

PRAWO W DZIAŁANIU

50

SPRAWY CYWILNE

Warszawa 2022

Zgodnie z Komunikatem Ministra Edukacji i Nauki z dnia 1 grudnia 2021 r.
w sprawie wykazu czasopism naukowych i recenzowanych materiałów
z konferencji międzynarodowych
kwartalnik Prawo w Działaniu uzyskał 100 punktów.

ISSN: 2657–4691 (wersja online)

ISSN 2084–1906

Nakład 200 egz.

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



Wydawca:

Wydawnictwo Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości
ul. Krakowskie Przedmieście 25, 00–071 Warszawa

tel. +48 22 630 94 53

faks +48 22 630 99 24

e-mail: wydawnictwo@iws.org.pl

RADA PROGRAMOWA

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

REDAKTOR NACZELNY

Marcin Wielec

KOLEGIUM REDAKCYJNE

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

REDAKCJA

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

ADRES REDAKCJI

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

Szanowni Czytelnicy,

z przyjemnością przekazujemy w Państwa ręce kolejny numer kwartalnika „Prawo w Działaniu”. Ostatni rok wyjątkowej pracy i zaangażowania Pracowników Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości w liczne przedsięwzięcia naukowe oraz współpracę międzynarodową – oznaczał również intensyfikację prac oraz rozwój Wydawnictwa IWS. W tych okolicznościach podjęliśmy decyzję o przejęciu prac związanych z procesem wydawniczym nad kwartalnikiem od Wydawnictwa Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., z którym łączyła nas wieloletnia, szczególnie owocna współpraca. Zachowaliśmy ją na polu propagowania treści objętych kwartalnikiem – z nadzieją na kolejne lata wspólnej pracy.

W imieniu własnym oraz całej Redakcji kwartalnika „Prawo w Działaniu” składam podziękowania za dotychczasową współpracę Pracownikom oraz Współpracownikom Wydawnictwa Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o. zaangażowanym w proces wydawniczy kwartalnika.

Kwartalnik „Prawo w Działaniu” zachowuje swój profil merytoryczny, jednak począwszy od 2022 r. będzie się ukazywał w nowej szacie graficznej.

Miło mi również poinformować, że zgodnie z Komunikatem Ministra Edukacji i Nauki z dnia 1 grudnia 2021 r. w sprawie wykazu czasopism naukowych i recenzowanych materiałów z konferencji międzynarodowych kwartalnik „Prawo w Działaniu” uzyskał 100 punktów.

Z uprzejmą prośbą o życzliwe przyjęcie
prof. ucz. dr hab. Marcin Wielec
Redaktor Naczelny

Dear Readers,

It is our pleasure to present you with the newest issue of the quarterly "Law in Action". Last year was full of intense work and involvement of the employees of the Institute of Justice in numerous scientific projects and international cooperation. It also meant the intensification of work and the development of the Institute of Justice Publishing House. Under these circumstances, we decided to take over the works related to the publishing process of the quarterly from the Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., with whom we have had many years of very fruitful cooperation. We will keep on co-operating in terms of promoting of the content covered by the quarterly - with hope for many years of working together in the future.

On behalf of myself and the entire editorial staff of the quarterly "Law in Action", I would like to thank the employees and associates of the Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o. involved in the publishing process of our quarterly. "Law in Action" retains its substantive profile, but from 2022 it will be published in a new layout.

I am also pleased to inform you that according to the Communication of the Minister of Education and Science of December 1, 2021 on the list of scientific journals and reviewed materials from international conferences, the quarterly "Law in Action" has obtained 100 points.

With a kind request for your friendly reception
prof. ucz. dr hab. Marcin Wielec
Editor in Chief

Spis treści

Contents

Artykuły

Articles

Filip Manikowski

Postępowanie w sprawie o zobowiązania osoby stosującej przemoc
w rodzinie do opuszczenia wspólnie zajmowanego mieszkania i jego
bezpośredniego otoczenia lub zakazania zbliżania się do mieszkania
i jego bezpośredniego otoczenia – analiza badań aktowych
*Proceeding in a case for obliging a person using domestic violence to leave the jointly
occupied flat and its immediate surroundings or prohibit approaching the flat
and its immediate surroundings – analysis of file research*

9

Ewa Wojtaszek-Mik

Dobro dziecka a odmowa jego wydania na podstawie art. 13 ust. 1
lit. b Konwencji haskiej dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia
dziecka za granicę
*The child's welfare and the refusal to order the return of the child under Art. 13 (b)
of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*

44

Wanda Stojanowska, Mirosław Kosek

Rola i zadania organów pomocniczych sądu rodzinnego
The role and tasks of auxiliary organs of a family court

73

Piotr Ryłski

System biegłych sądowych w sprawach cywilnych we Francji
The system of court experts in civil matters in France

90

Katarzyna Stelmasiak, Marek Świerczyński, Zbigniew Więckowski

Badania kliniczne wyrobów medycznych wykorzystujących
inteligentne algorytmy – wstęp do dyskusji
*Clinical trials of medical devices using intelligent algorithms
– introduction to the discussion*

112

Barbara Jelonek-Jarco

O konieczności regulacji prawnej umowy franczyzy – uwagi do raportu
„Faktyczna nierówność stron umowy franczyzy w Polsce”
*On the necessity of legal regulation of the franchise agreement – comments to the
report “The actual inequality of parties to the franchise agreement in Poland”*

130

Michał Będkowski-Kozioł

Odpowiedzialność z tytułu naruszenia obowiązku stosowania się do ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej w orzecznictwie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz Sądu Apelacyjnego w Warszawie

Liability for the breach of the obligation to comply with the restrictions on the supply and consumption of electricity in the jurisprudence of the Court of Competition and Consumer Protection and the Court of Appeal in Warsaw

169

Andrzej Pogłódek

Szczególna ochrona trwałości stosunku pracy w przypadku pracownika – ojca lub pracownika – innego członka najbliższej rodziny w okresie ciąży pracownicy. Uwagi *de lege ferenda*

Special protection of the durability of the employment relationship in the case of an employee – father or employee – another member of the immediate family during the pregnancy of the employee. Notes de lege ferenda

195

Edit Írisz Horváth

Procedural principles for effective legal protection in administrative proceedings

Zasady proceduralne skutecznej ochrony prawnej w postępowaniu administracyjnym

207

Sprawozdania

Reports

Tomasz Bojanowski, Klaudia Łuniewska, Bartłomiej Oręziak

Report on the International Scientific Conference “The impact of digital platforms and social media on freedom of expression and pluralism – in general terms”. Warsaw, 27 May 2021

Sprawozdanie z Międzynarodowej Konferencji Naukowej pt. „Wpływ platform cyfrowych i mediów społecznościowych na wolność słowa i pluralizm – w ujęciu ogólnym”. Warszawa, 27.05.2021 r.

221

Jowita Sosnowska

Sprawozdanie z seminarium naukowego „Ekspresja religijna versus wolność słowa”

Report from the scientific seminar “Religious expression versus freedom of speech”

226

Filip Manikowski

Postępowanie w sprawie o zobowiązania osoby stosującej przemoc w rodzinie do opuszczenia wspólnie zajmowanego mieszkania i jego bezpośredniego otoczenia lub zakazania zbliżania się do mieszkania i jego bezpośredniego otoczenia – analiza badań aktowych

Proceeding in a case for obliging a person using domestic violence to leave the jointly occupied flat and its immediate surroundings or prohibit approaching the flat and its immediate surroundings – analysis of file research

Abstract

This article analyses the course of the proceedings in the case of obliging a person using domestic violence to leave the jointly occupied apartment and its immediate surroundings or prohibit approaching the apartment and its immediate surroundings. The analysis was based on case file studies. It was established that one of the most important problems related to the above proceeding is its duration. The one-month deadline for examining the application is, in practice, hardly ever respected.

Keywords: *domestic violence, order to vacate, prohibition of approaching the apartment, case file studies, perpetrator of violence*

Dr Filip Manikowski jest adiunktem w Instytucie Nauk Prawnych, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Polska, ORCID: 0000-0001-6859-9230, mail: f.manikowski@uksw.edu.pl
Data zgłoszenia tekstu przez autora: 15.03.2022 r.; data zaakceptowania do publikacji: 31.03.2022 r.

Streszczenie

W niniejszym artykule dokonano analizy przebiegu postępowania w sprawie o zobowiązania osoby stosującej przemoc w rodzinie do opuszczenia wspólnie zajmowanego mieszkania i jego bezpośredniego otoczenia lub zakazania zbliżania się do mieszkania i jego bezpośredniego otoczenia. Podstawę analizy stanowiły akta sądowe powyższych spraw. Ustalono, że jednym z najważniejszych problemów związanych z omawianym postępowaniem jest czas jego trwania. Miesięczny termin przewidziany na rozpoznanie wniosku bywa w praktyce bardzo rzadko przestrzegany.

Słowa kluczowe: przemoc w rodzinie, nakaz opuszczenia lokalu, zakaz zbliżania się do mieszkania, badania aktowe, sprawca przemocy

Uwagi wprowadzające

Celem niniejszego artykułu jest analiza przebiegu postępowania w sprawie zobowiązania osoby stosującej przemoc w rodzinie do opuszczenia wspólnie zajmowanego mieszkania i jego bezpośredniego otoczenia lub zakazania zbliżania się do mieszkania i jego bezpośredniego otoczenia¹.

Ofiara przemocy na podstawie art. 11a ustawy z 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie² może domagać się od sądu, aby ten zobowiązał jego członka rodziny stosującego przemoc w rodzinie do opuszczenia wspólnie zajmowanego mieszkania i jego bezpośredniego otoczenia lub zakazał zbliżania się do mieszkania i jego bezpośredniego otoczenia³. Wskazany przepis stanowi niezależną od przepisów prawa cywilnego i prawa karnego samoistną podstawę do wydania przez sąd nakazów i zakazów tam wskazanych⁴.

Sprawy o zobowiązanie rozpoznawane są w cywilnym postępowaniu nieprocesowym. Pierwotnie toczyły się one, z pewnymi odstępstwami wynikającymi z art. 11a u.p.p.r., na podstawie ogólnych przepisów o postępowaniu nieprocesowym. Istotne zmiany wprowadziła w tym zakresie ustawa z 30.04.2020 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw⁵. Związane jest to przede wszystkim z dodaniem do ustawy z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego⁶ przepisów właściwych dla powyższych spraw (art. 560²–560¹² k.p.c.)⁷. W przepisach tych wprowadzono szereg rozwiązań mających na celu przyspieszenie rozpoznawania wniosków składanych na podstawie art. 11a u.p.p.r. Rozwiązania zostały poddane szczegółowej analizie w dalszej części niniejszego artykułu. W tym

¹ Dalej sprawy o zobowiązanie.

² Tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 1249 – dalej u.p.p.r.

³ Przepis ten został dodany ustawą z 10.06.2010 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2010 r. Nr 125, poz. 842).

⁴ P. Piskozub, *Eksmisja sprawcy przemocy na podstawie art. 11a ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie* [w:] *Isolacja sprawcy przemocy w rodzinie*, Legalis/el. 2021.

⁵ Dz.U. z 2020 r. poz. 956 – dalej nowelizacja z 30.04.2020 r. Nowelizacja ta weszła w życie 30.11.2020 r. (zgodnie z art. 9). Niemniej w przypadku spraw wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe (art. 8 nowelizacji z 30.04.2020 r.).

⁶ Tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 1805 ze zm. – dalej k.p.c.

⁷ Dalej postępowanie o zobowiązanie.

celu wykorzystano przede wszystkim metodę dogmatycznoprawną oraz empiryczną. Druga z metod polegała na zbadaniu 192 akt prawomocnie zakończonych spraw o zobowiązanie nadesłanych z 34 sądów rejonowych wylosowanych z obszaru całej Polski, które orzekały w I instancji. W 51 postępowaniach (26,6%) zastosowanie miały przepisy wprowadzone nowelizacją z 30.04.2020 r. W pozostałych przypadkach sądy orzekały na podstawie art. 11a u.p.p.r. w jego pierwotnym brzmieniu (73,4%). Akta przedmiotowych spraw badano na podstawie kwestionariusza opracowanego na potrzeby niniejszego opracowania. Na tej podstawie dokonano ustaleń w zakresie przebiegu postępowania sądowego, czasu jego trwania, prowadzenia postępowania dowodowego oraz wydanych rozstrzygnięć.

Jako hipotezę badawczą przyjęto założenie o szczególnej istotności zasady szybkości postępowania w sprawach o zobowiązanie. Postępowanie to ma zapewnić jak najszybszą izolację sprawców przemocy od ich ofiar. Istotne jest zatem, żeby rozwiązania przyjęte w tym postępowaniu skutkowały jego uproszczeniem oraz przyspieszeniem. Dlatego też w niniejszym opracowaniu skoncentrowano się przede wszystkim na ustaleniu, jakie okoliczności – w praktyce – najczęściej skutkują jego wydłużeniem oraz czy nowelizacja z 30.04.2020 r. przyczyniła się do przyspieszenia tych postępowań. Zbadano jednocześnie, czy – w związku z dążeniem do jak najszybszego wydania rozstrzygnięcia – nie dochodzi do naruszeń praw jego uczestników, w tym przede wszystkim wskazywanych sprawców przemocy.

