing-markets/dispute-settlement/#isds>, accessed on: 20 January 2020.

Streszczenie

Konrad Czech, *Prawo regionalne regulujące międzynarodowy arbitraż handlowy i inwestycyjny w Ameryce Łacińskiej oraz jego wpływ na integrację gospodarczą regionu*

W artykule zbadano rolę głównych organizacji regionalnych Ameryki Łacińskiej w promocji arbitrażu handlowego i inwestycyjnego (przez regionalne prawo międzynarodowe) jako metody rozwiązywania sporów gospodarczych w państwach regionu. Artykuł analizuje również, czy istnieje związek między rozwojem prawa regionalnego w omawianej dziedzinie a postępami w integracji gospodarczej państw Ameryki Łacińskiej w ramach tamtejszych regionalnych organizacji integracyjnych. Przed przejściem do analizy głównego problemu badawczego, autor omawia zjawisko regionalnej integracji gospodarczej w Ameryce Łacińskiej i rozważa rolę, jaką arbitraż odgrywa (albo rzekomo odgrywa) w procesach liberalizacji międzynarodowego handlu i inwestycji. Autor stwierdza – w świetle badań ekonomicznych – że nie jest jasne, czy inicjatywy regionalne dotyczące arbitrażu międzynarodowego w Ameryce Łacińskiej mają pozytywny wpływ na integrację gospodarczą i rozwój państw Ameryki Łacińskiej. Zarazem, choć pozytywna rola omawianych inicjatyw regionalnych jest niejednoznaczna, nie hamują one procesów integracji gospodarczej w regionie ani nie zagrażają wysiłkom harmonizacyjnym w dziedzinie arbitrażu międzynarodowego podejmowanym na poziomie globalnym.

Słowa kluczowe: prawo regionalne, Ameryka Łacińska, integracja gospodarcza, arbitraż międzynarodowy

Bibliography:

1. Alcalá J.M., Briones J., *Arbitration in Latin America: A First Look at the Impact of Legislative Reforms*, Law and Business Review of the Americas 2007, Vol. 13, No. 4;
2. Arias D., *Soft Law Rules in International Arbitration: Positive Effects and Legitimation of the IBA as a Rule-Maker*, Indian Journal of Arbitration Law 2018, Vol. 6, No. 2;
3. Arieti S.A., *The Role of MERCOSUR as a Vehicle for Latin American Integration*, Chicago Journal of International Law 2006, Vol. 6, No. 2;
4. Berkowitz D., Moeniu J., Pistor K., *Legal Institutions and International Trade Flows*, Michigan Journal of International Law 2004, Vol. 26, No. 1;
5. Blackaby N., Noury S., *International Arbitration in the MERCOSUR – Is Harmonization the Solution*, Law & Business Review of the Americas 2003, Vol. 9, No. 3;
6. Braghetta A., *Polygamy of Treaties in Arbitration – A Latin American and MERCOSUL Perspective*, [in:] M.A. Fernandez-Ballester, Arias D. (eds.), *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Madrid 2010;
7. Briones J., Tagvoryan A., *Is International Arbitration in Latin America in Danger?*, (2010) Law & Business Review of the Americas 2010, Vol. 16, No. 1;
8. Burghetto M.B., *Notes on Arbitration in Argentina*, Law and Business Review of the Americas 2003, Vol. 9, No. 3;
9. Cayón E., Santiago Correa J., Espriella L. de la, *Does international arbitration affect economic growth in Latin America?*, WSEAS Transactions on Business and Economics, <http://www.wseas.org/multimedia/journals/economics/2018/a985107-657.pdf>;
10. Cibie P.L., *Enforcement of Arbitration Awards in Latin America: The Current Progress and Setbacks*, Law & Business Review of the Americas 2016, Vol. 22, No. 2;
11. Claros R., *Investment Protection and the Safeguard of the Essential Interests of the State: Drawing Lessons from the Pacific Alliance's Investment Treaty Framework*, SECO/WTI Academic Cooperation Project Working Paper Series 2015, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2711662;

12. Cornell Dypski M., *An Examination of Investor-State Dispute Resolution under the MERCOSUR and NAFTA Regimes*, Law & Business Review of the Americas 2002, Vol. 8, No. 1;
13. Cremades B.M., Cairns D.J.A., *The Brave New World of Global Arbitration*, Journal of World Investment & Trade 2002, Vol. 3, No. 2;
14. Curutchet J.E., *MERCOSUR: The South American Common Market*, Currents: International & Trade Law Journal 1994, No. 3;
15. Czech K., *The Distinctive Characteristics of Commercial and Investment Arbitration Proceedings: Lex multiplex, universa curiositas, ius unum?*, Polish Yearbook of International Law 2015, Vol. XXXV;
16. Da Gama E. Souza L., *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and their Applicability in the MERCOSUR Countries*, R.J.T. 2002, Vol. 36
17. Daniels Ch., *The Pacific Alliance and Its Effect on Latin America: Must a Continental Divide Be the Cost of a Pacific Alliance Success*, Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review 2015, Vol. 37, No. 2;
18. Durosaro W.O., *The Role of Arbitration in International Commercial Disputes*, International Journal of Humanities, Social Sciences and Education 2014, Vol. 1, No. 3;
19. Echols M.A., *Regional Economic Integration*, International Lawyer 1997, Vol. 31, No. 2;
20. Fernandez L.A., *Latin American Economic Integration*, Lawyer of the Americas 1979, Vol. 11, No. 1;
21. Franck S.D., *Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration and the Rule of Law*, Pacific McGeorge Global Business & Development Law Journal 2007, Vol. 19, No. 2;
22. Fry J., *Arbitration and Promotion of Economic Growth and Investment*, European Journal of Law Reform 2011, Vol. 13;
23. Fry J.D., Stampalija J.I., *Towards an Agreement on Investment in Mercosur: Conflict and Complementarity of International Investment Law and International Trade-in-Services Law*, Journal of World Investment & Trade 2012, Vol. 13, No. 4;
24. Garcia Amador F.V., *Latin American Economic Integration*, Lawyer of the Americas 1969, Vol. 1, No. 1;
25. Garcia Amador F.V., *Latin American Economic Integration*, Lawyer of the Americas 1970, Vol. 1, No. 1;
26. Garcia Amador F.V., *Latin American Economic Integration*, Lawyer of the Americas 1971, Vol. 3, No. 3;
27. Garro A.M., *Enforcement of Arbitration Agreements and Jurisdiction of Arbitral Tribunals in Latin America*, Journal of International Arbitration 1984, Vol. 1, No. 4;
28. Grant K., *The ICSID Under Siege: UNASUR and the Rise of a Hybrid Regime for International Investment Arbitration*, Osgoode Legal Studies Research Paper No. 26/2015, Vol. 11, No. 6;
29. Hamilton J.C., *Three Decades of Latin American Commercial Arbitration*, University of Pennsylvania's Journal of International Law 2009, Vol. 30, No. 4;
30. Hornbeck J.F., *CARICOM: Challenges and Opportunities for Caribbean Economic Integration*, CRS Report for Congress 2008, http://www.sice.oas.org/TPD/CAR_EU/Studies/CRSCARICOM_Challenges_e.pdf;
31. Jana L.A., *International Commercial Arbitration in Latin America: Myths and Realities*, Journal of International Arbitration 2015, Vol. 32, No. 4;
32. Jiménez E.M., *The Contribution of the Regional UN Economic Commissions to Regional Integration Processes: The Case Of ECLAC*, UNU-CRIS Working Papers W-2010/8, online: <http://cris.unu.edu/sites/cris.unu.edu/files/W-2010-8.pdf>;
33. Kollamparambil U., 'Bilateral Investment Treaties and Investor State Disputes', Economic Research Southern Africa (ERSA), ERSA working paper 589, online: https://econrsa.org/system/files/publications/working_papers/working_paper_589.pdf;
34. Leathley Ch., *International Dispute Resolution In Latin America: An Institutional Overview*, Alphen aan den Rijn 2007;
35. Lima J.D., Cracau D., *The Pacific Alliance and its economic impact on regional trade and investment. Evaluation and perspectives*, ECLAC, https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40860/1/S1601207_en.pdf;