1. Przesłanki orzeczenia nakazu lub zakazu na podstawie art. 11a u.p.p.r.

1.1. Przemoc w rodzinie

Stosowanie przemocy w rodzinie stanowi jedną z dwóch przesłanek wydania nakazu lub zakazu określonego w art. 11a u.p.p.r. Definicja legalna przemocy w rodzinie została przewidziana w art. 2 pkt 2 u.p.p.r. W myśl tego przepisu przez przemoc w rodzinie należy rozumieć „jednorazowe albo powtarzające się umyślne działanie lub zaniechanie naruszające prawa lub dobra osobiste osób wymienionych w pkt 1, w szczególności narażające te osoby na niebezpieczeństwo utraty życia, zdrowia, naruszające ich godność, nietykalność cielesną, wolność, w tym seksualną, powodujące szkody na ich zdrowiu fizycznym lub psychicznym, a także wywołujące cierpienia i krzywdy moralne u osób dotkniętych przemocą”. Stosowanie przemocy w rodzinie powinno czynić szczególnie uciążliwym wspólne zamieszkiwanie.

Sąd, oceniając, czy doszło do przemocy w rodzinie, nie powinien odnosić się do definicji występujących w innych aktach prawnych czy też definicji, które zostały sformułowane w doktrynie i orzecznictwie na ich tle⁸. Dotyczy to w szczególności przestępstwa znęcania się stypizowanego w art. 207 ustawy z 6.06.1997 r. – Kodeks karny⁹. Należy chociażby zwrócić uwagę na inne rozumienie umyślności w k.k. oraz u.p.p.r. W orzecznictwie zauważono, że brak w u.p.p.r. definicji umyślności nie

⁸S. Spurek, *Komentarz do art. 2 u.p.p.r.* [w:] *Przeciwdziałanie przemocy w rodzinie. Komentarz*, LEX/el. 2019.

⁹Tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 2345 ze zm. – dalej k.k.

może stanowić podstawy do uznania konieczności wykazania sprawcy przemocy w rodzinie winy umyślnej w jednej z dwóch postaci wskazanych w k.k.¹⁰ Uznano, że przez umyślność działania na gruncie u.p.p.r. należy rozumieć działanie zamierzone, a nie działanie mające miejsce w warunkach jednego z rodzajów winy określonych w art. 9 k.k.¹¹

Na 19 przypadków, w których oddalono wniosek o wydanie nakazu lub zakazu przewidzianego w art. 11a ust. 1 u.p.p.r., 26,3% (5 postanowień) było związanych z niestwierdzeniem występowania przemocy w rodzinie. W przypadkach tych sądy wskazały m.in., że: wnioskodawca i uczestnik postępowania wzajemnie wszczynali konflikty oraz awantury; negatywne zachowanie było jednorazowe, a od jego zajścia do momentu złożenia wniosku upłynął znaczny czas; występował brak umyślności w działaniu. Spośród powyższych przypadków ewentualne wątpliwości mogą budzić te, w których sąd stwierdził brak występowania przemocy w rodzinie w związku z tym, że zachowania wnioskodawcy i sprawcy miały charakter wzajemny. W doktrynie podkreśla się, że w przeciwieństwie do pojęcia znęcania się użytego w art. 207 k.k. w definicji przemocy w rodzinie zrezygnowano z elementu przewagi sprawcy nad osobą dotkniętą przemocą.

1.2. Wspólne zajmowanie mieszkania

Wspólne zajmowanie mieszkania przez ofiarę i sprawcę przemocy jest drugą przesłanką wydania nakazu lub zakazu przewidzianego w art. 11a u.p.p.r. Zajmowanie mieszkania powinno być rozumiane szerzej niż zamieszkanie w rozumieniu art. 25 ustawy z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny^{12, 13}. Gdyby intencją ustawodawcy było tożsame rozumienie tych dwóch pojęć, wówczas w art. 11a u.p.p.r. posłużyłby się on pojęciem „wspólnego zamieszkiwania”. Sformułowanie takie zostało przykładowo użyte w art. 275a § 1 ustawy z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego¹⁴ stanowiącym o środku zapobiegawczym w postaci nakazu opuszczenia lokalu. Środek ten stosuje się wobec osoby oskarżonej „o przestępstwo popełnione z użyciem przemocy na szkodę osoby wspólnie zamieszkującej (*sic!*) okresowe opuszczenie lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym”. Na tej podstawie należy uznać, że sprawca i ofiara przemocy nie muszą przebywać w danym miejscu z zamiarem stałego pobytu.

Artykuł 11a u.p.p.r. w pierwotnym brzmieniu przewidywał, że ofiara przemocy mogła żądać, aby sąd zobowiązał sprawcę przemocy do opuszczenia mieszkania pod warunkiem, że sprawca i ofiara przemocy wspólnie zajmowali mieszkanie. Istotne zmiany w tym zakresie wprowadziła nowelizacja z 30.04.2020 r., w której poszerzono zakres przedmiotowy jego stosowania o trzy kolejne stany faktyczne: 1) gdy ofiara w związku ze stosowaniem wobec niej przemocy opuściła mieszkanie (art. 11a ust. 2

¹⁰ Postanowienie Sądu Okręgowego (dalej SO) w Nowym Sączu z 16.07.2014 r., III Ca 334/14, LEX nr 1859860.

¹¹ Postanowienie SO w Nowym Sączu z 16.07.2014 r., III Ca 334/14, LEX nr 1859860.

¹² Tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.

¹³ G. Wrona, *Komentarz do art. 11a u.p.p.r.* [w:] *Ustawa o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie. Komentarz*, Legalis/el. 2021.

¹⁴ Tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 534 ze zm.

pkt 1 u.p.p.r.), 2) gdy członek rodziny stosujący przemoc opuścił mieszkanie (art. 11a ust. 2 pkt 2 u.p.p.r.), 3) gdy sprawca przemocy okresowo lub nieregularnie przebywa w mieszkaniu wspólnie z osobą dotkniętą przemocą w rodzinie (art. 11a ust. 2 pkt 3 u.p.p.r.). W uzasadnieniu nowelizacji wyjaśniono, że stanowi to rozwiązanie problemów, „jakie pojawiały się przy dotychczasowym rozpoznawaniu spraw tego rodzaju, a dotyczących właśnie możliwości wydania orzeczenia nakazującego opuszczenie lokalu, w sytuacji gdy wnioskodawca bądź też osoba stosująca przemoc nie zamieszkiwali w nim, choćby czasowo, lub przebywali jedynie okresowo bądź nieregularnie. W intencji projektodawcy art. 11a ust. 1 u.p.p.r. ma być stosowany także w takiej sytuacji, co należało jednoznacznie wskazać w ustawie”¹⁵. Na 19 przypadków, w których oddalono wniosek o wydanie nakazu lub zakazu przewidzianego w art. 11a ust. 1 u.p.p.r., 8 (42,1%) było związanych z opuszczeniem lokalu przez sprawcę przemocy w toku postępowania¹⁶. Należy zauważyć, że 7 z tych postanowień zostało wydanych w postępowaniach wszczętych przed 30.11.2020 r., a więc na podstawie art. 11a u.p.p.r. w jego pierwotnym brzmieniu. Można zatem domniemywać, że wskazywane przez projektodawcę wątpliwości faktycznie miały miejsce w praktyce. W tym kontekście warto również zwrócić uwagę, że z analizy akt wynika, że część uczestników – sprawców przemocy w toku postępowania odbywało kary pozbawienia wolności lub było tymczasowo aresztowanych. Dotyczyło to 25 postępowań, w tym: w 22 przypadkach miało to miejsce w dniu składania wniosku, natomiast w 3 – w toku postępowania. W 6 przypadkach sprawca przemocy wyszedł na wolność w toku postępowania. Powyższe dane – moim zdaniem – potwierdzają zasadność doprecyzowania art. 11a u.p.p.r. w zakresie dotyczącym zajmowania mieszkania.

1.3. Członek rodziny

Sprawca przemocy musi być członkiem rodziny wnioskodawcy – ofiary przemocy. Analogicznie jak w przypadku pojęcia przemocy w rodzinie, ustawodawca przewidział również definicję członka rodziny. Stosownie do art. 2 pkt 1 u.p.p.r. członek rodziny to osoba najbliższa w rozumieniu art. 115 § 11 k.k.¹⁷, a także inna osoba wspólnie zamieszkująca lub gospodarująca. Pojęcie osoby najbliższej występuje m.in. w art. 207 k.k. penalizującym przestępstwo znęcania się. Z powyższego wynika, że definicja legalna członka rodziny zawarta w u.p.p.r. jest szersza niż definicja osoby najbliższej występująca w k.k. Intencję ustawodawcy przy wprowadzaniu tak szerokiej definicji członka rodziny stanowiło objęcie ochroną u.p.p.r. osób, które wprawdzie nie pozostają w relacjach rodzinnych, ale stały się ofiarami przemocy ze strony osób,

¹⁵ Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw z 11.03.2020 r., druk sejmowy nr 279, Sejm IX kadencji, <https://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/0/50579853AD7D463DC12585340032C2C1/%24File/279.pdf>, s. 17 uzasadnienia (dostęp: 18.02.2022 r.).

¹⁶ Zob. dane przedstawione w pkt 2.8 niniejszego artykułu. Obrazują one jedynie prawdopodobne przyczyny oddalenia wniosku ustalone na podstawie przebiegu postępowania. Do postanowień tych nie sporządzono uzasadnienia.

¹⁷ Osobą najbliższą, stosownie do art. 115 § 11 k.k., jest małżonek, wstępny, zstępny, rodzeństwo, powinowaty w tej samej linii lub stopniu, osoba pozostająca w stosunku przysposobienia oraz jej małżonek, a także osoba pozostająca we wspólnym pożyciu.

które wspólnie z nimi mieszkają ze względu np. na trudności lokalowe. Dotyczy to w szczególności rozwiedzionych małżonków¹⁸. Takie podejście napotyka częściową krytykę w doktrynie. Wskazuje się bowiem, że członkami rodziny w rozumieniu wspomnianej ustawy jest przykładowo grupa studentów wspólnie wynajmująca lokal mieszkalny¹⁹. Niemniej analiza akt spraw nie potwierdza zasadności powyższej krytyki. W zbadanych sprawach wnioskodawca oraz uczestnik – sprawca przemocy pozostawali najczęściej w związku małżeńskim (42,7% – 76 przypadków) lub byli ze sobą spokrewnieni (41,0% – 73 przypadki)²⁰. W 7,3% przypadków (13) wniosek dotyczył osób rozwiedzionych, w 5,6% (10) – pozostających w konkubinacie, natomiast w 0,6% (1) – powinowatych. W żadnej ze spraw nie stwierdzono braku istnienia jakiegokolwiek związku (oprócz wspólnego zajmowania mieszkania) pomiędzy sprawcą a uczestnikiem postępowania. Nie stwierdzono również przypadków podobnych do tych przywołanych przez przedstawicieli doktryny (grupa studentów). Żaden z wniosków nie został oddalony w związku z uznaniem przez sąd, że sprawca i ofiara przemocy nie byli członkami rodziny. Wydaje się, że definicja legalna członka rodziny przewidziana w u.p.p.r. jest w pełni adekwatna do realizacji celów u.p.p.r.

2. Postępowanie przed sądem I instancji

2.1. Właściwość rzeczowa i miejscowa, wydział

Sądem właściwym do rozpoznania wniosku złożonego na podstawie art. 11a u.p.p.r. jest sąd rejonowy miejsca zamieszkania wnioskodawcy, a w przypadku braku miejsca zamieszkania – sąd miejsca jego pobytu (art. 508 k.p.c.). Kwestia ta nie budzi wątpliwości ani w doktrynie, ani w orzecznictwie, ani w zbadanych sprawach. Zagadnienie sporne to natomiast właściwość wydziałów. Aspekt ten został uregulowany w art. 12 ustawy z 27.07.2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych²¹. Na jego podstawie w sądach rejonowych można tworzyć m.in. wydziały rodzinne i nieletnich oraz cywilne. Do właściwości pierwszych należą m.in. sprawy „z zakresu prawa rodzinnego i opiekuńczego” (art. 12 § 1 pkt 3 p.u.s.p.), natomiast do drugich – m.in. sprawy „z zakresu prawa cywilnego, prawa rodzinnego i opiekuńczego” (art. 12 § 1 pkt 1 p.u.s.p.). Na problem ten zwrócił uwagę Rzecznik Praw Obywatelskich (dalej RPO) w wystąpieniu skierowanym do Ministra Sprawiedliwości w 2017 r.²² Wskazał on, że ani z uzasadnienia projektu ustawy z 10.06.2010 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie oraz niektórych innych ustaw, ani z art. 11a u.p.p.r. czy art. 12 p.u.s.p. nie wynika jednoznacznie, który z wydziałów jest właściwy w sprawach wniosków składanych na podstawie art. 11a u.p.p.r.²³ Rzecznik odwołał się jednocześnie do pisma Wiceprezesa Sądu Okręgowego w Warszawie

¹⁸ S. Spurek, *Komentarz...* [w:] *Przeciwdziałanie...*

¹⁹ K. Dudka, *Środki zapobiegawcze stosowane wobec sprawców przemocy w rodzinie*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2006/2, s. 44.

²⁰ W 178 sprawach możliwe było ustalenie związku pomiędzy sprawcą przemocy a wnioskodawcą.

²¹ Tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 2072 ze zm. – dalej: p.u.s.p.

²² *Wystąpienie RPO do Ministra Sprawiedliwości z 6.02.2017 r.*, <http://bityl.pl/duFLr> (dostęp: 18.02.2022 r.).

²³ *Wystąpienie RPO do Ministra Sprawiedliwości z 6.02.2017 r.*, s. 2-3, <http://bityl.pl/duFLr> (dostęp: 18.02.2022 r.).

z 2011 r., w którym stwierdzono, że w okręgu tego sądu toczą się spory kompetencyjne między poszczególnymi wydziałami sądów rejonowych w przedmiotowych sprawach. Wyjaśniono również, że sprawy te nie należą do spraw *stricto* cywilnych ani rodzinnych. Niemniej wskazano, że kwestie merytoryczne przemawiają za tym, żeby były one rozpoznawane przez wydziały rodzinne, ponieważ dotyczą rodziny i jej funkcjonowania. Podkreślono, że sędziowie orzekający w wydziałach rodzinnych posiadają lepsze przygotowanie do orzekania w sprawach o zobowiązanie. Rzecznik Praw Obywatelskich, uznając słuszność tego poglądu, zwrócił się do Ministra Sprawiedliwości o dokonanie odpowiednich zmian w prawie. Minister Sprawiedliwości w 2017 r. oraz w 2019 r. poinformował RPO, że trwają prace analityczne dotyczące przedmiotowego zagadnienia²⁴. Do dnia przygotowania niniejszego artykułu powyższego postulatu nie uwzględniono. W mojej ocenie pogląd RPO jest w pełni zasadny. O ile faktycznie, na podstawie obowiązujących przepisów, nie można wskazać, który wydział jest właściwy w sprawach o zobowiązanie, to jednak mając na uwadze doświadczenie sędziów orzekających w wydziałach rodzinnych w zakresie orzekania w podobnych sprawach oraz fakt, że sprawy z art. 11a u.p.p.r. wiążą się z rodziną i jej funkcjonowaniem, trzeba uznać, że to do właściwości wydziałów rodzinnych powinny należeć sprawy z art. 11a u.p.p.r. Z analizy spraw wynika, że w zdecydowanej większości sprawy te rozpoznawane są przez wydziały cywilne²⁵.

2.2. Doręczenia

W postępowaniu nieprocesowym, na podstawie art. 13 § 2 k.p.c., stosuje się odpowiednio przepisy o doręczeniu w procesie. *De lege lata* sąd może dokonywać doręczeń przez: operatora pocztowego, osoby zatrudnione w sądzie, sądową służbę doręczeniową lub za pośrednictwem komornika sądowego (art. 131 § 1 k.p.c.), a w przypadkach wskazanych w ustawie – przez Policję lub Żandarmerię Wojskową. Ostatnia możliwość została przewidziana w postępowaniu o zobowiązanie. Przesłanką dokonania doręczenia za pośrednictwem Policji lub Żandarmerii Wojskowej jest konieczność zapewnienia szybkości postępowania (art. 560⁶ § 1 k.p.c.). W sprawach wszczętych przed 30.11.2020 r. doręczeń w większości przypadków dokonywał operator pocztowy – dotyczyło to 141 ze 151 postępowań (93,4%). W 6 przypadkach doręczenie zostało dokonane przez Policję (3,3%) oraz w 4 – przez komornika sądowego (2,6%). W postępowaniach wszczętych po 30.11.2020 r. zwiększył się odsetek doręczeń przez Policję. Doręczenia te zostały dokonane w 19 postępowaniach (37,3% postępowań). W dalszym ciągu doręczenia przez operatora pocztowego odbywały się jednak najczęściej. Dotyczyło to bowiem 47 z 51 postępowań (92,2%). Żandarmeria dostarczała przesyłki wyłącznie w jednym postępowaniu. Jednakże w żadnym postępowaniu nie dokonywano doręczeń wyłącznie za pośrednictwem Policji lub Żandarmerii

²⁴ Zob. <https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/ms-nadal-analizuje-badanie-spraw-o-przemoc-przez-sedziow-rodzinnych> (dostęp: 18.02.2022 r.).

²⁵ Spośród 192 przebadanych spraw tylko 2 sprawy (1%) były rozpoznane w ramach wydziału rodzinnego i nieletnich, pozostałe natomiast w wydziałach cywilnych.

Wojskowej. Policji w 25 postępowaniach zlecono 43 doręczenia, Żandarmerii – jedno²⁶. Doręczenia za pośrednictwem Policji dotyczyły w większości przypadków korespondencji kierowanej do uczestnika – sprawcy przemocy. Było to 40 doręczeń. Skutecznie dostarczono 38 z nich, co wskazuje na wysoką skuteczność doręczeń (88,4% przesyłek). Żandarmerii Wojskowej zlecono doręczenie wyłącznie 1 przesyłki, co też skutecznie uczyniono. Średni czas doręczeń przez Policję oraz Żandarmerię Wojskową liczony od dnia przesłania zlecenia do dnia doręczenia adresatowi wyniósł 5 dni. Świadczy to o wysokiej efektywności oraz sprawności doręczeń dokonywanych przez Policję.

W toku analizy akt stwierdzono pewne problemy związane z doręczaniem korespondencji przez operatora pocztowego. Pierwszy z nich dotyczył doręczania korespondencji, zamiast adresatom, dorosłym domownikom, którzy byli ich przeciwnikami procesowymi w rozumieniu art. 138 § 1 k.p.c.²⁷ Na 188 zbadanych spraw²⁸ w 18 (9,6%) stwierdzono doręczenie korespondencji przeciwnikowi procesowemu. W nie wszystkich przypadkach przewodniczący zwrócił na to uwagę i zarządził ponowne doręczenie. Rozwiązaniem tego problemu byłoby zaznaczanie w zarządzeniach o doręczeniu, że korespondencja ma zostać dostarczona do rąk własnych adresata, gdyż nie stanowiło to powszechnej praktyki w zbadanych postępowaniach. Kolejna kwestia to brak możliwości doręczenia korespondencji sprawcy przemocy w związku: ze zmianą jego adresu po złożeniu wniosku w danej sprawie; z jego tymczasowym aresztowaniem; ze wskazaniem błędnego adresu sprawcy przez wnioskodawcę. Stanowiło to 27% wszystkich powodów odroczenia rozpraw²⁹. Przyczyniło się do odroczenia 33 rozpraw. Rozwiązaniem tego problemu, analogicznie jak w pierwszym przypadku, byłoby częstsze dokonywanie doręczeń za pośrednictwem Policji lub Żandarmerii Wojskowej oraz ustalanie przez sąd z urzędu, przed pierwszą rozprawą, aktualnego miejsca pobytu uczestnika – sprawcy przemocy, np. z wykorzystywaniem systemów NOE-SAD lub PESEL-SAD.

2.3. Wniosek

2.3.1. Wymogi formalne

Wniosek o wydanie nakazu lub zakazu, o którym stanowi art. 11a u.p.p.r., powinien spełniać zarówno ogólne wymogi pisma procesowego przewidziane w art. 126 k.p.c., jak i te przewidziane dla pozwu (art. 511 w zw. z art. 187 k.p.c.), z tym że zamiast pozwanego należy wymienić zainteresowanych w sprawie. Tak jak w przypadku każdego pisma procesowego, do wniosku powinny zostać dołączone jego odpisy i odpisy załączników do doręczenia ich uczestniczącym w sprawie osobom (art. 128

²⁶ Dotyczyło to: 21 wezwań na rozprawę kierowanych do uczestnika – sprawcy przemocy, 12 odpisów postanowień co do istoty sprawy kierowanych do sprawcy, 6 wezwań na rozprawę kierowanych do wnioskodawcy, 4 postanowień w przedmiocie zabezpieczenia.

²⁷ Przepis ten – na podstawie art. 13 § 2 k.p.c. – ma odpowiednie zastosowanie do postępowania nieprocesowego.

²⁸ To liczba spraw, w których nie zwrócono fizycznie wniosku i w których, możliwe było ustalenie relacji pomiędzy adresatem pisma a osobą, której faktycznie je doręczono.

²⁹ Ustalono w sumie 122 przyczyny odroczeń rozpraw.

k.p.c.). Należy również pamiętać o konieczności uiszczenia odpowiedniej opłaty. Niespełnienie któregoś z powyższych wymogów skutkuje wezwaniem wnioskodawcy do uzupełnienia braków formalnych w trybie art. 130 k.p.c. Konsekwencją tego jest przedłużenie postępowania o czas niezbędny do przesłania wezwania oraz czas niezbędny do uzupełniania braków formalnych. Z przeprowadzonych badań wynika, że wnioski składane na podstawie art. 11a u.p.p.r. często dotknięte są brakami formalnymi. W przypadku wniosków złożonych przed 30.11.2020 r. dotyczyło to 75 ze 141 wniosków (53,2%), natomiast złożonych po tej dacie – 15 z 51 (29,4%). Braki nie zostały uzupełnione w 24 przypadkach (26,7%).

Do najczęściej występujących braków formalnych wniosków wniesionych przed 30.11.2020 r. należy zaliczyć: brak wniesienia opłaty (42,6%), niedołączenie odpisu wniosku (16,3%) oraz niewskazanie numeru PESEL wnioskodawcy (8,5%)³⁰.

Istotne zmiany w tym zakresie wprowadziła nowelizacja z 30.04.2020 r. Po pierwsze, odstąpiono od wzywania do dołączenia odpisów wniosków oraz wszystkich innych pism procesowych składanych w toku tego postępowania (art. 560⁴ § 2 k.p.c.) – z jednej strony rozwiązanie to należy uznać za zasadne, ponieważ przyczynia się do szybszego rozpoznawania wniosków, jednak z drugiej strony należy zauważyć, że stanowi to dodatkowe obciążenie dla pracowników sądów, którzy zobowiązani zostali do dokonywania odpisów składanych pism. Po drugie, rozszerzono katalog osób zwolnionych od kosztów sądowych o osoby składające wniosek na podstawie art. 11a u.p.p.r. (art. 96 ust. 1 pkt 15 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych³¹). Od 21.08.2019 r. opłata od wniosku o wszczęcie postępowania nieprocesowego (art. 23 pkt 1 u.k.s.c.) wynosiła 100 zł³². Zwolnienie wnioskodawcy – ofiary przemocy od kosztów sądowych oznacza, że nie musi ona uiszczać opłaty od złożonego wniosku. Rozwiązanie to należy uznać za w pełni zasadne. W stanie prawnym do 30.11.2020 r., jeżeli wnioskodawca – ofiara przemocy nie miał środków na uiszczenie opłaty, musiał złożyć wniosek o zwolnienie od kosztów sądowych, co tamowało merytoryczne rozpoznanie wniosku. Sąd w tym przypadku, w pierwszej kolejności, rozpoznawał wniosek o zwolnienie od kosztów. Jeżeli go oddalił, wnioskodawcę wzywano do uiszczenia opłaty. Cały ten proces znacznie wydłużał czas rozpoznania wniosku.

Wymogiem, którego nie dotyczyła wspomniana nowelizacja, było wskazanie numeru PESEL wnioskodawcy. W tym przypadku zasadny wydaje się postulat *de lege ferenda* polegający na wprowadzeniu regulacji, na podstawie której sądy ustalałyby numer PESEL wnioskodawcy z urzędu.

W analizie akt spraw wszczętych po 30.11.2020 r. widoczny jest pozytywny wpływ nowelizacji z 30.04.2020 r. Dotyczy on zmniejszenia liczby stwierdzonych braków formalnych. Zagadnienie to przedstawia tabela 1.

³⁰ Dane ukazano w odniesieniu do wszystkich wniosków złożonych przed 30.11.2020 r., tj. 141.

³¹ Ustawa z 28.07.2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 2257 ze zm.) – dalej u.k.s.c.

³² Ustawa z 4.07.2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2019 r. poz. 1469 ze zm.).

Tabela 1. Braki formalne wniosków złożonych po 30.11.2020 r.

Rodzaj stwierdzonego braku	Liczba braków	Stosunek liczby braków do liczby wszystkich wniosków
Opłata	8	15,7%
Odpis wniosku	7	13,7%
PESEL wnioskodawcy	3	5,9%
PESEL uczestnika – sprawcy przemocy	1	2,0%
Adres uczestnika – sprawcy przemocy	2	3,9%
Wartość przedmiotu sporu	1	2,0%
Ogółem	22	x

Źródło: opracowanie własne.

Z tabeli wynika również, że sądy w części przypadków, mimo wejścia w życie wskazanej nowelizacji, w dalszym ciągu wzywały do uiszczenia opłaty od dołączenia odpisu wniosku. Działanie to, jako niemające podstawy w obowiązujących przepisach, należy ocenić jednoznacznie negatywnie.