36. Mace G., *Regional Integration in Latin America: A Long and Winding Road*, International Law Journal (Toronto, Ont.), Vol. XLIII (Summer 1988);
37. Mantilla-Serrano F., *Major Trends in International Commercial Arbitration in Latin America*, Journal of International Arbitration 2000, Vol. 17, No. 1;
38. Mason P.E., Ferreira Dos Santos M.G., *New Keys to Arbitration in Latin-America*, Journal of International Arbitration 2008, Vol. 25, No. 1;
39. McConnaughay P.J., *The Role of Arbitration in Economic Development and the Creation of Transnational Legal Principles*, PKU Transnational Law Review 2013, Vol. 1, No. 1;
40. Mik C., *Fenomenologia regionalnej integracji państw. Studium prawa międzynarodowego [English: Phenomenology of Regional Integration of States: An International Law Study]*, Warszawa 2019;
41. Munoz J.G.P., *The Rise of Common Principles for Investment in Latin America: Proposing a Methodological Shift for Investor-State Dispute Settlement*, Journal of World Investment & Trade 2016, Vol. 17, No. 4;
42. Newcombe A., Paradell L., *Law and Practice of Investment Treaties*, Alphen aan den Rijn 2009;
43. Olivet C., Müller B., Ghiotto L., *ISDS in numbers: Impacts of investment arbitration against Latin America and the Caribbean*, Transnational Institute, online <<https://www.tni.org/en/publication/isds-in-numbers>>;
44. Olmos Giupponi M.B., *Trade Agreements, Investment Protection and Dispute Settlement in Latin America*, Alphen aan den Rijn 2018;
45. Orrego-Vicuna F., *Latin American Economic Integration*, Lawyer of the Americas 1974, Vol. 6, No. 3;
46. Orrego-Vicuna F., Tolosa A., *Latin American Economic Integration*, Lawyer of the Americas 1972, Vol. 4, No. 3;
47. Orrego-Vicuna F., Tolosa A., *Latin American Economic Integration*, Lawyer of the Americas 1973, Vol. 5, No. 3;
48. Polanco Lazo R., *Chilean Trade and Investment Agreements with Southern Countries. From Bilateral Treaties to the Pacific Alliance*, SECO/WTI Academic Cooperation Project Working Paper Series 2015/01, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2614356;
49. Prakash A., Hart J.A., *Indicators of Economic Integration*, Glob Governance 2000, Vol. 6, No. 1;
50. Quintana Adriano E.A., *Commercial Arbitration: Its Harmonization in International Treaties, Regional Treaties and Internal Law*, Penn State International Law Review 2009, Vol. 27, No. 3;
51. Rinker B.G., *The Future of Arbitration in Latin America: A Study of Its Regional Development*, Case Western Reserve Journal of International Law 1976, Vol. 8, No. 2;
52. Rose S.F., *Latin American Economic Integration*, Lawyer of the Americas 1979, Vol. 11, No. 2-3;
53. Rubins N.D., *Investment Arbitration in Brazil*, Journal of World Investment 2003, Vol. 4;
54. Salacuse J.W., Sullivan N.P., *Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain*, Harvard International Law Journal 2005, Vol. 46, No. 1;
55. Semel A., *Latin American Economic Integration*, Lawyer of the Americas 1978, Vol. 12, No. 3;
56. Shihata I.F.I., *Obstacles Facing International Arbitration*, International Tax & Business Lawyer 1986, Vol. 4, No. 2;
57. Sperry D., *The Impact of International Commercial Arbitration on Developing Nations: Has the Emergence of the International Private Justice Market Narrowed the Gap between Developed and Developing Parties*, Hong Kong Law Journal 2010, Vol. 40, No. (Part) 2;
58. Tafur-Dominguez V., *International Environmental Harmonization - Emergence and Development of the Andean Community*, Pace International Law Review 2000, Vol. 12, No. 1;

59. Titi C., *Investment Arbitration in Latin America. The Uncertain Veracity of Preconceived Ideas*, Arbitration International 2014, Vol. 30, No. 2;
60. van den Berg A.J., *The New York Convention 1958 and Panama Convention 1975: Redundancy or Compatibility?*, Arbitration International 1989, Vol. 5, No. 1;
61. van Harten G., *Policy Impacts of Investment Agreements for Andean Community States*, online: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1461097;
62. Vervaele J.A.E., *Mercosur and Regional Integration in South America*, International & Comparative Law Quarterly 2005, Vol. 54;
63. Vincentelli I.A., *The Uncertain Future of ICSID in Latin America*, Law & Business Review of the Americas 2010, Vol. 16, No. 3;
64. Wald A., *A New Approach to International Investment Agreements (IIAs) in Brazil*, [in:] Fernandez-Ballester M.A., Arias D. (eds.), *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Madrid 2010;
65. Wiesner E.A., *ANCOM: A New Attitude Toward Foreign Investment?*, University of Miami Inter-American Law Review 1993, Vol. 24;
66. Wilner G.M., *Acceptance of Arbitration by Developing Countries*, [in:] Carbonneau T.E. (eds.), *Resolving Transnational Disputes through International Arbitration*, Charlottesville 1984.

Tomasz Bojanowski¹, Klaudia Łuniewska², Bartłomiej Oręziak³, Joanna Repeć⁴
Sprawozdanie z Międzynarodowej Konferencji
Naukowej „*Freedom, Religion and Sovereignty. Modern Phenomena and Future Challenges*”.
Warszawa, 27–28 września 2019 r.*

W dniach 27–28.09.2019 r. w siedzibie Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości w Warszawie odbyła się Międzynarodowa Konferencja Naukowa zatytułowana „*Freedom, Religion and Sovereignty. Modern Phenomena and Future Challenges*”. Wydarzenie zostało zorganizowane przez Instytut Wymiaru Sprawiedliwości w ramach projektu badawczego pt. „*O wolność wyznawania religii we współczesnym świecie. Przeciwdziałanie przyczynom dyskryminacji i pomoc prześladowanym na przykładzie chrześcijan*”⁵, którego realizację zapewnia Centrum Analiz Strategicznych Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości (dalej też IWS), a który jest współfinansowany ze środków Funduszu Sprawiedliwości, którego dysponentem jest Minister Sprawiedliwości.

W konferencji wzięli udział wybitni polscy oraz zagraniczni eksperci, specjalizujący się w kwestiach związanych z problematyką suwerenności oraz wolności, w tym wolności religijnej czy wolności słowa. Prelegentami byli znamienici praktycy tacy jak wieloletni sędziowie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej też ETPC) czy Sądów Najwyższych poszczególnych państw członkowskich Rady Europy, przedstawiciele organizacji międzynarodowych i instytutów badawczych, a także naukowcy akademicy będący reprezentantami takich dziedzin jak: prawo, prawo kanoniczne, teologia, filozofia, socjologia, psychologia i innych z obszaru nauk społecznych. Interdyscyplinarny oraz międzynarodowy charakter wydarzenia

* Data zgłoszenia tekstu przez autorów: 7.05.2020 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 13.05.2020 r.

¹ Tomasz Bojanowski jest studentem na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Polska, e-mail: tomaszbojanowski@gmail.com

² Klaudia Łuniewska jest studentką na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Polska, e-mail: klaudialuniewska97@gmail.com

³ Mgr Bartłomiej Oręziak jest doktorantem w Katedrze Ochrony Praw Człowieka i Prawa Międzynarodowego Humanitarnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Polska, ORCID 0000-0001-8705-6880, e-mail: boreziak@gmail.com

⁴ Joanna Repeć jest studentką na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Polska, e-mail: repecjanna@gmail.com

⁵ Oficjalna strona internetowa projektu: <https://iws.gov.pl/centrum-analiz-strategicznch/o-wolnosc-wyznawania-religii-we-wspolczesnym-swiecie-przeciwdzialanie-przyczynom-dyskryminacji-i-pomoc-przesladowanym-na-przykladzie-chrzcijan/> (dostęp: 27.05.2020 r.).

pozwoił na ukazanie całego spektrum zagadnień związanych z przedmiotem konferencji. Dla lepszego zrozumienia problemu konieczne było poznanie wiedzy eksperckiej wykraczającej poza kontekst jednego kraju i dziedziny naukowej oraz skupienie się na szerszym ukazaniu perspektywy pojmowania kwestii związanych z wolnością, religią czy suwerennością. Miało to o tyle istotne znaczenie, że w zależności od historii, kultury czy doświadczeń poszczególnych państw lub dziedziny naukowej, która poddaje je pod rozważanie, mogą być one odmiennie rozumiane, co przekłada się również na praktykę stosowania prawa. Za zasadne uznano, że należy wskazać podobieństwa oraz odmienności istniejące w regulacjach poszczególnych krajów w odniesieniu do polskiego porządku prawnego. Warto zaznaczyć, że na wydarzenie składały się wystąpienia uczestników, a także głosy w dyskusji, co przyczyniło się do lepszego omówienia problematyki konferencyjnej. Nie sposób wymienić wszystkich osób aktywnie uczestniczących w obradach konferencji, które wniosły olbrzymi wkład w powodzenie poszczególnych sesji.

Obrady konferencji zostały uroczystie zainaugurowane przez Dyrektora Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości – dr. hab. Marcina Wielca, który w ramach wystąpienia podkreślił znaczenie komparatystyki prawniczej, pozwalającej na wymianę doświadczeń związanych z regulacjami oraz praktykami istniejącymi w porządkach prawnych poszczególnych państw, wskazując przy tym na istotne znaczenie z punktu widzenia możliwości wypracowania przepisów zapewniających skuteczniejszą ochronę wolności i realizację przynależnych jednostkom praw oraz pozytywnie wpływających na przeciwdziałanie przyczynom przestępczości na tle religijnym oraz zapobieganie ograniczaniu wolności, w tym wolności słowa, sumienia i wyznania. Podczas wystąpienia zwrócił uwagę na szczególne znaczenie procesu poddawania pod analizę prawniczą regulacji prawnych nienależących do krajowego porządku prawnego, które mają na celu polepszenie kształtującego się ustawodawstwa i korzystanie z osiągnięć legislacyjnych innych państw. Wskazał, że ujęcie komparatystyczne pozwala na wymianę doświadczeń związanych z regulacjami oraz praktyką funkcjonującą w porządkach prawnych poszczególnych krajów. Dyrektor IWS podkreślił, że możliwość wymiany doświadczeń związanych z funkcjonowaniem wolności, religii czy suwerenności może w istotnym stopniu wpłynąć na poprawę regulacji prawnych odnoszących się do tychże kwestii, a także pozwala wdrożyć do systemu prawnego rozwiązania, które przyniosłyby pozytywne skutki przy jednoczesnej rezygnacji z wprowadzania przepisów, które nie odnosiły zadowalających rezultatów w innych porządkach prawnych. Dyrektor IWS podczas swojego wystąpienia wskazał na istotność kontekstu kulturowego, historii oraz doświadczeń poszczególnych państw, które towarzyszą powstawaniu regulacji prawnych, a także ich funkcjonowaniu w innych porządkach prawnych. Prof. M. Wielec wskazał na istotne znaczenie komparatystyki prawniczej z punktu widzenia roli Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości, który prowadzi działalność naukowo-badawczą z zakresu tworzenia, stosowania, aksjologii i społecznego funkcjonowania prawa oraz zjawisk przestępczości i patologii społecznej, a którego zadaniem jest również podejście komparatystyczne i analiza regulacji prawnych istniejących w ramach prawa międzynarodowego oraz porządku prawnego innych państw w zakresie, w jakim może się to przyczynić do poprawy polskich regulacji prawnych. W dalszej części swojego wystąpienia Dyrektor IWS wskazał, że istotne pozostaje nie tylko