2.3.2. Urzędowe formularze

Wniosek o wydanie nakazu lub zakazu od 30.11.2020 r. może zostać wniesiony na urzędowym formularzu (art. 560³ § 1 k.p.c.). Rozwiązanie to należy ocenić pozytywnie. Po pierwsze, urzędowe formularze ułatwiają ofiarom przemocy składanie wniosków pozbawionych braków formalnych. Po drugie, ofiary przemocy (często osoby nieporadne) zyskują na ich podstawie informacje o tym, że faktycznie powinny wskazać okoliczności we wniosku (np. oznaczenie mieszkania) oraz że mogą składać wnioski dowodowe, a także żądać udzielenia zabezpieczenia. Z przeprowadzonych badań wynika, że ofiary przemocy jednak bardzo rzadko korzystają z tego druku. Wyłącznie w 6 postępowaniach na 51 postępowań wszczętych po 30.11.2020 r. wniosek został złożony na urzędowym formularzu (11,8%). Oznacza to, że jego potencjał nie jest wykorzystywany.

2.3.3. Żądania zawarte we wnioskach

Ofiara przemocy na podstawie art. 11a u.p.p.r. w brzmieniu obowiązującym do 30.11.2020 r. mogła domagać się od sądu, aby zobowiązał sprawcę przemocy do opuszczenia wspólnie zajmowanego mieszkania. Wraz z wejściem w życie nowelizacji przepisu ofiara przemocy otrzymała możliwość zażądania, aby sąd nakazał sprawcy przemocy opuszczenie wspólnie zajmowanego mieszkania i jego bezpośredniego otoczenia lub zakazał mu zbliżania się do mieszkania i jego bezpośredniego otoczenia.

Z analizy akt spraw wszczętych przed 30.11.2020 r. wynika, że w 82% przypadków (114 wniosków) wnioskodawcy żądali od sądu zobowiązania osoby stosującej przemoc w rodzinie do opuszczenia wspólnie zajmowanego mieszkania. W pozostałych

przypadkach (18%, tj. 25 wniosków) było to: żądanie „eksmisji” (w 15 wnioskach), „nakazanie opuszczenia i opróżnienia z rzeczy lokalu mieszkalnego” (w 7 wnioskach), „zakaz zbliżania się” (w 1 wniosku), „podjęcie działań mających na celu eksmisję z domu” (w 1 wniosku), „rozwiązanie umowy mieszkaniowej” (w 1 wniosku).

W przypadku postępowań wszczętych po 30.11.2020 r. żądanie zobowiązania osoby stosującej przemoc w rodzinie do opuszczenia wspólnie zajmowanego mieszkania zostało sformułowane w 31 wnioskach (tj. 60,8% wszystkich 51 wniosków). W pozostałych przypadkach było to:

- a) zobowiązanie osoby stosującej przemoc w rodzinie do opuszczenia wspólnie zajmowanego mieszkania i jego bezpośredniego otoczenia oraz zakazanie osobie stosującej przemoc w rodzinie zbliżania się do mieszkania i jego bezpośredniego otoczenia (4 wnioski);
- b) zobowiązanie osoby stosującej przemoc w rodzinie do opuszczenia wspólnie zajmowanego mieszkania i jego bezpośredniego otoczenia (4 wnioski);
- c) zakazanie osobie stosującej przemoc w rodzinie zbliżania się do mieszkania i jego bezpośredniego otoczenia (2 wnioski);
- d) przedłużenie zakazu lub nakazu wydanego przez Policję (3 wnioski);
- e) wymeldowanie (2 wnioski);
- f) eksmisja (2 wnioski);
- g) eksmisja i opróżnienie lokalu z rzeczy (1 wniosek);
- h) opuszczenie lokalu i opróżnienie z rzeczy (2 wnioski).

W przypadku 4 wniosków zawierających żądanie zobowiązania osoby stosującej przemoc w rodzinie do opuszczenia wspólnie zajmowanego mieszkania wnioskodawca domagał się również: nakazania opróżnienia lokalu z rzeczy (w 2 wnioskach); orzeczenia, że wnioskodawcy nie przysługuje prawo do lokalu socjalnego (w 1 wniosku); zakazania zbliżania się do wnioskodawcy i mieszkańców (w 1 wniosku).

Analiza powyższych danych nasuwa kilka konkluzji. Po pierwsze, pomimo wejścia w życie nowelizacji z 30.04.2020 r. wnioskodawcy w większości przypadków w dalszym ciągu określają żądanie na podstawie art. 11a u.p.p.r. w jego pierwotnym brzmieniu, a więc wnoszą o „zobowiązanie osoby stosującej przemoc w rodzinie do opuszczenia wspólnie zajmowanego mieszkania” bez wskazywania na bezpośrednie otoczenie. Rzadkością jest również wnoszenie o „zakazanie osobie stosującej przemoc w rodzinie zbliżania się do mieszkania i jego bezpośredniego otoczenia”. Jest to o tyle ciekawe, że w przypadku postępowań wszczętych po 30.11.2020 r. w 21 przypadkach uczestnik – sprawca przemocy w momencie składania wniosku przez ofiarę przemocy nie zajmował wspólnie z nią lokalu. Prawdopodobnie wynika to z niskiej świadomości prawnej wnioskodawców i brakiem wiedzy odnośnie aktualnego brzmienia art. 11a u.p.p.r. Po drugie, zarówno w stanie prawnym przed nowelizacją, jak i po nowelizacji z 30.04.2020 r. wnioskodawcy formułują żądania w taki sposób, z którego nie wynika jednoznacznie, czy mają one podstawę w art. 11a u.p.p.r. czy w art. 13 ust. 1 ustawy z 21.06.2001 r. o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego³³. Przykładem tego jest częste żądanie „eksmisji” czy „nakazanie

³³ Tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 172 – dalej u.o.p.l.

opuszczenia i opróżnienia z rzeczy lokalu mieszkalnego”. Nakaz opuszczenia lokalu oraz opróżnienia z rzeczy, czy też nakaz opróżnienia lokalu wraz z osobami i rzeczami reprezentującymi prawa, często orzeka się w wyrokach wydawanych właśnie na podstawie art. 13 u.o.p.l. W niektórych przypadkach skutkowało to tym, że sprawa na początku została zarejestrowana w repertorium C, a więc jako rozpoznawana w trybie procesowym, a dopiero później – jako sprawa z art. 11a u.p.p.r. Na 192 przebadanych akt spraw dotyczyło to 14 (7,3%).

2.4. Uczestnicy i zainteresowani

Krąg osób legitymowanych do złożenia wniosku o wydanie nakazu lub zakazu, o którym stanowi art. 11a u.p.p.r., został wprost wskazany w tym przepisie. Są to ofiary przemocy wspólnie zajmujące mieszkanie z członkiem rodziny, który swoim zachowaniem polegającym na stosowaniu przemocy w rodzinie czyni szczególnie uciążliwym wspólne zamieszkiwanie. Składając wniosek, osoby te stają się uczestnikami postępowania. Należy jednocześnie podkreślić, że w tym przypadku sąd nie bada wystąpienia interesu prawnego osób składających przedmiotowy wniosek, lecz tylko to, czy wnioskodawca należy do kręgu osób wskazanych w art. 11a u.p.p.r.³⁴ Kryteria te zostały omówione w pkt 1.3. niniejszego artykułu.

Osoba, która należy do kręgu wskazanych w art. 11a u.p.p.r. i która nie złożyła wniosku, jest zainteresowanym. Zainteresowany staje się uczestnikiem nie tylko przez samo złożenie wniosku o wszczęcie postępowania, ale także w przypadku: wezwania przez sąd w charakterze uczestnika, wzięcia udziału w postępowaniu z własnej inicjatywy lub z mocy samego prawa. W orzecznictwie przyjmuje się, że powinnością sądu jest czuwanie, aby każdy zainteresowany został uczestnikiem postępowania³⁵. Gdy zatem osoba należąca do kręgu osób określonych w art. 11a u.p.p.r. nie złożyła wniosku o wszczęcie postępowania, sąd powinien wezwać ją w charakterze uczestnika postępowania. W badanych sprawach wnioskodawcy, przedstawiając we wnioskach stan faktyczny, częstokroć wskazywali, że lokal, którego ma dotyczyć nakaz lub zakaz, oprócz nich i sprawcy przemocy zajmowany jest także przez inne osoby, w tym małoletnie dzieci dotknięte przemocą w rodzinie. Zgodnie z dokonаныmi ustaleniami osoby te powinny zostać wezwane do wzięcia udziału w sprawie w charakterze uczestnika. Jednakże analiza akt spraw nie potwierdza istnienia takiej praktyki. W 64,3% przypadków (108 na 168 zbadanych spraw³⁶) nie wszystkie osoby zajmujące lokal wspólnie z wnioskodawcą i ofiarą przemocy brały udział w postępowaniu³⁷. W poszczególnych postępowaniach sąd, zyskując wiedzę o takich osobach, nie wzywał ich w charakterze uczestników postępowania. Należy przy tym podkreślić, że w 77 przypadkach dotyczyło to osób małoletnich, najczęściej dzieci sprawcy i ofiary przemocy. Sądy wówczas ewentualnie przesłuchiwały te

³⁴ Zob. T. Rowiński, *Interes prawny w procesie cywilnym i postępowaniu nieprocesowym*, Warszawa 1971, s. 145 i n.; P. Rylski, *Uczestnik postępowania nieprocesowego – zagadnienia konstrukcyjne*, Warszawa 2017, s. 340–342.

³⁵ Postanowienie Sądu Najwyższego (dalej SN) z 7.07.2011 r., II CSK 684/10, LEX nr 1050460.

³⁶ Dotyczy spraw, w których nie zwrócono ani nie cofnięto wniosku na samym początku postępowania.

³⁷ Dane te pozyskano z wniosku lub ustalono w toku postępowania.

osoby w charakterze świadków. Z przyczyn wskazanych powyżej praktykę tę należy ocenić jednoznacznie negatywnie.

Niewątpliwie zainteresowanym jest również sprawca przemocy, ponieważ to jego ma dotyczyć nakaz lub zakaz. Wezwanie go przez sąd w charakterze uczestnika skutkuje przyznaniem mu tego statusu.

Zainteresowanym w postępowaniu o zobowiązanie, oprócz osób wskazanych powyżej, jest każdy podmiot, który ma interes prawny w konkretnym rozstrzygnięciu danej sprawy (art. 510 § 1 k.p.c.)³⁸. W 11 postępowaniach na 168 zbadanych akt stwierdzono (poza wnioskodawcami i sprawcami przemocy) dodatkowych uczestników. Wśród nich 13 uczestników to osoby fizyczne, natomiast 1 – gmina. W pierwszym przypadku były to osoby zajmujące wspólnie lokal z wnioskodawcą i sprawcą przemocy. Z kolei gmina została wezwana przez sąd jako podmiot, który ewentualnie udostępni lokal socjalny sprawcy przemocy.

Na zasadach ogólnych w postępowaniu nieprocesowym mogą również wziąć udział prokurator (art. 7 k.p.c.) oraz podmioty działające na takich samych zasadach jak prokurator, w tym RPO oraz Rzecznik Praw Dziecka (dalej RPD). Podmioty te mają legitymację do żądania wszczęcia postępowania oraz wzięcia udziału w toczącym się postępowaniu. Spośród 188 spraw 97,3% (183) zostało zainicjowanych wnioskiem ofiary przemocy, natomiast 2,7% (5) – wnioskiem prokuratora³⁹.

2.5. Rozprawa

Wniosek o wydanie nakazu lub zakazu, o którym stanowi art. 11a u.p.p.r., zarówno w stanie prawnym sprzed (art. 11 ust. 2 u.p.p.r. w brzmieniu obowiązującym do 30.11.2020 r.), jak i po nowelizacji z 30.04.2020 r. (art. 560⁴ § 1 k.p.c.), powinien zostać rozpoznany na rozprawie (art. 560⁴ § 1 k.p.c.). Niemniej sąd, na podstawie art. 514 § 2 k.p.c., może nie przeprowadzić rozprawy i nie wzywać zainteresowanych w sprawie, gdy z wniosku wynika oczywisty brak uprawnienia wnioskodawcy. Postanowienie oddalające wniosek wydawane jest wówczas na posiedzeniu niejawnym. Powyższą regulację zastosowano wyłącznie w jednym postępowaniu. Brak wyznaczenia rozpraw wiązał się ponadto: z cofnięciem wniosku przed wyznaczeniem rozprawy, z umorzeniem postępowania w związku z zastosowaniem art. 139¹ k.p.c., z rozpoznaniem sprawy na posiedzeniu niejawnym na podstawie regulacji wprowadzonych z uwagi na pandemię COVID-19⁴⁰ oraz ze zwrotem wniosku.

Rozprawa powinna zostać wyznaczona w ciągu miesiąca od dnia wpływu wniosku do sądu (art. 11a ust. 2 u.p.p.r. w brzmieniu obowiązującym do 30.11.2020 r. oraz art. 560⁵ k.p.c.). Z analizy badanych spraw wynika, że wymóg ten jest bardzo rzadko realizowany. W przypadku postępowań wszczętych przed 30.11.2020 r. wskazany

³⁸ P. Ryłski, *Uczestnik...*, s. 342 – autor tego opracowania wskazuje, że art. 510 k.p.c. dający możliwość wzięcia udziału w postępowaniu przez każdą osobę zainteresowaną dotyczy wyłącznie przypadku uczestnictwa w postępowaniu, które zostało już wszczęte. Nie dotyczy zatem legitymacji do wszczęcia postępowania.

³⁹ W jednym przypadku, gdy wniosek został złożony przez prokuratora, uczestnik – ofiara przemocy, na rzecz którego złożono wniosek, wniósł o jego oddalenie.

⁴⁰ Zagadnienie to będzie omówione w dalszej części niniejszego artykułu.

termin został dochowany tylko w 13,2% postępowań (15 postępowań). Rozprawy najczęściej były wyznaczane w trakcie 31–60 dni (28,0%, czyli 32 postępowania). Niejednokrotnie termin określano w ciągu 61–90 dni (24,6%, tj. 28 postępowań), a nawet w okresie 91–120 dni (14,9%, tj. 17 postępowań). Do okoliczności, które w głównej mierze przyczyniały się do przekroczenia wskazanego terminu, należy zaliczyć: wzywanie do uzupełnienia braków formalnych, składanie wniosków o zwolnienie od kosztów sądowych lub wyznaczenie pełnomocnika z urzędu oraz początkowe zarejestrowanie sprawy jako sprawy o eksmisję rozpoznawanej w trybie procesowym. Poprawa w tym zakresie widoczna jest wraz z wejściem w życie nowelizacji z 30.04.2020 r., co wiąże się przede wszystkim z ograniczeniem wezwań do uzupełnienia braków formalnych oraz brakiem konieczności składania wniosków o zwolnienie od kosztów sądowych⁴¹. W postępowaniach wszczętych po 30.11.2020 r. 30-dniowy termin został dochowany w 47,8% przypadków (22 postępowania). Ponadto najczęściej rozprawy były wyznaczane w ciągu 31–60 dni (39,1%, tj. 18 postępowań). Pozostałe przypadki należy uznać za marginalne⁴².

Z analizy akt spraw wynika, że w toku postępowań często dochodziło do odwoływania terminów rozpraw oraz ich odraczania.

W przypadku postępowań wszczętych przed 30.11.2020 r. odwołanie terminów rozpraw nastąpiło w 24 sprawach (tj. 21% spraw) ze 114 spraw, w których przeprowadzono rozprawę. Duży wpływ na to miał wybuch pandemii COVID-19. W 41,7% przypadków (10 rozpraw) odwołanie rozprawy było bowiem związane z zarządzeniami prezesów poszczególnych sądów o odwołaniu rozprawy w związku z COVID-19, natomiast w 37,5% przypadków (9 rozpraw) – z nieobecnością sędziego referenta wynikającą z jego choroby. W przypadku postępowań wszczętych po 30.11.2020 r. miało to miejsce wyłącznie w 2 postępowaniach (4,4%) z 46 postępowań.

Odnosząc się z kolei do odraczania rozpraw, należy zauważyć, że sąd powinien dążyć do tego, aby rozstrzygnięcie sprawy nastąpiło na pierwszym posiedzeniu, o ile jest to możliwe bez szkody dla wyjaśnienia sprawy (art. 6 § 1 k.p.c.). Zasada ta znajduje swój wyraz w art. 206¹ k.p.c., stosownie do którego rozprawę należy tak przygotować, aby rozstrzygnąć sprawę na pierwszym posiedzeniu wyznaczonym na rozprawę. Wyznaczenie większej liczby posiedzeń dopuszcza się tylko w razie konieczności, zwłaszcza gdy nie można przeprowadzić na jednym posiedzeniu wszystkich dowodów. Ma to istotne znaczenie w przypadku spraw o zobowiązania, gdzie ważne jest jak najszybsze udzielenie ochrony prawnej. Z przeprowadzonych badań wynika, że powyższą zasadę nie zawsze się realizuje. Wśród 160 spraw rozprawę odraczano w 75 postępowaniach (46,9%). Najczęstsze przyczyny to brak doręczenia lub nieprawidłowe doręczenie wezwania uczestnikom postępowania. Sytuacje takie wystąpiły bowiem w trakcie 33 rozpraw (27%⁴³), z czego

⁴¹ Kwestia ta została poruszona w pkt 2.3.1. niniejszego artykułu.

⁴² W trakcie 61–90 dni była to 1 sprawa, natomiast w czasie 91–120 dni – 3 sprawy.

⁴³ Wszystkich odroczeń było 122.

28 przypadków (84,8%) dotyczyło wezwania na rozprawę, którego adresatem był uczestnik – sprawca przemocy⁴⁴.

Kolejna przyczyna odraczania rozpraw to konieczność kontynuowania postępowania dowodowego, w tym przede wszystkim przeprowadzenia dowodu z zeznań świadka (30 rozpraw ze 122, tj. 24,6%). W tym kontekście należy zauważyć, że w toku 78 (na 154) pierwszych posiedzeń wyznaczonych na rozprawę nie przeprowadzono żadnego dowodu. Niewątpliwie w części przypadków wiąże się to z odraczaniem rozpraw z przyczyn, które jednocześnie uniemożliwiają przeprowadzenie na danym posiedzeniu jakiegokolwiek dowodu. Jak już wskazano, najczęściej przyczynia się do tego brak doręczenia lub nieprawidłowe doręczenie zawiadomienia o rozprawie uczestnikom postępowania. Innym powodem może być niewystarczająca koncentracja materiału dowodowego. Sąd powinien zobowiązywać uczestników postępowania do zgłaszania wszystkich wniosków dowodowych przed pierwszym posiedzeniem wyznaczonym na rozprawę oraz pomijać te spóźnione. W tym celu sąd może zobligować uczestników postępowania do złożenia odpowiedzi na wniosek, w którym powinny zostać zawarte twierdzenia faktyczne oraz wnioski dowodowe, a także wszelkie zarzuty materialnoprawne oraz procesowe⁴⁵. Niemniej zarządzenie złożenia wskazanego pisma przygotowawczego ma w postępowaniu nieprocesowym charakter fakultatywny (art. 511² § 1 k.p.c.). Związane jest to z tym, że w tym trybie postępowania brak wyraźnie zaznaczonych przeciwnych „stron”⁴⁶. W zbadanych sprawach przewodniczący zarządził wniesienie odpowiedzi na wniosek w 63,8% postępowań (102 postępowania na 160 postępowań). Odpowiedź została złożona w jedynie 23,8% przypadków (38 na 160 postępowań).

Analizując kwestię rozpraw, warto również zwrócić uwagę na dane dotyczące brania udziału poszczególnych uczestników postępowania w rozprawie. Na 160 postępowań, w których wyznaczono rozprawę, w 65 przypadkach (40,6%) uczestnik – sprawca przemocy nie wziął udziału w żadnym z posiedzeń wyznaczonych na rozprawę. W stosunku natomiast do wszystkich posiedzeń wyznaczonych na rozprawę (263) nie brał on udziału w 125 z nich (47,5%). W przypadku wnioskodawcy – ofiary przemocy było to odpowiednio 10 postępowań (6,3%) oraz 38 posiedzeń (14,5%). Tak stosunkowo wysoka absencja uczestnika – sprawcy przemocy była związana z jednej strony z problemami dotyczącymi prawidłowego doręczania zawiadomienia o rozprawie, natomiast z drugiej strony – prawdopodobnie – z brakiem zainteresowania uczestników – sprawców przemocy wynikiem postępowania. Potwierdzają to m.in. dane dotyczące składanych odpowiedzi na wniosek, aktywności dowodowej⁴⁷ oraz wnoszonych apelacji⁴⁸.

⁴⁴ Zagadnienie to zostało omówione w pkt 2.2. niniejszego artykułu.

⁴⁵ G. Karaś, *Komentarz do art. 205³ k.p.c.* [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do ustawy z 4.07.2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw*, red. J. Gołaczyński, D. Szostek, Legalis/el. 2019.

⁴⁶ O.M. Piaskowska, T. Partyk, *Komentarz do art. 511² k.p.c.* [w:] *Komentarz do niektórych zmian Kodeksu postępowania cywilnego*, red. O.M. Piaskowska, LEX/el. 2019.

⁴⁷ Zagadnienie to zostało omówione w pkt 2.6. niniejszego artykułu.

⁴⁸ Kwestię tę poruszono w pkt 4 niniejszego artykułu.

Na koniec niniejszych rozważań należy odnieść się również do regulacji prawnych wprowadzonych w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2, a w szczególności ustawy z 2.03.2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych⁴⁹. Zgodnie z obowiązującym od 31.03.2020 r. art. 15zss ust. 1 pkt 1 tejże ustawy⁵⁰ bieg terminów procesowych i sądowych w postępowaniach sądowych w okresie stanu zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID-19 nie rozpoczynał się, a rozpoczęty ulegał zawieszeniu na ten okres. Stan zagrożenia epidemicznego trwał od 14.03.2020 r. do 19.03.2020 r.⁵¹, z kolei stan epidemii zaczął się 20.03.2020 r.⁵² i w czasie przygotowywania niniejszego artykułu trwa. Z dniem 16.05.2020 r. powyższy przepis został uchylony⁵³. W czasie jego obowiązywania, tj. od 31.03.2020 r. do 15.05.2020 r., sąd nie mógł przeprowadzać rozpraw ani posiedzeń jawnych (art. 15zss ust. 6 ustawy o COVID-19). Niemniej mógł w tym czasie z urzędu uwzględnić żądanie strony lub uczestnika postępowania (art. 15zss ust. 9 ustawy o COVID-19). Wskazane ograniczenia nie dotyczyły spraw wymienionych w art. 14a ust. 4 i 5 ustawy o COVID-19⁵⁴. W przepisach tych wskazano katalog spraw pilnych, które – w razie całkowitego zaprzestania czynności przez właściwy dla nich sąd powszechny – powinny zostać rozpatrzone przez inny wyznaczony sąd. W pierwotnym brzmieniu przepisów nie wskazano wprost spraw z art. 11a u.p.p.r. Niemniej w art. 14a ust. 5 ustawy o COVID-19 wymieniono sprawy, w których przypadku ustawa ta określa termin ich rozpatrzenia przez sąd, a do takich spraw, jak już wyjaśniono, należą sprawy określone w art. 11a u.p.p.r. Niemniej ustawodawca ustawą z 16.04.2020 r. o szczególnych instrumentach wsparcia w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2⁵⁵, która weszła w życie 18.04.2020 r., do katalogu spraw z art. 14a ust. 4 ustawy o COVID-19 dodał sprawy z art. 11a u.p.p.r.

Mając na uwadze powyższe rozważania, należy uznać, że ustawa o COVID-19 nie wstrzymała terminów sądowych ani procesowych i nie zakazała przeprowadzania rozpraw czy posiedzeń jawnych.

⁴⁹ Tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 2095 ze zm. – dalej ustawa o COVID-19.

⁵⁰ Przepis dodano ustawą z 31.03.2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2020 r. poz. 568 ze zm.).

⁵¹ Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 13.03.2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego (Dz.U. z 2020 r. poz. 433 ze zm.); rozporządzenie Ministra Zdrowia z 20.03.2020 r. w sprawie odwołania na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego (Dz.U. z 2020 r. poz. 490).

⁵² Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 20.03.2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii (tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 340).

⁵³ Nastąpiło to w wyniku wejścia w życie ustawy z 14.05.2020 r. o zmianie niektórych ustaw w zakresie działań osłonowych w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2 (Dz.U. z 2020 r. poz. 875 ze zm.).

⁵⁴ Stanowił o tym art. 15zss ust. 2 oraz art. 15zss ust. 6 ustawy o COVID-19 w brzmieniu obowiązującym do 15.05.2020 r.

⁵⁵ Tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 376.

2.6. Postępowanie dowodowe – zasada kontrydiktoryjności, aktywność dowodowa

Wśród przepisów ogólnych właściwych dla postępowania nieprocesowego wyłączenie art. 515 k.p.c.⁵⁶ odnosi się do postępowania dowodowego. W pozostałym zakresie mają zastosowanie przepisy o postępowaniu dowodowym w procesie. Oczywiście nie oznacza to, że te tryby postępowania niczym się nie różnią. Odrębność dotyczy obowiązywania zasady kontrydiktoryjności, która od 1996 r. jest naczelną zasadą postępowania cywilnego⁵⁷. Dokonując pewnego uproszczenia, można określić, że zasada ta oznacza, iż ciężar udowodnienia swoich racji spoczywa na stronach toczących między sobą spór. Sąd w tym przypadku pełni rolę bezstronnego arbitra i jedynie w drodze wyjątku – na podstawie art. 232 zd. 2 k.p.c. – może dopuścić dowód z urzędu. W postępowaniu nieprocesowym zasada ta obowiązuje w sposób ograniczony⁵⁸. Odnosi się do postępowań, które mogą być wszczęte z urzędu, oraz postępowań, w których brak jest sprzecznych, przeciwstawnych interesów⁵⁹. Postępowanie w sprawie o zobowiązanie nie należy natomiast do żadnego z nich. Nie może być ono wszczęte z urzędu. Jego uczestnicy mają sprzeczne, przeciwstawne interesy. W postępowaniu tym nie przewidziano żadnych przepisów szczególnych dotyczących aktywności dowodowej sądu. *De lege lata* zasada kontrydiktoryjności nie podlega w tym postępowaniu żadnym ograniczeniom. Należy jednak zwrócić uwagę na wypracowane w orzecznictwie przesłanki dopuszczenia dowodu z urzędu przez sąd. Spośród nich warto wymienić: wysokie prawdopodobieństwo zasadności dochodzonego roszczenia⁶⁰, rażącą nieporadność strony⁶¹ oraz potrzebę przeciwstawienia się niebezpieczeństwu wydania oczywiście nieprawidłowego orzeczenia⁶². Przesłanki te często występują w przypadku spraw o zobowiązania. Najbardziej powszechną jest nieporadność uczestników postępowania. Z dokonanej analizy akt sądowych wynika, że uczestnicy postępowania w większości przypadków albo nie wykazują żadnej aktywności dowodowej, albo podejmują ją w niewielkim stopniu (tabela 2).