ukazanie współczesnych zjawisk, ale też zaprezentowanie ujęcia historycznego, wpływu różnych elementów na ukształtowanie się podejścia w porządkach prawnych do kwestii wolności, religii oraz suwerenności. Podczas swojego wystąpienia podkreślił on również, że kluczowe jest też określenie przyszłych wyzwań, jakie stoją przed ustawodawcą w kwestii wolności, religii oraz suwerenności, wskazując, iż nie można mówić o teraźniejszości oraz przyszłości w oderwaniu od doświadczeń historycznych. Na zakończenie Dyrektor IWS podziękował za liczne przybycie gościom, a także złożył szczególne podziękowania za współpracę w ramach organizacji konferencji ks. dr hab. prof. UMK Piotrowi Roszakowi, Koordynatorowi projektu oraz dr. Grzegorzowi Blicharzowi, Koordynatorowi badań ds. aspektów prawnych, a także wszystkim pozostałym osobom zaangażowanym w pracę nad projektem.

W ramach części otwierającej wystąpił również Koordynator Centrum Analiz Strategicznych Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości – mgr Bartłomiej Oręziak, który zaprezentował referat poświęcony szczególnie istotnej problematyce praw człowieka i godności istoty ludzkiej, a także wskazał na związane z nimi założenia, które podlegają realizacji w ramach projektu badawczego pt. *„O wolność wyznawania religii we współczesnym świecie. Przeciwdziałanie przyczynom dyskryminacji i pomoc prześladowanym na przykładzie chrześcijan”*. Podczas wystąpienia podkreślił podstawowy charakter praw człowieka, a mianowicie, że są one niezbywalne, przyrodzone, powszechne, nienaruszalne, naturalne i niepodzielne, a źródłem ich obowiązywania jest godność człowieka. Wolność religijna, wolność słowa, wolność sumienia, jako podstawowe prawa człowieka, wynikają bezpośrednio z niezbywalnej i przyrodzonej godności ludzkiej, co sprawia że nadane jest im szczególne znaczenie i legitymacja, co również potęguje fakt, iż godności nie można się wyzbyć ani też nie można pozbawić jej innej jednostki ludzkiej. Powyższe wartości są niezwykle istotne dla człowieka, a w związku z tym zasługują na szczególną ochronę i możliwość zapewnienia jednostce ich najpełniejszej realizacji. Wspomniany wyżej projekt badawczy został poświęcony przeciwdziałaniu przyczynom przestępczości, które należy rozumieć jako ochronę osób przed dyskryminacją oraz prześladowaniami na tle religijnym. Realizacja projektu jest możliwa dzięki szczegółowej analizie sytuacji w czterech aspektach prawnych, a mianowicie: wolności religijnej, wolności słowa, wolności sumienia oraz mowy nienawiści. Wszystkie te cztery obszary pozostają niezwykle istotne z punktu widzenia ochrony wolności i praw człowieka, ponieważ formułują obowiązek po stronie państwa zagwarantowania jednostce ludzkiej pewnej swobody i nieingerencji w te obszary. Wypracowanie mechanizmów oraz przepisów prawnych pozwalających skutecznie chronić ludzi przed przestępczością, dyskryminacją oraz prześladowaniami na tle religijnym przyczyni się do realizacji wolności religijnej, wolności sumienia oraz wolności słowa jako podstawowych wolności i praw człowieka.

W trakcie panelu otwierającego głos zabrał również dr Grzegorz Blicharz, który w swoim wystąpieniu przybliżył uczestnikom ideę, jaka przyświecała organizacji wydarzenia, a także wkładowi, jaki może ono wnieść w rozwój badań nad wolnością religijną i poszerzaniu możliwości skutecznego przeciwdziałania ograniczaniu suwerenności i wolności, w tym wolności religijnej, wolności sumienia oraz wolności słowa, a co za tym idzie też realizacji założeń Projektu, w ramach którego została zorganizowana przedmiotowa konferencja.

W ramach tej części wystąpił także ks. prof. UKSW dr hab. Waldemar Cisko, który podczas swojego wystąpienia skoncentrował się na ukazaniu istniejącego problemu prześladowania na tle religijnym oraz przedstawieniu aktualnych działań ukierunkowanych na pomoc osobom represjonowanym z uwagi na wyznanie. Niezwykle istotne jest zwrócenie uwagi na jednostki, a często i całe społeczności, które doznają prześladowania z uwagi na religię. Osoby te częstokroć nie mogą samodzielnie zwrócić się o pomoc, dlatego też konieczne jest działanie z zewnątrz, a więc dostrzeżenie ich problemu i zapewnienie realnej pomocy. Jak podkreśla ks. prof. W. Cisko, prawdziwą misją jest bycie głosem tych, którzy w wielu rejonach świata głosu tego nie mają. Dla przykładu, w Iraku w 2003 r. żyło 1,5 mln chrześcijan, a obecnie jest ich ponad 200 tys., z czego rocznie emigruje z tamtych terenów ok. 40 tys. chrześcijan. Działania ukierunkowane na pomoc prześladowanym mają szczególne znaczenie, w tym przede wszystkim z punktu widzenia praw człowieka. Zwrócił uwagę na rolę organizacji, których celem jest ochrona praw osób i mniejszości niemających głosu i niemogących się samodzielnie obronić przed opresjami. Oprócz zapewniania odzieży i jedzenia istotne jest również dostarczenie lekarstw, a także odpowiedniej pomocy medycznej. Ważne jest zapewnienie poszanowania wolności religijnej w wielu rejonach świata. W dalszej części swojego wystąpienia ks. prof. W. Cisko odniósł się do raportu pt. *„Prześladowani i Zapomniani. Raport o Chrześcijanach prześladowanych za wiarę w latach 2017–2019”* prezentującego sytuację prześladowanych chrześcijan w kontekście ostatnich dwóch lat. Opracowanie w szczególności koncentruje się na kilkunastu krajach, w których sytuacja jest dramatyczna. Wspomniano publikacje odnoszące się do przedmiotowej problematyki, jakimi są *„Wolność religijna. Wybrane zagadnienia”*, która została wydana przy współpracy Stowarzyszenia Pomoc Kościołowi w Potrzebie oraz Instytutu Statystyki Kościoła Katolickiego, a także książkę pt. *„Imigranci u bram. Kryzys uchodźczy i męczeństwo chrześcijan XXI w.”*, która stara się ukazać całą specyfikę i spektrum problemów odnoszących się do migracji ludności z przyczyn religijnych. Prelegent w dalszej części swojego wystąpienia dokonał zarysu historycznego w kontekście prześladowania za wiarę. W XX w. społeczno-polityczne systemy takie jak nazizm, komunizm lub agresywny sekularyzm doprowadziły do śmierci za wiarę ok. 45 mln chrześcijan, czego przykładem jest chociażby ludobójstwo w Turcji, walka z Kościołem w Meksyku, hiszpańska wojna domowa, dwie wojny światowe, komunizm w ZSRR, Albanii, Chinach i Korei Północnej. Według kardynała Silvano Tomasiego, Stałego Obserwatora Stolicy Apostolskiej przy ONZ, co roku w tamtym stuleciu straciło życie za wiarę w Chrystusa już średnio ok. 100 000 chrześcijan. W dalszej części wystąpienia ks. prof. W. Cisko odniósł się do aktualnie istniejącej sytuacji w krajach takich jak Syria, Irak, Iran, Arabia Saudyjska czy Chiny. Przed 2011 r. i przed rozpoczęciem operacji wojskowych, populacja Syrii wynosiła 21 mln osób. Chrześcijanie różnych wyznań stanowili tam 5% społeczeństwa, obecnie są oni wypierani. Syria ma ogromne doświadczenie w pokojowym współistnieniu różnych wyznań. Przed wojną była ona kwitującym krajem. Bilans strat kształtuje się następująco: 12 mln uchodźców wewnętrznych i zewnętrznych, 6,2 mln cierpiących z powodu głodu, 6 mln dzieci, 95 kościołów zostało zniszczonych, a 700 000 chrześcijan uciekło z kraju. Kolejnym przykładem jest Irak, gdzie chrześcijan chce się upokorzyć, niszczy się święte ikony, rzeźby czy kościoły. Twarze ikon i rzeźb są okaleczane i zamazywane.