⁵⁶ Przepis ten przewiduje możliwość przesłuchania świadków i biegłych bez przyrzeczenia oraz w nieobecności uczestników, jak również zażądania od osób, które nie są uczestnikami, złożenia wyjaśnień na piśmie.

⁵⁷ Związane jest to z wejściem w życie ustawy z 1.03.1996 r. o zmianie Kodeksu postępowania cywilnego, rozporządzeń Prezydenta Rzeczypospolitej – Prawo upadłościowe i Prawo o postępowaniu układowym, Kodeksu postępowania administracyjnego, ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 1996 r. Nr 43, poz. 189 ze zm.).

⁵⁸ Ł. Błaszczak, *Zasada kontrydiktoryjności* [w:] *System Postępowania Cywilnego*, t. 2, *Dowody w postępowaniu cywilnym*, red. Ł. Błaszczak, Legalis/el. 2020 i przywołana tam literatura.

⁵⁹ Ł. Błaszczak, *Zasada...* [w:] *System...*, t. 2, *Dowody...* i przywołana tam literatura.

⁶⁰ Wyrok SN z 13.06.2019 r., V CSK 153/18, LEX nr 2687747.

⁶¹ Wyrok SN z 13.06.2019 r., V CSK 153/18, LEX nr 2687747.

⁶² Wyrok SN z 15.01.2010 r., I CSK 199/09, LEX nr 570114.

Tabela 2. Aktywność dowodowa wnioskodawców oraz uczestników – sprawców przemocy⁶³

Ocena aktywności dowodowej*	Liczba wnioskodawców		Liczba uczestników – sprawców przemocy	
1	53	33,1%	120	75,0%
2	8	5,0%	11	6,9%
3	21	13,1%	2	1,3%
4	23	14,4%	2	1,3%
5	55	34,4%	25	15,6%
Ogółem	160	100,0%	160	100,0%

* 1 – wnioskodawca/uczestnik nie złożył żadnego wniosku dowodowego; 2 – wnioskodawca/uczestnik wykazuje się – w stosunku do przedstawionego stanu faktycznego – niską aktywnością dowodową, złożył przynajmniej 1 wniosek dowodowy; 3 – wnioskodawca/uczestnik wykazuje się – w stosunku do przedstawionego stanu faktycznego – średnią aktywnością dowodową; 4 – wnioskodawca/uczestnik – w stosunku do przedstawionego stanu faktycznego – wykazuje się wysoką aktywnością dowodową; 5 – wnioskodawca/uczestnik – w stosunku do przedstawionego stanu faktycznego – wykazuje się bardzo wysoką aktywnością dowodową.

Źródło: opracowanie własne.

Analiza akt spraw wskazuje, że sądy w postępowaniach o zobowiązanie sprawcy wykazują stosunkowo wysoką aktywność dowodową. Widoczne jest to na przykładzie sytuacji, w której we wniosku wskazano, że toczy się lub toczyło się postępowanie karne wobec uczestnika – sprawcy przemocy lub w mieszkaniu interweniowała Policja, a wnioskodawca nie załączył do wniosku żadnych odpisów ani nie zwrócił się sądu, aby ten zażądał przesłania dokumentów z akt sprawy. W 65 przypadkach na 81 (80,2%) takich sytuacji sąd z urzędu zwrócił się o powyższe dokumenty. Należy przy tym zauważyć, że na 137 spraw, w których we wniosku wskazano na postępowanie karne lub interwencje Policji, jedynie w 56 przypadkach (40,9%) wnioskodawca załączył odpowiednie dokumenty lub zwrócił się do sądu, aby ten ich zażądał. W 38 wnioskach wskazano na trwającą procedurę „Niebieskie Karty”⁶⁴. W 25 (65,8%) takich sytuacjach sąd z urzędu zwracał się o dokumenty związane z tą procedurą. W wielu sprawach sąd jeszcze przed wyznaczeniem rozprawy, pomimo braku informacji we wniosku o interwencjach czy postępowaniu karnym, zwracał się do Policji oraz prokuratury o udzielenie informacji. Dane potwierdzają, że sąd w sprawach o zobowiązanie wykazuje wysoką aktywność dowodową. Wymienione przypadki mogą być również uznane jako spełniające przesłankę potrzeby przeciwstawienia się niebezpieczeństwu

⁶³ Ocena aktywności dowodowej uczestników objęła sprawy, w których wyznaczono rozprawę. Dokonano ją na podstawie liczby składanych wniosków dowodowych w odniesieniu do przedstawionego we wniosku stanu faktycznego.

⁶⁴ Rozporządzenie Rady Ministrów z 13.09.2011 r. w sprawie procedury „Niebieskie Karty” oraz wzorów formularzy „Niebieska Karta” (Dz.U. z 2011 r. Nr 209, poz. 1245).

wydania oczywiście nieprawidłowego orzeczenia⁶⁵. Toczące się postępowanie karne, interwencje Policji, wszczęcie procedury „Niebieskie Karty” z całą pewnością mogą świadczyć o występowaniu przemocy. Na marginesie należy zauważyć, że dokumenty uzyskane od Policji, prokuratury oraz wydziałów karnych sądów stanowiły dowód w łącznie 111 postępowaniach, co stanowi 69,4% wszystkich postępowań, w których wyznaczono rozprawę (160).

2.7. Zawieszenie i umorzenie postępowania

W doktrynie przez zawieszenie postępowania rozumie się „taki stan postępowania, w którym co prawda tok postępowania ulega wstrzymaniu, jednakże nadal trwa stan zawisłości sprawy. Zawieszona sprawa spoczywa bez biegu i zasadniczo zarówno strony (uczestnicy postępowania), jak i sąd nie podejmują czynności procesowych”⁶⁶. Zawieszenie postępowania powinno następować w wyjątkowych sytuacjach, ponieważ tamuje główny cel postępowania, którym jest merytoryczne rozpoznanie sprawy⁶⁷. W zbadanych sprawach postępowanie zostało zawieszone w 8,1% przypadków (14 spraw spośród 173). Przyczyny zawieszenia postępowania to: zgodny wniosek uczestników (4); niewykonanie zobowiązania, o którym mowa w art. 139¹ k.p.c. (3); niewskazanie w toku postępowania, mimo zarządzenia przewodniczącego, adresu uczestnika – sprawcy przemocy (3); brak odpowiedzi na zarządzenie przewodniczącego dotyczące tego, czy wnioskodawca podtrzymuje wniosek w związku z brakiem udziału w pierwszym posiedzeniu wyznaczonym na rozprawę (3); toczące się postępowanie karne o znęcanie (1). Ostatni z przypadków należy uznać za niedopuszczalny. Postępowania karne w przedmiocie znęcania się oraz postępowanie o zobowiązanie są niezależnymi od siebie postępowaniami⁶⁸. Z powyższych danych wynika, że prawie połowa przypadków zawieszenia wiąże się z brakiem możliwości doręczenia uczestnikowi – sprawcy przemocy korespondencji z sądu (niewskazanie w toku postępowania, mimo zarządzenia przewodniczącego, adresu uczestnika – sprawcy przemocy; niewykonanie zobowiązania, o którym mowa w art. 139¹ k.p.c.). Należy zatem uznać to za jeden z najważniejszych problemów w postępowaniu o zobowiązanie.

Umorzenie postępowania stanowi jego definitywne zakończenie bez wydania merytorycznego orzeczenia. Jak wynika z danych wskazanych w pkt 2.8. niniejszego artykułu, spośród 191 zbadanych spraw 57 zostało umorzonych. Postanowienia o umorzeniu stanowiły 33,1% wszystkich postanowień kończących postępowanie przed sądem I instancji (172) oraz 29,8% wszystkich sposobów zakończenia postępowania przed sądem I instancji (191). Główną przyczyną umorzeń, zarówno w odniesieniu do spraw wszczętych przed, jak i po 30.11.2020 r., było cofnięcie wniosku.

⁶⁵ Wyrok SN z 15.01.2010 r., I CSK 199/09, LEX nr 570114.

⁶⁶ J. Jodłowski [w:] *Postępowanie cywilne*, red. J. Jodłowski i in., 2014, s. 308 cyt. za: M.J. Kaczyński, *Komentarz do art. 173 k.p.c.* [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 1a, Komentarz. Art. 1–424¹², red. A. Góra-Błaszczykowska, Legalis/el. 2020.

⁶⁷ M.J. Kaczyński, *Komentarz...* [w:] *Kodeks...*, t. 1a, Komentarz...

⁶⁸ Postanowienie wydane w tym przedmiocie zostało uchylone przez sąd II instancji.

Dotyczyło to 29 postępowań wszczętych przed 30.11.2020 r. (67,4% wszystkich umorzeń) oraz wszystkich (tj. 14) postępowań wszczętych po tej dacie. Pozostałe przypadki umorzeń należy uznać za marginalne, a ich przyczyny przedstawiały się następująco: zawarcie ugody (4 postępowania, tj. 9,3% umorzeń), zastosowanie art. 139¹ k.p.c. (2 postępowania, tj. 4,7% umorzeń), śmierć uczestnika – sprawcy przemocy (2 postępowania, tj. 4,7% umorzeń), zgodny wniosek uczestników (2 postępowania, tj. 4,7% umorzeń), niewskazanie przez wnioskodawcę aktualnego miejsca pobytu sprawcy (2 postępowania, tj. 4,7% umorzeń), niestawiennictwo wnioskodawcy i sprawcy na rozprawie oraz brak odpowiedzi na zarządzenie przewodniczącego wzywającego wnioskodawcę do wskazania, czy podtrzymuje wniosek (1 postępowanie, tj. 2,3% umorzeń), wyprowadzka sprawcy przemocy (1 postępowanie, tj. 2,3% umorzeń).

Odnosząc się do najczęstszej przyczyny umorzenia, tj. cofnięcia wniosku, należy zauważyć, że prawo to przysługuje wyłącznie wnioskodawcy. Wniosek może zostać skutecznie cofnięty bez zgody pozostałych uczestników przed rozpoczęciem posiedzenia pod warunkiem, że żaden z uczestników nie złożył oświadczenia na piśmie (art. 512 § 1 k.p.c.). W innym przypadku taka zgoda jest wymagana. Wnioskodawca nie może cofnąć wniosku w sprawie, której wszczęcie mogło nastąpić z urzędu (art. 512 § 2 k.p.c.). Stosownie do art. 203 § 4 w zw. z art. 13 § 2 k.p.c. cofnięcie wniosku podlega kontroli sądu, nawet jeżeli nie narusza warunków przewidzianych w art. 512 k.p.c.⁶⁹ Oznacza to, że sąd powinien zbadać, czy nie jest ono dopuszczalne z uwagi na sprzeczność z prawem lub z zasadami współżycia społecznego albo czy nie zmierza ono do obejścia prawa (art. 203 § 4 k.p.c.). W żadnej z przebadanych spraw, w której wnioskodawca chciał cofnąć wniosek, sąd nie stwierdził niedopuszczalności. Także w żadnej ze spraw uczestnicy postępowania nie wyrazili sprzeciwu wobec cofnięcia wniosku. W 26 przypadkach (co może budzić wątpliwości), mimo że w mieszkaniu przebywały osoby małoletnie, sąd w żaden sposób nie zareagował, czyli np. nie zawiadomił sądu rodzinnego. Najczęstszą ustaloną przyczyną cofnięcia wniosku było opuszczenie lokalu przez uczestnika – sprawcę przemocy. Dotyczyło to 17 przypadków cofnięcia wniosku (51,5%). Na drugim miejscu wymienić należy porozumienie między uczestnikami postępowania (21,2%, tj. 7 cofnięć). Pojedyncze przypadki wiązały się m.in. z zastosowaniem izolacyjnego środka zapobiegawczego w postępowaniu karnym, wydaniem decyzji administracyjnej o wymeldowaniu sprawcy przemocy, złożeniem przez wnioskodawcę wniosku o podział majątku oraz zniesienie współwłasności lokalu. Tak częste cofanie wniosków przez wnioskodawców jest zastanawiające. Nie należy wykluczać, że decyzje te wynikają z braku pełnej świadomości skutków prawnych. Sprawca przemocy może, przykładowo, wrócić do wspólnie zajmowanego lokalu i wnioskodawca będzie zmuszony rozpocząć całą procedurę od nowa. Dotyczy to również wymeldowania sprawcy przemocy, zniesienia współwłasności

⁶⁹ Zob. postanowienie SN z 25.06.1981 r., I PR 94/80, OSNC 1981/12, poz. 247.

oraz zastosowania izolacyjnego środka zapobiegawczego. Postępowanie w sprawie o zobowiązanie nie staje się przedmiotowe w związku z wystąpieniem powyższych okoliczności. W mojej ocenie, warto rozważyć, czy sądy w tych przypadkach nie powinny o tym informować wnioskodawców.

2.8. Sposoby zakończenia postępowania przed sądem I instancji

Postępowanie nieprocesowe w I instancji może zostać zakończone przez wydanie postanowienia mającego charakter merytoryczny (co do istoty sprawy) lub procesowy albo przez zwrot wniosku w związku z nieusunięciem jego braków formalnych. Do postanowień merytorycznych należy zaliczyć postanowienia oddalające lub uwzględniające wniosek, natomiast do postanowień procesowych – postanowienia o umorzeniu postępowania oraz odrzuceniu wniosku.

W przypadku postanowień merytorycznych sąd oddala wniosek w razie jego bezzasadności, natomiast uwzględnia go w razie zasadności. W zależności od żądania zawartego we wniosku i stanu prawnego sąd, uwzględniając wniosek, może: zobowiązać sprawcę przemocy do opuszczenia mieszkania⁷⁰, zobowiązać sprawcę przemocy do opuszczenia wspólnie zajmowanego mieszkania i jego bezpośredniego otoczenia⁷¹ lub zakazać zbliżania się do mieszkania i jego bezpośredniego otoczenia⁷². Dane dotyczące sposobów zakończenia postępowań przedstawiają tabele 3 i 4.

Tabela 3. Sposoby zakończenia postępowań wszczętych przed 30.11.2020 r.

Sposób zakończenia postępowania	Liczba postępowań	
Oddalenie wniosku	17	12,1%
Zobowiązanie osoby stosującej przemoc w rodzinie do opuszczenia wspólnie zajmowanego mieszkania	65	46,4%
Umorzenie postępowania	43	30,7%
Zwrot wniosku	15	10,7%
Ogółem	140	100,0%

Źródło: opracowanie własne.

⁷⁰ W stanie prawnym do 30.11.2020 r. było to jedyne dopuszczalne rozstrzygnięcie uwzględniające wniosek.

⁷¹ Dotyczy stanu prawnego obowiązującego od 30.11.2020 r.

⁷² Dotyczy stanu prawnego obowiązującego od 30.11.2020 r.

Tabela 4. Sposoby zakończenia postępowań wszczętych po 30.11.2020 r.

Rozstrzygnięcie sądu	Liczba postępowań	
Oddalenie wniosku	2	3,9%
Zobowiązanie osoby stosującej przemoc w rodzinie do opuszczenia wspólnie zajmowanego mieszkania oraz zakaz zbliżania się do mieszkania i jego bezpośredniego otoczenia	2	3,9%
Zobowiązanie osoby stosującej przemoc w rodzinie do opuszczenia wspólnie zajmowanego mieszkania i jego bezpośredniego otoczenia oraz zakaz zbliżania się do mieszkania i jego bezpośredniego otoczenia	3	5,9%
Zobowiązanie osoby stosującej przemoc w rodzinie do opuszczenia wspólnie zajmowanego mieszkania	14	27,5%
Zobowiązanie osoby stosującej przemoc w rodzinie do opuszczenia wspólnie zajmowanego mieszkania oraz zakaz zbliżania się do wnioskodawcy	2	3,9%
Zobowiązanie osoby stosującej przemoc w rodzinie do opuszczenia wspólnie zajmowanego mieszkania i jego bezpośredniego otoczenia	10	19,6%
Umorzenie postępowania w związku z cofnięciem wniosku	14	27,5%
Zwrot wniosku	4	7,8%
Ogółem	51	100,0%

Źródło: opracowanie własne.

Z dokonanej analizy wynika, że najczęstszym sposobem zakończenia postępowań przed sądem I instancji, wszczętych zarówno przed, jak i po 30.11.2020 r., jest wydanie postanowienia uwzględniającego wniosek. Sądy uwzględniły w sumie 98 wniosków, co stanowi odpowiednio: 83,8% wszystkich postanowień co do istoty sprawy (117), 56,9% wszystkich postanowień kończących postępowanie przed sądem I instancji (172) i 51,3% wszystkich sposobów zakończenia postępowania przed sądem I instancji (191).

W przypadku postanowień wydanych w postępowaniach wszczętych po 30.11.2020 r. zwraca uwagę mała liczba postanowień uwzględniających art. 11a u.p.p.r. w jego brzmieniu po nowelizacji. Na 31 postanowień uwzględniających wniosek w 14 postanowieniach (45,2%) sąd zobowiązał osobę stosującą przemoc w rodzinie do opuszczenia wspólnie zajmowanego mieszkania bez wskazywania na bezpośrednie otoczenie. Niewątpliwie jest to częściowo związane z żądaniami zawartymi w samych wnioskach formułowanych na podstawie art. 11a u.p.p.r.

w jego pierwotnym brzmieniu. Przedmiotowe postanowienia wydawano również w sytuacjach, w których sprawca przemocy opuścił mieszkanie, co uzasadniałoby wydanie zakazu, a nie nakazu, o którym mowa w art. 11a u.p.p.r.

Uwzględniając wniosek w pojedynczych przypadkach, sąd: zobowiązał sprawcę przemocy do opróżnienia lokalu z rzeczy (7), orzekł, że sprawcy przemocy nie przysługuje prawo do lokalu socjalnego (2), oddalił wniosek o orzeczenie zakazu zbliżania się do wnioskodawcy (1), nadał postanowieniu rygor natychmiastowej wykonalności (2), stwierdził, że postanowienie jest natychmiast wykonalne (4). Należy uznać, że rozstrzygnięcie wymienione jako pierwsze nie ma podstaw w art. 11a u.p.p.r. W pkt 2.3.3. niniejszego artykułu wyjaśniono, że tego rodzaju orzeczenia wydawane są na podstawie art. 13 u.o.p.l. Z kolei orzekanie o prawie sprawcy przemocy do lokalu socjalnego prawdopodobnie – zdaniem poszczególnych sądów – znajduje uzasadnienie w art. 14 u.o.p.l. Przepis ten zobowiązuje sąd nakazujący opróżnienie lokalu do orzeczenia o prawie osób – których nakaz dotyczy – do zawarcia umowy najmu socjalnego lokalu albo o braku takiego uprawnienia⁷³. Należy jednak zauważyć, że z art. 17 u.o.p.l. wynika, że art. 14 u.o.p.l. nie stosuje się, gdy przyczyną opróżnienia lokalu jest dopuszczanie się przemocy w rodzinie. W konsekwencji, gdy sąd orzeka nakaz lub zakaz na podstawie art. 11a u.p.p.r., nie powinien orzekać w przedmiocie uprawnienia sprawcy przemocy do lokalu socjalnego. Niemniej w doktrynie przyjmuje się, że nie stanowi to przeszkody do stwierdzenia przez sąd braku uprawnienia do lokalu socjalnego przez osoby wskazane w art. 17 u.o.p.l.⁷⁴

Drugie pod względem częstości występowania jest postanowienie o umorzeniu postępowania. Na 191 zbadanych spraw 57 zostało umorzonych. Postanowienia o umorzeniu stanowiły 33,1% wszystkich postanowień kończących postępowanie przed sądem I instancji (172) oraz 29,8% wszystkich sposobów zakończenia postępowania przed sądem I instancji (191). Dane te są zbliżone w odniesieniu do postępowań wszczętych zarówno przed, jak i po 30.11.2020 r. Zagadnienie to zostało szczegółowo omówione w pkt 2.7. niniejszego artykułu. Najczęstszą przyczyną umorzenia było cofnięcie wniosku.

Na trzecim miejscu znajdują się *ex aequo* zarządzenie o zwrocie wniosku oraz postanowienie oddalające wniosek. Zarządzenie o zwrocie wniosku wydano w 19 postępowaniach, tj. 10% wszystkich sposobów zakończenia postępowania przed sądem I instancji. Dotyczyło to 15 postępowań wszczętych przed 30.11.2020 r., co stanowi 10,7% wszystkich sposobów zakończenia postępowań, oraz 4 wszczętych po tej dacie, co stanowi 9,3% wszystkich sposobów zakończenia postępowań. Zagadnienie to zostało szczegółowo omówione w pkt 2.3.1. niniejszego artykułu.

Sąd wydał postanowienie o oddaleniu wniosku w 19 postępowaniach, co stanowi odpowiednio: 16,2% postanowień co do istoty sprawy, 11,1% postanowień kończących postępowanie przed sądem I instancji oraz 10% wszystkich sposobów zakończenia postępowania przed sądem I instancji.

⁷³ W związku z brakiem uzasadnienia postanowień można jedynie domniemywać, jaka była podstawa prawna tych rozstrzygnięć.

⁷⁴ Zob. A. Gola, L. Myczkowski, *Komentarz do ustawy o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i zmianie Kodeksu cywilnego* [w:] *Ochrona praw lokatorów. Dodatki mieszkaniowe. Komentarz*, LEX/el. 2003, komentarz do art. 17 u.o.p.l.; K. Siwiec, *Eksmisja na nowych zasadach, „Nieruchomości”* 2014/6, s. 15.

Najczęstszą przyczyną oddalenia wniosków było opuszczenie lokalu przez sprawcę przemocy w toku postępowania. Sprawca nie miał zamiaru wracać do lokalu, co było potwierdzane w toku postępowania przez samego wnioskodawcę. Dotyczyło to bowiem 8 (42,1%) z 19 postanowień⁷⁵. W świetle uwag poczynionych w niniejszym artykule należy uznać, że samo opuszczenie mieszkania przez sprawcę przemocy, nawet potwierdzone przez wnioskodawcę, nie powinno skutkować automatycznym oddaleniem wniosku, gdyż sprawca przemocy – po oddaleniu wniosku – może wrócić do mieszkania. Sąd, w tym przypadku, oceniając spełnienie przesłanki wspólnego zamieszkiwania, powinien wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy. Powinien w szczególności uwzględnić to, że wnioskodawca mimo opuszczenia lokalu przez sprawcę przemocy nie cofnął wniosku, oraz ustalić okoliczności, które towarzyszyły opuszczeniu mieszkania przez sprawcę przemocy. W 7 powyższych przypadkach⁷⁶ sądy oddaliły wnioski prawdopodobnie ze względu na pierwotne brzmienie art. 11a u.p.p.r., na podstawie którego – jak już wskazywano w niniejszym artykule – istniały wątpliwości co do tego, czy ma on zastosowanie w przypadku, gdy sprawca przemocy opuścił mieszkanie⁷⁷.

Drugą przyczyną – pod względem częstości – oddalenia wniosków było niestwierdzenie występowania przemocy. Stanowiło to podstawę oddalenia 5 (26,3%) wniosków. Zagadnienie to zostało szczegółowo omówione w pkt 1.1. niniejszego artykułu.

Kolejną przyczyną był całkowity brak aktywności dowodowej wnioskodawcy. Zachowanie takie stwierdzono w przypadku 4 postanowień (21,1%). Szczegółowo omówiono tę kwestię w pkt 2.6. artykułu.

W pozostałych przypadkach oddalenie wniosku wiązało się ze stwierdzeniem przez sąd braku spełnienia przesłanki wspólnego zamieszkiwania (5,3%)⁷⁸ oraz z oświadczeniem uczestnika – ofiary przemocy, że nie popiera on wniosku złożonego przez prokuratora (5,3%)⁷⁹.

2.9. Sentencja

Obligatoryjne elementy sentencji postanowienia co do istoty zostały wskazane w art. 325 k.p.c. Należą do nich: sąd, sędziowie, protokolant oraz prokurator (jeżeli brał udział w sprawie), data i miejsce rozpoznania sprawy oraz wydania postanowienia, uczestnicy, przedmiot sprawy oraz rozstrzygnięcie sądu o żądaniach stron. W przypadku postanowień wydanych w postępowaniu o zobowiązanie ustawodawca przewidział jeden dodatkowy element. Dotyczy to postanowień o zobowiązaniu osoby stosującej przemoc w rodzinie do opuszczenia wspólnie zajmowanego mieszkania i jego bezpośredniego otoczenia lub zakazaniu zbliżania się do mieszkania i jego

⁷⁵ W przypadku 1 postanowienia wynikało to z uzasadnienia, natomiast w odniesieniu do pozostałych 7 postanowień prawdopodobną przyczyną oddalenia wniosku ustalono na podstawie przebiegu postępowania.

⁷⁶ Wnioski te zostały złożone przed 30.11.2020 r.

⁷⁷ Jest to jednak jedynie przypuszczenie, ponieważ w związku z brakiem uzasadnień powyższych postanowień niemożliwe jest odtworzenie toku rozumowania sądu I instancji.

⁷⁸ Sąd stwierdził, że sporadyczne wizyty nie świadczą o wspólnym zajmowaniu mieszkania. Postanowienie to zostało uchylone przez sąd II instancji.

⁷⁹ Przypadek świadczy prawdopodobnie o tym, że prokurator przed złożeniem wniosku nie odebrał od ofiary przemocy zgody na złożenie wniosku.

bezpośredniego otoczenia. W sentencjach tych postanowień sąd powinien wskazać „obszar lub odległość od wspólnie zajmowanego mieszkania, którą osoba stosująca przemoc w rodzinie jest obowiązana zachować” (art. 560⁷ § 1 k.p.c.). Spośród 15 postanowień, w których sąd powinien wymienić w sentencji ten element, tylko jedno postanowienie go nie zawierało (6,67%). W pozostałych postanowieniach bezpośrednio odległość określono na: 200 metrów (1 przypadek), 100 metrów (8 przypadków), 50 metrów (3 przypadki), 20 metrów (1 przypadek), 10 metrów (1 przypadek).