Ekstremiści uważają, że jak ikona czy rzeźba nie ma oczu, to Bóg nie widzi co się dzieje. Od czasu amerykańskiej inwazji w 2003 r. liczba chrześcijan spadła z 1,5 mln do 250 tys. Wspólnoty chrześcijańskie, które istnieją tam od prawie 2 000 lat mogą wkrótce zniknąć. Od wczesnych lat chrześcijaństwa w Iraku istniały dwa duże kościoły apostołskie: Asyryjski Kościół Wschodu i Syryjski Kościół Prawosławny. W wyniku tego podziału powstały kolejne 2 Kościoły katolickie w epoce nowożytnej: Chaldeoński i Syryjski. Pierwsze ataki na chrześcijan miały miejsce w 2004 r., kiedy zbombardowano kościoły w Mosulu i Bagdadzie. Każde chrześcijańskie miejsce opanowane przez armię ISIS zostało zniszczone – zlikwidowano krzyże, burzono lub palono święte miejsca, a mniejszości religijne wypędzono lub zabito. Chrześcijanie mogli uratować siebie jedynie recytując islamskie credo szahada. Natomiast jeżeli chodzi o Iran, to bardzo ważną rolę w prawie irańskim stanowią fatwy. Są to oświadczenia religijne władz islamskich, często poprzedzające oświadczenia sądu lub mające na nie duży wpływ. W 2008 r. parlament ratyfikował Kodeks karny, zgodnie z którym karą za przejście z islamu na inną religię była śmierć. Chociaż ustawa ta została usunięta w 2009 r., to sędziowie w dalszym ciągu mogą skazywać ludzi na śmierć. Artykuł 167 konstytucji stanowi, że: „jeśli prawo nic nie mówi lub nie jest precyzyjne, sędzia może oprzeć swoją decyzję na źródłach władz islamskich i autentycznych fatwach”. Z kolei w Arabii Saudyjskiej zabrania się pokazywania chrześcijańskich znaków lub symboli. Kiedy włoska drużyna piłki nożnej przyjechała do tego kraju, aby zagrać mecz, piłkarze musieli zakryć część swojego loga, na której widniał krzyż. W Arabii Saudyjskiej istnieje policja religijna. Z jednej strony odprawianie mszy świętej jest znacznie ograniczone, a z drugiej strony – monarchia tego kraju stara się pokazać Arabię Saudyjską jako kraj ucywilizowany, pozwalający kobietom na prowadzenie samochodu czy wychodzenie samodzielnie na ulicę bez opieki mężczyzny. W marcu 2012 r. Wielki Mufti królestwa Abdullah al-Szejk wydał rozkaz, zgodnie z którym wszystkie kościoły w regionie muszą zostać zniszczone, a wszystkie zabytki chrześcijańskiej egzystencji usunięte. Nie-muzułmanom odmówiono wstępu do świętych miast islamu takich jak Mekka i Medyna. Niektórzy imamowie w głoszeniu regularnie nawołują do przemocy wobec chrześcijan i Żydów. Szkoły państwowe uczą nienawiści wobec chrześcijan jako niewiernych i traktują ich jak wrogów. Ostatnim przykładem są Chiny, gdzie chińska partia komunistyczna nie walczy już z religią, ale zamiast tego próbuje wykorzystać ją do swoich politycznych celów. Na zakończenie ks. prof. W. Cisło podkreślił, że koniecznie trzeba zwrócić uwagę na zjawisko dyskryminacji i prześladowania chrześcijan na świecie, które istnieje i jest widoczne, a obok którego nie należy przechodzić obojętnie.

Podczas pierwszego panelu konferencji zatytułowanego „*Modern Phenomena*” wystąpili: **prof. Teresa S. Collett** z Uniwersytetu Świętego Tomasza w Saint Paul w Stanach Zjednoczonych, **ks. prof. dr hab. Franciszek Longchamps de Bériér** z Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie, **dr hab. prof. KUL Wojciech Lis** z Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II, **dr hab. prof. UJ Paweł Cichoń** z Uniwersytetu Jagiellońskiego, a także **dr hab. prof. KUL Krzysztof Motyka** z Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II.

Prof. T.S. Collet w pierwszych słowach swojego wystąpienia odniosła się do słów prezydenta Stanów Zjednoczonych Donalda Trumpa, które wygłosił na forum

Zgromadzenia Ogólnego ONZ w Nowym Jorku, a które jej zdaniem są szczególnie widoczne w odniesieniu do Polski, m.in. ze względu jej historię i doświadczenia, a brzmią one następująco: „*Jeżeli chcecie wolności to musicie być dumni ze swojego kraju, jeżeli chcecie demokracji, to musicie się trzymać swojej suwerenności, a jeżeli chcecie pokoju, to musicie kochać swój naród.*”. Dzięki sile i niezłomności polskich patriotów udało się przezwyciężyć opresję i zachować dziedzictwo Polaków. Przykładem są doświadczenia II wojny światowej, a w szczególności powstanie warszawskie, które pokazało, jak polski naród potrafi się zjednoczyć w obliczu niebezpieczeństwa i przeciwko wspólnemu wrogowi. Przykłady z polskiej historii pokazują, jak powinniśmy walczyć o suwerenność własnego kraju. Wolność wyznania jest związana z historią, kulturą i tradycją Polski. Podobnie jest w Stanach Zjednoczonych. Niekiedy właśnie z powodu powiązania tradycji danego kraju z wiarą, która była u podstaw formowania się danego państwa, powstają tendencje do zmniejszenia roli wiary przez pewne grupy społeczne istniejące w tym kraju. Takie działanie określa się mianem wojny kulturowej. Niektórzy twierdzą, że pojawia się kryzys, który jest związany z upadkiem wartości i coraz to większym zatracaniem się człowieczeństwa. Mówi się, że wolność jest podstawową wartością oraz wskazuje się na jej uniwersalność i kompletność. W obecnych czasach często mówi się o wolności seksualnej, nowej definicji małżeństwa, problematyce seksualizacji dzieci, prawie do sztucznej prokreacji czy wreszcie eutanazji jako przedmiocie rozważań co do granic wolności innych osób. Aktualnym problemem staje się wyznaczanie granic wolności, tak aby człowiek korzystający z przysługujących mu wolności i praw nie doprowadzał do ograniczenia wolności i praw innych osób.

Jako kolejny prelegent wystąpił **ks. prof. F. Longchamps de Bérier**, który dokonał wprowadzenia do dwóch kluczowych raportów dotyczących wolności wypowiedzi, a mianowicie: „*Freedom of Speech. A Comparative Law Perspective*” oraz „*Wolność słowa. Współczesne wyzwania w perspektywie prawnoporównawczej*”. Są to uniwersalne opracowania na temat tego, co nazywamy swobodą wypowiedzi. Publikacje dotyczą doświadczeń poszczególnych państw. Warto wskazać, że kontekst polski cechuje się nadwrażliwością na słowa, a przy tym niewystarczającą wrażliwością na swobodę wypowiedzi. Jak wskazał prelegent, powinniśmy być mniej wrażliwi na słowa oraz móc je ignorować, tam gdzie potrzebna jest pilnie świadomość wypowiedzi. W związku z tym, że mowa ma szczególną moc i siłę oddziaływania, to różne władze będą miały naturalną tendencję do ograniczania wypowiedzi. W dalszej części wystąpienia ks. prof. F. Longchamps de Bérier przywołał sprawę Snyder v. Phelps, która toczyła się przed Sądem Najwyższym Stanów Zjednoczonych, a dotyczyła pikietowania oraz posługiwania się obraźliwymi hasłami na transparentach podczas uroczystości pogrzebu żołnierza amerykańskiej piechoty morskiej, który zginął podczas wojny w Iraku. Sąd Najwyższy orzekł, że demonstrujący mieli prawo być tam, gdzie pikietowali, ponieważ mowa ma moc skłaniającą do działania, a także może powodować różne stany emocjonalne, a więc zarówno radość, jak i cierpienie. W związku z tym nie możemy reagować na ten ból kładąc mówiącego, ponieważ to nie jest dobry sposób. Każda swoboda ma swoją cenę, nawet jeżeli niektórzy mogą z tego powodu cierpieć. Należy rozróżnić poziom moralny, etyczny, niegrzeczny i pozbawiony szacunku, ponieważ w całej tej dyskusji chodzi o swobodę wyrażania poglądów. Przemówienie w interesie publicznym na publicznej ulicy nie może

stanowić podstawy odpowiedzialności za czyn naruszenia czyichś emocji, nawet w sytuacji, gdy przemówienie jest postrzegane lub interpretowane jako „obraźliwe” lub „oburzające”. Sprawa ta pokazuje, że często kieruje nami, jako ludźmi, złość czy zaskoczenie tym, co ktoś powiedział. Amerykańskie podejście do sprawy jest takie, że słowa nie ranią i nacechowane są wielką integralnością i dużym szacunkiem do samego siebie, aby nie czuć się zranionym tym, co jest wypowiadane. W Księdze Tobiasza jest mowa, aby nie czuć się zranionym z powodu tego, co mówią inni. Swoboda wypowiedzi nie jest po to, aby poprzeć opinię większości, ale po to, aby stworzyć przestrzeń i forum dla tych, którzy są w mniejszości, którzy wypowiadają opinie nawet niechciane, niemiłe czy niewygodne. W dalszej części swojego wystąpienia ks. prof. F. Longchamps de Bérrier odniósł się do kilku sytuacji, gdzie na różny sposób wykorzystywano możliwość swobodnego wypowiadania się, w tym przy zastosowaniu różnych form przekazu, których celem było sprowokowanie odbiorców i wywołanie u nich skrajnych emocji. Warto wyróżnić kampanię reklamową popularnej sieci odzieżowej H&M, w ramach której stworzono reklamę ubrań dla dzieci, która przedstawiała afroamerykańskie dziecko ubrane w bluzę marki H&M z napisem „*Cooldest Monkey In The Jungle*”, co zostało później uznane powszechnie za rasistowskie. W związku z tą sprawą rozgorzała dyskusja, czy było to właściwe czy też nie. Jak można zauważyć, gniew stał się motorem napędowym do promocji marki, a sprawa ukazała się w większości gazet i portali.

Prof. W. Lis podczas swojego wystąpienia poruszył podstawowe kwestie dotyczące istnienia konfliktu pomiędzy wolnością wypowiedzi a ochroną uczuć religijnych. W trakcie swojego przemówienia Prelegent wskazał, że wolność wypowiedzi pozwala człowiekowi wyrażać własne emocje oraz komunikować się z innymi ludźmi. W zależności od przedmiotu oraz celu przekazu, wypowiedź może przybierać różne formy, w tym również takie, które mogą niekiedy naruszać uczucia religijne osób wierzących. Należy poddać pod rozagę podstawowe wartości leżące u podstaw danych społeczności, wzajemnego stosunku do siebie ludzi oraz ich odczuć, granic ekspresji oraz kresu tolerancji wobec wrogich zachowań, które naruszają uczucia innych osób. Istotne jest również określenie, czy negowanie oraz krytyka praktyk i przekonań religijnych, dyskryminacja wyznawców danych religii oraz pogarda dla uczuć osób wierzących stanowią wyraz wolności wypowiedzi czy też raczej przejaw mowy nienawiści. W związku z tym, że zarówno wolność ekspresji, jak i ochrona uczuć religijnych pozostają prawami przynależnymi każdej jednostce ludzkiej oraz uosabiają wartości prawnie chronione, to w przypadku ich naruszenia organ powołany do pełnienia wymiaru sprawiedliwości jest zobligowany do możliwie najpełniejszej ich ochrony oraz zapewnienia korzystania z nich przez podmioty do tego uprawnione. W przypadku konfliktu pomiędzy nadrzędnymi wolnościami oraz prawami, jakimi są wolność wypowiedzi oraz prawo do ochrony uczuć religijnych, to organ sądowy powinien dokonać ich porównania i wyważenia, aby przyznać pierwszeństwo którejś z tych wartości przy możliwie jak najpełniejszej realizacji każdej z nich. Nie bez znaczenia dla dokonania oceny tychże wartości pozostaje system aksjologiczny, leżący u podstaw systemu prawnego oraz społeczeństwa danego państwa. W dalszej części wystąpienia prof. W. Lis odniósł się do zjawiska wolności wypowiedzi akademickiej, która dotyczy nie tylko naukowców, ale ma o wiele szerszy wymiar, gdyż wpływa na studentów i przynależy im prawo do nauki

oraz na całe społeczeństwo, które korzysta z faktu nauczania studentów, aby myśleli w sposób niezależny, dzięki czemu są świadomi swojej odpowiedzialności za naród oraz cały świat. Pojmowanie wolności zależy od naukowców, którzy przez swoje podejście i zaangażowanie mogą i powinni kształtować korzystanie z wolności.

Następnie głos zabrał **prof. P. Cichoń**, który w swoim wystąpieniu skupił się na zaprezentowaniu publikacji pt. *„Klauzule porządku publicznego i moralności publicznej”*. Książka ukazuje znaczenie i funkcjonowanie powyższych klauzul prawnych w ustawodawstwie polskim na tle rozwiązań prawnych Unii Europejskiej oraz prawa międzynarodowego. Stanowią one niejako zawór bezpieczeństwa dla porządku prawnego. Klauzule porządku publicznego oraz moralności publicznej służą ochronie i realizacji praw jednostki, ale również spójności aksjologii porządku prawnego. Wymaga to wyjścia poza prawo pozytywne i osadzenia ich w konkretnych warunkach społecznych danego kraju. Klauzula porządku prawnego jest jednym z fundamentalnych rozwiązań, które służą blokowaniu sprzecznych z porządkiem prawnym rozwiązań prawnych. Pozwalają w ten sposób chronić konstytucję oraz jej aksjologię. Wymaga to zwrócenia uwagi na tradycję, z którą utożsamia się państwo i która podtrzymuje społeczeństwo, a także na kulturę i wartości stanowiące podstawowe czynniki wykorzystywane przy podejmowaniu decyzji przez obywateli. Należy wziąć również pod uwagę etykę, która wskazuje na podstawy współżycia społecznego. Dopiero to wszystko razem wzięte pozwala nam właściwie spojrzeć na te dwie klauzule. Te pojęcia są pojęciami nieostryimi, konieczna jest ich interpretacja. Jednakże tym zajmują się sędziowie, którzy korzystają z doktryny prawa. Klauzule mogą być przydatne przy ochronie innych cennych wartości takich jak małżeństwo, rodzina, dobra osobiste i wiele innych. Klauzula moralności publicznej jest drugim zaworem bezpieczeństwa, który został uregulowany w konstytucji i pozwala chronić podstawowe zasady etyczne. Tu warto podkreślić, że nie chodzi tylko o aspekt indywidualny tej moralności publicznej, ale także o kontekst wspólnotowy. Zachowanie moralności publicznej jest niezmiernie ważne, ale tu istotna jest również rola mediów, które mogą przyczyniać się do propagowania odpowiednich postaw i zachowań. Zaprezentowana publikacja odnosi się do prawa konstytucyjnego, prawa prywatnego międzynarodowego, prawa unijnego, prawa własności przemysłowej, prawa rodzinnego i opiekuńczego, prawa gospodarczego, prawa karnego oraz prawa środków przekazu publicznego. Dobór ekspertów jest niezwykle trafny, gdyż są to znakomici specjaliści o różnym doświadczeniu i specjalizacji, co daje możliwość ukazania zagadnienia niezwykle szeroko i dogłębnie oraz stwarza wielowymiarową perspektywę. Te dwie klauzule *bonum commune hominis*, które są wspólne, i choć posiadają konotacje pozaprawne, to zawieranie ich w przepisach pozwala podchodzić elastycznie do różnych unormowanych kwestii. Zapewniają możliwość ingerencji prawnej w stosunku do działań, które powszechnie uznaje się za mogące przynosić szkody społeczne, a także mogące przyczyniać się do rozwiązywania różnych przypadków.

Natomiast **prof. K. Motyka** w swoim wystąpieniu odniósł się do jakże ważnego zjawiska powiązania praw człowieka z moralnością publiczną i porządkiem publicznym. Moralność rozumiana jako pozaprawny system normatywny przenika do wielu obszarów prawa, w tym w szczególności do praw człowieka. Jeżeli traktujemy niezwykłą i przyrodzoną godność jako źródło obowiązywania praw człowieka,

to możemy zauważyć istnienie powiązania analitycznego między tak rozumianą moralnością a prawami człowieka. Prawa człowieka jako prawa moralne nie zależą od danego państwa, ponieważ państwo może w sposób pozytywny włączyć je do swojego ustawodawstwa i w ten sposób poddać je ochronie. W historii praw człowieka możemy mówić o I fazie, czyli jak niektórzy twierdzą o konceptualizacji, która wiąże się z Johnem Lockiem. Później następuje pozytywizacja praw człowieka, która miała miejsce pod koniec XIX w. w oparciu o dokumenty rewolucji amerykańskiej oraz rewolucji francuskiej. W Deklaracji Niepodległości Stanów Zjednoczonych możemy dostrzec jakże silne powiązania między prawami naturalnymi i prawami człowieka. W dokumencie tym proklamuje się to, co dziś nazywamy prawem do samodeterminacji opartym na prawach natury i prawach boskich, a wyrażonym w tym oto fragmencie: „Uważamy następujące prawdy za oczywiste: że wszyscy ludzie stworzeni są równymi, że Stwórca obdarzył ich pewnymi nienaruszalnymi prawami, że w skład tych praw wchodzi prawo do życia, wolność i dążenia do szczęścia.”. System polityczny w USA jest oparty na prawach natury i na prawach boskich. Nawet we francuskiej Deklaracji praw człowieka i obywatela z 1789 r. pada odniesienie do istoty najwyższej, a więc jest to nieco inne sformułowanie niż odniesienie *explicite* do stwórcy, które zostało użyte w Deklaracji Niepodległości Stanów Zjednoczonych. Prawa człowieka są zakorzenione nie tylko w prawie naturalnym, ale również rozumiane w sposób religijny, a ściśle rzecz ujmując w Deklaracji Niepodległości Stanów Zjednoczonych prawa człowieka opierają się na pozytywnym prawie boskim, ponieważ to właśnie stwórca dał człowiekowi inherentne i niezbywalne prawa. Prawo do życia w wolności i poszukiwaniu szczęścia zostały wyraźnie podkreślone w tym dokumencie. Natomiast to, czego doświadczamy w ostatnich dziesięcioleciach w pewnym zakresie oddziela prawa człowieka nie tylko od religii, ale co równie istotne – od moralności. Sąd Najwyższy USA orzekł, że w świetle konstytucji pary jednopłciowe mają prawo do zawierania małżeństw, co jest uważane za afront do prawa naturalnego i praw natury. Niektórzy mogą twierdzić, że zachodnie społeczeństwa są coraz bardziej laicyzowane, mimo że ponad 90% obywateli deklaruje, że wierzą w jakąś nadrzędną istotę.

Drugi panel konferencji pt. „*Crossroads of freedoms*” został poświęcony dyskusji z autorami książek korelujących z tematyką konferencji. Były to pozycje takie jak: „*Freedom of Religion. A Comparative Law Perspective*”, „*Freedom of Speech. A Comparative Law Perspective*”, „*Freedom of Conscience. A Comparative Law Perspective*”, „*Public Policy and Public Morality*”, „*Marriage, Children, and Family. Modern Challenges in Comparative Law Perspective*”. Rolę moderatora sprawował dr hab. Michał Kowalski z Uniwersytetu Jagiellońskiego. Podczas panelu głos zabrali m.in.: dr Grégor Puppinck, Dyrektor Europejskiego Centrum Prawa i Sprawiedliwości (ECLJ) w Strasburgu we Francji, prof. Giovanna Razzano z Uniwersytetu Rzymskiego „La Sapienza” we Włoszech, dr Marcin Olszówka z Uczelni Łazarskiego w Warszawie, prof. Alejandra Maria Vanney z Uniwersytetu w Princeton w Stanach Zjednoczonych, prof. Beatrice Serra z Uniwersytetu Rzymskiego „La Sapienza”, prof. Augusto Zimmermann z Sheridan College w Perth oraz Uniwersytetu Notre Dame we Fremantle w Australii, prof. Iain T. Benson z Uniwersytetu Notre Dame we Fremantle, dr Ksenia Bakina z Royal Holloway, University of London zlokalizowanego w Egham w Wielkiej Brytanii, dr hab. Filip

Ciepły z Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II, **dr Tomasz Barszcz** także z Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II, **Krisztina Petra Gula** z Uniwersytetu Loránd Eötvösa w Budapeszcie na Węgrzech, **dr hab. prof. UwB Andrzej Sakowicz** z Uniwersytetu w Białymstoku, **dr Rodrigo Guerra Espinosa** z Uniwersytetu Andyjskiego w Santiago w Chile, **dr hab. prof. ASzWoj Katarzyna Chałubińska-Jentkiewicz** z Akademii Sztuki Wojennej w Warszawie, **dr Aleksandra Syryt** z Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, **ks. dr hab. prof. UZ Tomasz Rakoczy** z Uniwersytetu Zielonogórskiego oraz **mgr Maciej Delijewski** z Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach.

Z kolei trzeci panel konferencji nosił nazwę „*New insights*”. Moderatorem została wspomniana już wcześniej **prof. T.S. Collett**, natomiast prelegentami byli: **dr Weronika Kudła** z Uniwersytetu Jagiellońskiego, **dr hab. prof. UJ Piotr Mostowik** także z Uniwersytetu Jagiellońskiego, **dr hab. prof. PWSZ Piotr Szymaniec** z Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej im. Angelusa Silesiusa w Wałbrzychu. Niestety, **Prof. Hedvig Bernitz** z Uniwersytetu w Sztokholmie nie mogła wystąpić z przyczyn niezależnych.

Jako pierwsza glos zabrała **dr W. Kudła**, która dokonała prezentacji książki pt. *„Wrogość wobec religii. Ostrzeżenia ze strony Sądu Najwyższego USA”*. Autorka opisuje zjawisko wrogości wobec religii istniejące w Stanach Zjednoczonych oraz wskazuje na interpretacje i wiedzę wynikającą z orzecznictwa amerykańskiego Sądu Najwyższego w przypadkach związanych z Pierwszą poprawką do Konstytucji Stanów Zjednoczonych Ameryki, która ustanawia m.in. zakaz ograniczania wolności religijnej. Książka dostarcza szczegółowej wiedzy na temat stanu wrogości wobec religii na podstawie konkretnych spraw, które były przedmiotem rozstrzygania Sądu Najwyższego USA. Praca stara się odpowiedzieć na pytanie o to, co faktycznie składa się na wrogość wobec religii poprzez dogłębną analizę przypadków naruszenia tejże wolności religijnej w Stanach Zjednoczonych. Autorka zwraca uwagę na brak ścisłej definicji pojęcia wrogości wobec religii, co ma bezpośrednie przełożenie na interpretację przepisów odnoszących się do tego zjawiska. Dr W. Kudła w swoim wystąpieniu wskazała, że wolność wyznania w okresie od lat 40. do lat 80. XX w. nie była przedmiotem szczególnych rozważań, ponieważ w powyższym przedziale czasowym toczyło się jedynie 7 spraw dotyczących tejże kwestii przed amerykańskim Sądem Najwyższym, z kolei w kolejnych latach do chwili obecnej liczba spraw w tej materii wzrosła do 23, co stanowi zauważalną różnicę. Sprawy dotyczące wolności religii, które odnoszą się do kwestii wrogości wobec religii, można podzielić na cztery kategorie odnoszące się do różnych obszarów prawnych: wrogości wobec symboli religijnych, wrogości wobec pomocy finansowej religiom (łącznie z ulgami podatkowymi), wrogości wobec religii w szkołach i na uniwersytetach amerykańskich, a także wrogości wobec tożsamości religijnej. Do kluczowych wyroków odnośnie do omawianej problematyki, które zapadły przed Sądem Najwyższym USA, należy zaliczyć wyroki w sprawach m.in.: *Salazar v. Bueno*, *Employment Division v. Smith*, *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission* czy też *Church of the Lukumi Babalu Aye v. City of Hialeah*. Publikacja ta może stanowić dla czytelnika istotne źródło informacji na temat tego, w jaki sposób prawo amerykańskie poszukuje rozwiązania sytuacji, w której jawią się sprzeczności i kontrowersje związane ze zjawiskiem wrogości wobec

religii. W sprawach dotyczących tego zjawiska każdorazowo należy poddać pod rozważanie rozwiązania możliwe do zastosowania, a w miarę okazji poszukiwać nowych sposobów zażegnania konfliktów. Jak podkreśla autorka, błędem byłoby poprzestawianie na przyjętych już rozwiązaniach i traktowanie ich jako pewnik, a także każdorazowe mechaniczne ich stosowanie.

Następnie głos zabrał **prof. P. Mostowik**, który przedstawił książkę pt. *„Fundamental and Legal Problems of Surrogate Motherhood. Global Perspective”* poświęconą problematyce prawnego statusu matki. Obecnie można zauważyć, że w dalszym ciągu w większości systemów prawnych na świecie pozostaje słuszne stwierdzenie wywodzące się jeszcze z prawa rzymskiego *„mater semper certa est”*, które wyraża przeświadczenie, iż tożsamość matki dziecka zawsze jest pewna. Macierzyństwo definiowane jest jako status osobisty kobiety, która urodziła dziecko, ale w niektórych systemach prawnych istnieje konkurencyjna zasada, zgodnie z którą strony mogą uzyskać prawny status matki czy ojca dziecka, który czasem określany jest jako „rodzic nr 1” czy „rodzic nr 2”. Dotyczy to również par homoseksualnych, które stają się rodzicami w ramach umowy z matką surogatką zawieranej zazwyczaj w asyście profesjonalnych organizatorów takiego przedsięwzięcia. W niektórych państwach istnieje zakaz surogacji. Zauważalne staje się zjawisko turystyki prokreacyjnej, które przejawia się tym, że wiele narodzin odbywa się w innych państwach, właśnie z uwagi na nielegalność surogacji w danym państwie. Obecnie coraz częściej pojawiają się postulaty zmiany materialnego prawa rodzinnego w zakresie surogacji, a przynajmniej wprowadzenia możliwości uznania skutków prawnych obcego prawa, wynikających ze wspomnianej wyżej „turystyki prokreacyjnej”. Zagadnienia omówione w monografii dotyczą zarówno prawa krajowego, jak i międzynarodowego, jak też odnoszą się do konkretnych orzeczeń, w tym Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Publikacja koncentruje się na perspektywie międzynarodowej, a jej treść jest wynikiem współpracy międzynarodowej pomiędzy zarówno ponad 30 ekspertami z państw członkowskich Rady Europy, jak i państw-obszerników Rady Europy.

Prof. P. Szymaniec wygłosił referat zatytułowany *„Objection of Conscience: The Point of View of the Contemporary Legal Philosophy”* oraz pokrótce zaprezentował swoją publikację pt. *„Koncepcje wolności religijnej. Rozwój historyczny i współczesny stan debaty w zachodniej myśli polityczno-prawnej”*. W swoim wystąpieniu prof. P. Szymaniec skupił się na kwestii sprzeciwu sumienia jako zjawiska, który nie dotyczy już tylko służby wojskowej, ale dotyka również innych obszarów takich jak np. medycyna. Prelegent odniósł się do wcześniej wspomnianej sprawy *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, która stała się przedmiotem rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych. W przywołanej wyżej sprawie strona sporu, a więc *Colorado Civil Rights Commission* (Komisja Praw Obywatelskich w Kolorado) wydała decyzję, w której stwierdziła, że Jack Philips będący właścicielem piekarni *Masterpiece Cakeshop* poprzez odmowę wykonania usługi polegającej na przygotowaniu niestandardowego tortu ślubnego dla pary homoseksualistów naruszył przepisy antydyskryminacyjne. J. Philips wskazywał, że napis, który miał się znajdować na wypieku sprzeciwiał się zagwarantowanej mu wolności sumienia oraz wyznania religijnego. Sąd Najwyższy USA stanął przed dylematem, czy właściciele obiektów użyteczności publicznej mogą odmówić świadczenia niektórych usług na podstawie Pierwszej poprawki do

Konstytucji Stanów Zjednoczonych Ameryki, ustanawiającej wolność słowa i wolność wyznania religijnego, a także, czy mogą oni na tej podstawie zostać zwolnieni z przepisów zapewniających niedyskryminację w miejscach publicznych. Innym przykładem, gdzie odmówiono wykonania usługi powołując się na przekonania religijne, była sprawa drukarza z Łodzi, która swój finał osiągnęła w polskim Sądzie Najwyższym. Oddalono kasację w tej sprawie, a w uzasadnieniu do wyroku Sąd Najwyższy stwierdził, że poglądy danej osoby i subiektywnie pojmowana religia mogą stanowić wystarczające uzasadnienie do odmowy wykonania usługi. Jednakże w omawianej sprawie nie stwierdzono takiej podstawy. W sprawie zapadł również wyrok Trybunału Konstytucyjnego, który wskazał, że regulacja zawarta w art. 138 Kodeksu wykroczeń⁶ jest niezgodna z art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej⁷, ponieważ ingeruje w podstawowe wolności i prawa konstytucyjne oraz podważa zaufanie do państwa i prawa.

Planowane było też wystąpienie **prof. H. Bernitz** z Uniwersytetu w Sztokholmie, która miała dokonać prezentacji książki pt. *„Religion and Human Rights: Ambiguities and Ambivalences of Freedom”*, jednakże, jak już wspomniano, nie mogła ona uczestniczyć w Konferencji.

Pierwszy dzień konferencji został zakończony uroczystą kolacją, która stanowiła kontynuację dyskusji rozbrzmiałych podczas tego dnia konferencji, stając się doskonałą okazją do wymiany poglądów i doświadczeń związanych z problematyką suwerenności oraz wolności w poszczególnych państwach z których przybyli zaproszeni prelegenci.

Z kolei drugi dzień konferencji został poświęcony rozważaniom na temat możliwości wypracowania istotnych zmian oraz postulatów względem suwerenności oraz wolności, a także dostrzeżeniu istotnych zagrożeń oraz wyzwań i szans mogących wpłynąć na polepszenie sytuacji odnoszących się do przedmiotowej problematyki, dlatego też druga część konferencji została zatytułowana *„Future Challenges”*.

Podczas pierwszego panelu drugiego dnia konferencji zatytułowanego *„Law, History and Sovereignty”* rolę moderatora sprawowała wspomniana już wcześniej dr A.M. Vanney. Jako prelegenci głos zabrali m.in.: **prof. Michał Kowalski** z Uniwersytetu Jagiellońskiego, **prof. Francesco Manfredi** z Uniwersytetu LUM Jean Monnet we Włoszech, **dr Jonathan Price** z Uniwersytetu w Oksfordzie w Wielkiej Brytanii, **prof. Antonio Palma** z Uniwersytetu Neapolitańskiego im. Fryderyka II we Włoszech, a także **prof. Federico Fernández de Buján** oraz **prof. Ana Mohino** z Narodowego Uniwersytetu Kształcenia na Odległość (UNED) w Hiszpanii.

Jako pierwszy głos zabrał **prof. M. Kowalski**, który w swoim wystąpieniu pt. *„Sovereignty vs. Freedom of Religion: Remarks on International Legal Responses to the so-called French Burqa Ban”* poruszył problematykę zakazu noszenia burek w świetle prawa międzynarodowego w związku z wprowadzeniem takowego ograniczenia przez francuskie władze. Prelegent wskazał, że zakaz noszenia burek został wprowadzony we Francji już w 2010 r., a następnie również w innych krajach zostały wprowadzone podobne regulacje. Przyczyną, dla której ograniczono możliwość noszenia burek, była rosnąca populacja muzułmanów. Takie działania legislacyjne charakteryzują się olbrzymią ingerencją w wolność religijną, przez co rodzi się pytanie o to, w jakim stopniu państwo może ograniczać naszą wolność

⁶ Ustawa z 20.05.1971 r. – Kodeks wykroczeń (Dz.U. z 2019 r. poz. 821).

⁷ Z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

religijną? Zakaz wprowadzony we Francji stał się przedmiotem postępowań przed organami międzynarodowymi, takimi jak ETPC oraz Rada Praw Człowieka ONZ. Europejski Trybunał Praw Człowieka nie stwierdził naruszenia wolności i praw zagwarantowanych w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka⁸, a RPC ONZ uznała, że narusza on wolność religijną. Prof. M. Kowalski nie zajął stanowiska w tej sprawie, ale krytycznie przeanalizował oba podejścia i rozwinął problem miejsca religii w nowoczesnym demokratycznym państwie prawa.

Następnie wystąpił **prof. F. Manfredi**, który wygłosił referat zatytułowany „*Economy, Sovereign Communities and Selective De-globalization Processes*”. Prelegent podczas wystąpienia poruszył tematy bezpośrednio związane z gospodarką oraz funkcjonowaniem niezależnych społeczności na tle wybranych aspektów globalizacji. Prof. F. Manfredi wskazał szanse i zagrożenia wynikające z tychże zjawisk, a także odniósł się do środków służących zapobieżeniu lub stymulacji tych procesów.

Kolejny referat zatytułowany „*Augustine, Rousseau, and Identity-Politics Politics*” wygłosił **dr J. Price**, w którym poruszył problematykę związaną z filozofią św. Augustyna, Jana Jakuba Rousseau oraz polityką tożsamościową. Na początku wskazano, że według liberalnego porządku podzielnego przekonanie Boecjusza, to naturę człowieka wyróżnia racjonalność. W pojęciu scholastycznym oznaczało to rozróżnianie dobra od zła. Wyraża to art. 1 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka ONZ osadzający ludzkie braterstwo na podstawach rozumu i sumienia. Dr J. Price w dalszej części swojego wystąpienia wskazuje, że przeciwny jest temu tzw. romantyzm Rousseau, który zakłada wyjątkowość każdej jednostki. Co więcej, według dr. J. Price’a nowa polityka tożsamościowa prowadzona w odnowionym duchu Rousseau zagraża liberalnemu porządkowi o wiele bardziej niż kolektywistyczny romantyzm. Oferuje ona zamiast „wspólnej racjonalności” przekształconą doktrynę św. Augustyna – „wewnętrznego ja” – według której podstawą życia społecznego ma być podążanie za autonomią i moralnością. Doktryna św. Augustyna jest zapożyczana i przekładana na kolektywistyczne realia republikanizmu Rousseau. Pod koniec wystąpienia prelegent wykorzystał tezę Philipa Cary’ego i dokonał jej rozwinięcia, porównując augustiańskie korzenie polityki tożsamościowej z filozoficzną antropologią Rousseau. Miało to pokazać, że taka synteza jest narzędziem służącym do demontażu aktualnego liberalnego porządku i zastąpienie go „polityką tożsamościową” w miejscach, w których krzyżuje się tożsamość, pragnienie oraz uznanie.

Z kolei **prof. A. Palma** przedstawił referat w języku włoskim pt. „*Simboli religiosi, identità spirituali e laicità nelle società democratiche*”, w którym szeroko poruszył temat symboli religijnych, tożsamości duchowej i sekularyzmu w społeczeństwach demokratycznych. Na początku referent wskazywał na definicję symboli religijnych i sekularyzmu na podstawie ich chrześcijańskich korzeni. W tym aspekcie potraktował on ochronę symboli religijnych jako ochronę wolności religijnej. Następnie poruszył temat występowania symboli religijnych w instytucjach i miejscach publicznych. Na samym końcu skonfrontował ten temat z godzeniem w wartości wieloetnicznego społeczeństwa.

⁸ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r. (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.).

Na zakończenie panelu **prof. F. Fernández de Buján** i **prof. A. Mohino** zaprezentowali w języku hiszpańskim zagadnienie na temat „*Luoghi e cerimonie sacre in Spagna. Profanazioni e protezione penale*”. Wystąpienie skoncentrowało się na ukazaniu na przykładzie miejsc świętych i przebiegu ceremonii w Hiszpanii zjawiska profanacji i przeciwdziałania przestępczości. Mówcy wskazali, że w kraju ich pochodzenia niektóre mniejszości wykazują objawy tzw. wojującego ateizmu, który zasadza się na wrogim nastawieniu do religii, w tym przede wszystkim do chrześcijaństwa. W związku z tym liczba przypadków profanacji kościołów katolickich w ostatnich latach znacząco wzrosła. Prawo karne sankcjonuje takie zachowania, jednak w praktyce orzecznictwo opiera się na zbyt kazuistycznym podejściu. W Hiszpanii rozpoczęto na ten temat debatę społeczną i prawną, niektóre środowiska próbują chronić ludzi odpowiedzialnych za takie występkę, powołując się na możliwą kolizję z wolnością wypowiedzi.

Panel zwieńczyło wystąpienie **dr. G. Blicharza** zatytułowane „*Legal Identity of the West*” o charakterze ponadczasowym. Jako ekspert z zakresu prawa rzymskiego przekazał wiedzę, która powinna stanowić podstawy edukacji prawniczej oraz być znana wszystkim prawnikom kształconym w tradycyjny sposób. Wskazał na rolę prawa rzymskiego w kontekście prawnej tożsamości państw Zachodu. Ponadto uwypuklił, że aktualnie prawodawstwo zaczęło oddalać się od swoich korzeni, a to w przyszłości może się okazać sporym problemem.

Podczas drugiego panelu drugiego dnia konferencji zatytułowanego „*Religion and Freedom*” funkcję moderatora sprawował **ks. prof. F. Longchamps de Berier** jako specjalista z zakresu prawa rzymskiego, historii prawa oraz prawa amerykańskiego. Wśród prelegentów znalazły się takie osobistości jak: **prof. Paul Coyer** z Instytutu Polityki Światowej w Waszyngtonie w Stanach Zjednoczonych, **prof. Rafael Alvira** z Uniwersytetu Nawarry w Pampelunie w Hiszpanii, **dr Eric Rassbach** z Uniwersytetu Harvarda w Cambridge reprezentujący Becket Fund for Religious Liberty z siedzibą w Waszyngtonie w Stanach Zjednoczonych, **prof. Raquel Lázaro** także z Uniwersytetu Nawarry w Pampelunie oraz **prof. Piotr Krocze** z Uniwersytetu Papieskiego Jana Pawła II w Krakowie, a także **dr Maria Moulin-Stożek** z Uniwersytetu w Birmingham.

Jako pierwszy prelegent wystąpił **prof. P. Coyer**, który wygłosił przemówienie pod tytułem „*How Religion Shapes Global Affairs, Nationalism, National Identity and Sovereignty*”. Referent w niezwykle interesujący sposób przedstawiał sposób, w jaki religia wpływa na rozmaite sprawy międzynarodowe, ruchy nacjonalistyczne, tożsamość narodową, a także suwerenność państwową.

Następnie głos zabrał **prof. R. Alvira**, który przedstawił temat „*The Meaning of Freedom and the Religion as Institution*”, w którym zaprezentował zagadnienia związane z wolnością religijną w zakresie funkcjonowania instytucji. Prof. R. Alvira przedstawił przede wszystkim kontrowersję na linii Kościół katolicki – państwo, przy czym uwypuklił, że jest to konsekwencją dzisiejszego pojmowania pojęć wolności i instytucji. Współczesne rozumienie wolności jest zupełnie odmienne niż klasyczne i chrześcijańskie (głównie katolickie). Tak samo w przypadku instytucji, której idea w tradycji chrześcijańskiej jest głębsza niż ta we współczesnym rozumieniu czysto państwowym. Wskazane różnice miały i nadal mają wpływ na praktykę polityczną w państwach Zachodu.

Kolejnym prelegentem był **dr E. Rassbach**, który wygłosił referat zatytułowany „*Turning Point?: Developments in the Law of Religious Liberty in the United States*”. W przemówieniu szeroko omówił zakres ochrony wolności religijnej, jego zmiany oraz możliwe kierunki rozwoju. Autor wskazał, że przez lata to zagadnienie prawne było kształtowane przez dwie przełomowe decyzje Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych – *Lemon v. Kurtzman* z 1971 r. w sprawie tzw. klauzuli zakładowej oraz *Employment Division v. Smith* z 1990 r. w sprawie „klauzuli swobodnego wykonywania”. Jednakże Sąd Najwyższy w USA wykazał chęć zmiany linii orzeczniczej, a nawet zastąpienia tych precedensów. Prezentacja przedstawiła możliwe kierunki zmian w prawie w zakresie wolności religijnej w Stanach Zjednoczonych.

Prof. R. Lázaro w ramach swojego wystąpienia wygłosił referat pt. „*The Return to the Sacred: Religious Pluralism, Secularization and Religious Freedom*” odnoszący się do zjawiska pluralizmu, sekularyzacji i wolności religijnej. Prof. R. Lázaro pokazał, że pluralizm religijny stanowi rzeczywistość społeczną, która jest kluczowa dla sekularyzacji oraz wolności religijnej. Według mówcy należy wrócić do „sacrum” i zawrócić z drogi, którą wskazali XVIII-wieczni myśliciele. Błędem było założenie, że postęp naukowy i technologiczny zastąpi religię. W istocie jest to niemożliwe, ponieważ niektóre aspekty rzeczywistości mogą być uzasadnione tylko na gruncie teologicznym. Jednak mimo faktu, że religia jest głównym elementem życia społecznego, to odsetek prześladowanych, w tym przede wszystkim chrześcijan, stale wzrasta. Z tego też powodu należy wykazać, że wiara jest dobrem społecznym, a w związku z tym wymaga szczególnej ochrony prawnej oraz uznania jej roli w życiu publicznym.

Prof. P. Kroczek zaprezentował referat pt. „*Protection of Personal Data and Religious Freedom*”. W swoim wystąpieniu skupił się na omówieniu problematyki ochrony danych osobowych w kontekście aktualnych regulacji prawnych, a także w korelacji z podstawowymi prawami człowieka, w tym przede wszystkim wolnością wyznania.

Drugi panel konferencji zakończyło wystąpienie **dr M. Moulin-Stożek** zatytułowane „*The Right to Freedom of Religion or Belief and its Regulatory Framework in Europe*” poruszające zagadnienie prawa do wolności religijnej i wolności przekonań na tle europejskich regulacji prawnych. Referat zasadzał się na wytycznych Rady Unii Europejskiej w sprawie promowania i ochrony wolności religijnej, które potępiały wszelkie naruszenia wolności religijnej i wolności przekonań. Dr M. Moulin-Stożek zwróciła uwagę na to, że Europa w porównaniu z innymi obszarami, gdzie przeważają komunizm i islamski fundamentalizm, jest miejscem względnej tolerancji religijnej. Prawo do wolności religijnej i przekonań jest powszechnie znane i akceptowane w prawie europejskim. W dalszej części wystąpienia prelegentka rozważała, czy i w jakim zakresie w systemach prawnych państw europejskich wolność religii musi być podstawą każdego systemu politycznego opartego na zasadzie demokratycznego państwa prawa.

Podczas trzeciego panelu drugiego dnia konferencji zatytułowanego „*Freedom of Speech and Challenges to Religious Liberty*” rolę moderatora przejął wspomniany już wcześniej ks. prof. P. Roszak. W trakcie panelu swoje referaty zaprezentowali: **dr hab. prof. UJ Izabela Lewandowska-Malec** z Uniwersytetu Jagiellońskiego, **dr n. med. prof. WSiLiZ Monika Sadowska** z Wyższej Szkoły Inżynierii i Zdrowia

w Warszawie, **prof. David Magalhães** z Uniwersytetu w Coimbrze w Portugalii, a także **dr Krzysztof Koźmiński** z Uniwersytetu Warszawskiego.

Jako pierwsza głos zabrała **prof. I. Lewandowska-Malec** prezentując referat pt. „*Freedom of Speech in the Case E.B. v. Poland, application no. 56012/18*”, w którym omówiła kwestię wolności religijnej na przykładzie sprawy E.B. v. Polska. Prof. I. Lewandowska-Malec przedstawiła sprawę, w której dziennikarz o inicjałach E.B. opisał szkody wyrządzone przez jedną rodzinę, której członkowie są prominentnymi politykami na szczeblu europejskim, państwowym oraz lokalnym. W artykule pojawia się wzmianka, że jeden z polityków podejmował nielegalne działania w celu zdobycia odznaczenia „Sprawiedliwy Wśród Narodów Świata”. Ostatnie słowa były przedmiotem postępowania, które oparło się aż o Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu.

Kolejną osobą, która zabrała głos była **prof. M. Sadowska**, która wygłosiła referat zatytułowany „*Freedom of Speech and the Principles of Medical Ethics in the Context of Health Security*”. Przemówienie oscylowało wokół tematyki wolności słowa i zasady etyki medycznej w kontekście bezpieczeństwa zdrowotnego. Prof. M. Sadowska poruszyła także problem bezpieczeństwa zdrowotnego, na który składają się informowanie pacjenta o zagrożeniach medycznych interwencjach oraz niepowodzeniach lub pomyłkach, które wystąpiły w wyniku nadużyć medycznych lub braku staranności ze strony lekarza, a które powodują narażenie na utratę zdrowia lub życia. Ponadto wskazała, że Kodeks Etyki Lekarskiej stanowi, jakie zachowania powinny zostać podjęte przez lekarzy w takich sytuacjach. Lekarz, który dostrzegł błędy innych lekarzy powinien starannie formułować informacje na ten temat. Jest to rodzaj ograniczenia prawa do wolności wypowiedzi oraz prawa do krytyki wobec nieprofesjonalnych lekarzy. Ten specyficzny „spisek milczenia” w środowisku medycznym prowadzi do dezinformacji społeczeństwa i nie uświadamia obywateli o błędach w opiece nad pacjentem, co niewątpliwie nie sprzyja bezpieczeństwu pacjentów ani w aspekcie medycznym, ani prawnym.

Jako kolejny prelegent wystąpił **prof. D. Magalhães**, który w wystąpieniu pt. „*Global Threats Against Historical Legal Institutions Deeply Rooted in Christian Nations. Life, Family and Property at Stake*” poruszył temat globalnych zagrożeń wobec instytucji prawnych głęboko zakorzenionych w chrześcijańskich narodach, tj. życia, rodziny i własności. Prof. D. Magalhães wskazał, że instytucje te są kamieniem węgielnym cywilizacji łacińskiej i krajów chrześcijańskich. Ich celem jest ochrona wartości, które zostały nam przekazane przez tradycję opartą na prawie rzymskim. Obecnie jesteśmy świadkami narastającego ataku na wyżej wymienione instytucje. Przed naszym społeczeństwem stoi wiele wyzwań, które wymagają kompleksowej analizy oraz zrozumienia.

Dr K. Koźmiński wygłosił przemowę zatytułowaną „*Ritual slaughter in Poland – a Legal, Moral or Historical-Economic Dilemma?*”, w ramach której poruszył zagadnienie uboju rytualnego w Polsce. Prelegent wskazał, że dyskusja na ten temat ujawniła wiele trudności związanych z procesem stanowienia prawa. Wszystko jest zależne od kryteriów, jakie bierzemy pod uwagę: czy są to aspekty moralne, ekonomiczne, historyczne, religijne czy ekologiczne. Wystąpienie wskazuje, że z ograniczeniem uboju rytualnego wiąże się wiele wątpliwości dotyczących zmian w polskim prawie, wprowadzonych w ostatnich czasach ze względu na działalność orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego i implementację standardów europejskich.

Ostatni, czwarty już panel drugiego dnia konferencji zatytułowany „*Religious Freedom Index*” był poświęcony prezentacji danych statystycznych składających się na indeks wolności religijnej. W ramach tej części konferencji funkcję moderatora sprawowała wspomniana już wcześniej dr M. Moulin-Stożek. W zasadzie była to jedynie namiastka jednego ze spodziewanych rezultatów projektu badawczego „*O wolność wyznawania religii we współczesnym świecie. Przeciwdziałanie przyczynom dyskryminacji i pomoc prześladowanym na przykładzie chrześcijan*”, w ramach którego odbyła się konferencja, a którym ma być Indeks Wolności Religijnej. Prezentacji danych dokonała **dr Ioulia Televantou** z Uniwersytetu w Oksfordzie, a także Uniwersytetu w Nikozji na Cyprze. Dane przedstawiały jednoznacznie smutną rzeczywistość dotyczącą sytuacji prześladowanych i dyskryminowanych chrześcijan oraz przestępstw na tle wolności religijnych, tym samym potwierdziły zasadność realizacji projektu.