2.10. Doręczenie postanowienia

Postanowienia co do istoty sprawy w postępowaniach wszczętych po 30.11.2020 r. powinny być z urzędu doręczone przez sąd uczestnikom postępowania, prokuratorowi, Policji lub Żandarmerii Wojskowej. O rozstrzygnięciu powinien zostać zawiadomiony również właściwy miejscowo zespół interdyscyplinarny, a gdy w mieszkaniu zamieszkuje osoba małoletnia – także sąd opiekuńczy (art. 560⁹ § 1 k.p.c.) Doręczanie postanowień uczestnikom postępowania z urzędu stanowi wyjątek od zasady, zgodnie z którą postanowienia co do istoty sprawy wydane po przeprowadzeniu rozprawy doręcza się wyłącznie na wniosek (art. 327 § 1 k.p.c.). Z tabeli 5 wynika, że art. 560⁹ § 1 k.p.c. nie zawsze jest przestrzegany przez sądy.

Tabela 5. Doręczenia postanowień co do istoty sprawy w postępowaniach wszczętych po 30.11.2020 r.⁸⁰

Adresat doręczenia	Liczba doręczeń	
Wnioskodawca	23	69,7%
Uczestnik – sprawca przemocy	23	69,7%
Prokurator	24	72,7%
Policja lub Żandarmeria	24	72,7%
Właściwy miejscowo zespół dyscyplinarny	21	63,6%
Wydział rodzinny i nieletnich	5	15,2%
Wydział karny	1	3,0%

Źródło: opracowanie własne.

2.11. Uzasadnienie postanowienia

W uzasadnieniach postanowień co do istoty sprawy odpowiednie zastosowanie mają przepisy dotyczące uzasadnienia wyroków w postępowaniu procesowym. *De lege lata* sąd sporządza uzasadnienie postanowienia na wniosek uczestnika postępowania (art. 328 § 1 k.p.c.). Wniosek powinien być złożony w terminie tygodnia od dnia ogłoszenia postanowienia lub – gdy postanowienie doręcza się z urzędu – od jego doręczenia (art. 328 § 2 k.p.c.). Ustawodawca, w przypadku postępowania w sprawie

⁸⁰ Liczba postępowań wszczętych po 30.11.2020 r., w których wydano postanowienie co do istoty sprawy, to 33.

o zobowiązanie, przewidział rozwiązanie szczególne względem powyższego. Jak wskazano w poprzednim punkcie niniejszego artykułu, postanowienia co do istoty sprawy wydane w tym postępowaniu doręczane są z urzędu uczestnikom postępowania. Zgodnie zatem z art. 328 § 2 k.p.c. termin złożenia wniosku powinien być liczony od dnia doręczenia postanowienia. Niemniej ustawodawca w art. 560⁹ § 2 k.p.c. przewidział, że termin ten biegnie od dnia ogłoszenia postanowienia. Celem tego rozwiązania jest niewątpliwie przyśpieszenie postępowania. W doktrynie słusznie zauważono, że w sprawach o zobowiązanie, w których często uczestnik – sprawca przemocy bywa tymczasowo aresztowany lub pozbawiony wolności, rozwiązanie to może budzić wątpliwości⁸¹. Wiążą się one z tym, że k.p.c. nie przewiduje obowiązku doprowadzenia tych osób na posiedzenia wyznaczone na rozprawę czy na ogłoszenie orzeczenia. Ponieważ osoby te mają często ograniczony dostęp do telefonu, może dojść do sytuacji, w której mimo wydania niekorzystnego dla nich rozstrzygnięcia nie będą o tym wiedziały, a doręczenie postanowienia nastąpi już po upływie terminu przewidzianego na złożenie wniosku o uzasadnienie. Nie ze swej winy osoby te zatem zostaną pozbawione możliwości złożenia wniosku o uzasadnienie, a w konsekwencji – również prawa do wniesienia apelacji. Mimo że powyższa sytuacja nie wystąpiła w żadnej ze zbadanych spraw, nie można wykluczyć, iż w praktyce jest ona możliwa. Problem ten rozwiązałoby albo obligatoryjne doprowadzenie takiej osoby na posiedzenie, albo odpowiednie stosowanie art. 328 § 2 k.p.c., który uzależnia rozpoczęcie biegu terminu od doręczenia odpisu orzeczenia⁸². Kierując się zasadą szybkości postępowania, pierwsze rozwiązanie należy uznać za właściwsze.

Uzasadnienie w zbadanych sprawach zostało sporządzone w odniesieniu do 18 ze 113 postanowień co do istoty sprawy (15,9%). Dotyczyło to 4 postanowień oddalających wniosków oraz 14 uwzględniających go.

Czas na sporządzenie uzasadnienia wynosi 2 tygodnie od dnia wpływu wniosku do właściwego sądu (art. 329 § 2 k.p.c.). W zbadanych sprawach większość uzasadnień została sporządzona w powyższym terminie (77,8%). W dwóch przypadkach uzasadnienie zostało sporządzone w ciągu 31–40 dni, a w innych dwóch – w trakcie 41–50 dni.

2.12. Zmiana lub uchylene postanowienia co do istoty sprawy

Nakaz lub zakaz wydany na podstawie art. 11a u.p.p.r. ma charakter bezterminowy. Sąd wydając postanowienie na podstawie art. 11a u.p.p.r. nie określa czasu trwania zakazu lub nakazu. Niemniej ma on charakter czasowy. Stosownie do art. 560⁷ § 2 k.p.c. nakaz lub zakaz może być zmieniony lub uchylony w razie zmiany okoliczności⁸³. Jest to rozwiązanie szczególne, wynikające z art. 523 zd. 1 k.p.c., w myśl którego prawomocne postanowienie orzekające co do istoty sprawy nie może być zmienione ani uchylone, chyba że przepis szczególny stanowi inaczej. Jednocześnie art. 523 zd. 2 k.p.c. przewiduje możliwość zmiany wyłącznie prawomocnego postanowienia oddalającego

⁸¹ M. Strus-Wolos, *Komentarz do art. 560⁹ k.p.c* [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. III, Art. 506–729, red. T. Wiśniewski, LEX/el. 2021.

⁸² M. Strus-Wolos, *Komentarz do art. 560⁹ k.p.c* [w:] *Kodeks...* t. III, Art. 506...

⁸³ Przed wejściem w życie nowelizacji z 30.04.2020 r. stanowił o tym art. 11a ust. 2 u.p.p.r.

wniosek. Rozwiązanie takie wzorowano na postanowieniach wydawanych przez sąd opiekuńczy na podstawie art. 577 oraz art. 578 § 1 k.p.c.⁸⁴ W żadnej ze zbadanych spraw nie zmieniono oraz nie uchylono postanowienia na podstawie wskazanej regulacji.

2.13. Czas trwania postępowania przed sądem I instancji

Sąd powinien orzec w przedmiocie wniosku złożonego na podstawie art. 11a u.p.p.r. w ciągu miesiąca od wpływu wniosku do sądu⁸⁵. Z analizy akt spraw wynika, że termin ten jest bardzo rzadko dochowywany (tabela 6).

Tabela 6. Czas od wpływu wniosku do sądu do wydania postanowienia co do istoty sprawy

Przedział czasu	Liczba postępowań wszczętych przed 30.11.2020 r.		Liczba postępowań wszczętych po 30.11.2020 r.	
1–31 dni*	5	6,1%	9	27,3%
32–60 dni	15	18,3%	15	45,5%
61–90 dni	17	20,7%	4	12,1%
91–120 dni	14	17,1%	2	6,1%
121–150 dni	8	9,8%	2	6,1%
151–180 dni	9	11,0%	1	3,0%
> 190 dni	14	17,1%	0	0,0%
Ogółem	82	100,0%	33	100,0%

* Dla ułatwienia obliczeń uznano, że miesiąc liczy 31 dni.

Źródło: opracowanie własne.

W przypadku postępowań wszczętych przed 30.11.2020 r. dochowano miesięcznego terminu w 6,1% przypadków, natomiast w odniesieniu do postępowań wszczętych po 30.11.2020 r. – w 27,3%. Za naganne przypadki należy uznać te, w których postanowienie wydano po upływie 90 dni od wpływu wniosku do sądu. Dotyczyło to 54,9% postępowań wszczętych przed 30.11.2020 r. i 15,2% postępowań wszczętych po tej dacie. Widoczny jest zatem pozytywny wpływ nowelizacji z 30.04.2020 r. Z danych wskazanych w powyższej tabeli jednoznacznie wynika, że wniosek w tych postępowaniach był rozpoznawany zdecydowanie szybciej niż w postępowaniach wszczętych przed 30.11.2020 r. Należy jednak zauważyć, że analizą objęto wyłącznie akta prawomocnie zakończonych spraw. Badania odbywały się od czerwca do września 2021 r. W konsekwencji akta spraw wszczętych po 30.11.2020 r. dotyczyły postępowań, które *de facto* nie mogły trwać dłużej niż około 200 dni.

Długie rozpoznawanie wniosków związane jest z późnym wyznaczaniem rozpraw, ich odraczaniem oraz odwoływaniem. Zagadnienie to zostało omówione w pkt 2.5. niniejszego artykułu.

⁸⁴ M. Strus-Wołos, *Komentarz do art. 560⁷ k.p.c. [w:] Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. III, Art. 506–729, red. T. Wiśniewski, LEX/el. 2021.

⁸⁵ W stanie prawnym obowiązującym do 30.11.2020 r. stanowił o tym art. 11a u.p.p.r., *de lege lata* stanowi o tym art. 560⁵ k.p.c.

3. Postępowanie zabezpieczające

Szybkie udzielenie ochrony prawnej ofierze przemocy w rodzinie jest szczególnie istotne. Do czasu wydania postanowienia uwzględniającego wniosek o wydanie nakazu lub zakazu ofiara przemocy niejako bywa zmuszana do dalszego zamieszkiwania ze sprawcą przemocy. Oczywiście, teoretycznie, może ona opuścić lokal, jednak niekiedy, np. ze względów ekonomicznych, okazuje się to niemożliwe. Mając powyższe na uwadze, ustawodawca przewidział 30-dniowy termin rozpoznania wniosku złożonego na podstawie art. 11 u.p.p.r. Niekiedy jednak nawet dochowanie tego terminu okazuje się niewystarczające. W tym czasie może bowiem dochodzić do dalszej przemocy w rodzinie, co niesie za sobą nieraz nieodwracalne skutki. Zapewnieniu tymczasowej ochrony prawnej, na czas trwania postępowania, służy postępowanie zabezpieczające. Zabezpieczenie, jak wynika z art. 730 k.p.c., może zostać udzielone w każdej sprawie cywilnej podlegającej rozpoznaniu przez sąd lub sąd polubowny. Nie powinno budzić wątpliwości udzielanie go również w sprawie o zobowiązanie sprawcy przemocy. Postępowanie zabezpieczające może być wszczęte w tym przypadku na wniosek ofiary przemocy (jeżeli uprawdopodobni ona roszczenie oraz interes prawny w udzieleniu zabezpieczenia, o czym stanowią art. 730¹ oraz art. 732 k.p.c.), na wniosek prokuratora, RPO oraz RPD, jak również z urzędu. W ostatnim przypadku postępowanie jest wszczynane przez sąd opiekuńczy na podstawie art. 560⁴ § 2 w zw. z art. 755² § 3 k.p.c., w związku z zawiadomieniem Policji lub Żandarmerii Wojskowej o wydaniu nakazu lub zakazu, gdy w mieszkaniu przebywa osoba małoletnia (art. 15ad ust. 4 ustawy z 6.04.1990 r. o Policji⁸⁶ lub art. 18d ust. 4 ustawy z 24.08.2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych⁸⁷). Na 192 przebadane sprawy wniosek o zabezpieczenie został złożony w 18 sprawach (9,4%), z czego aż w 16 nastąpiło to po wejściu w życie nowelizacji z 30.04.2020 r. Biorąc pod uwagę liczbę spraw wszczętych przed wejściem w życie przedmiotowej nowelizacji (141) oraz po jej wejściu w życie (51), można zauważyć, że nowelizacja przyczyniła się do częstszego składania wniosków o zabezpieczenia.

Przedmiotem zabezpieczenia w postępowaniu o zobowiązanie sprawcy jest roszczenie niepieniężne. Oznacza to, że – stosownie do art. 755 § 1 k.p.c. – sąd powinien udzielić „zabezpieczenia w taki sposób, jaki stosownie do okoliczności uzna za odpowiedni”. W przepisach art. 755¹–757 k.p.c. wskazano sposoby zabezpieczenia roszczeń niepieniężnych, niemniej jest to katalog otwarty. Do 30.04.2020 r. katalog ten nie zawierał żadnego sposobu zabezpieczenia, który dotyczyłby spraw o zobowiązanie sprawcy. Zmiana nastąpiła wraz z wejściem w życie przedmiotowej nowelizacji, w której dodano do k.p.c. art. 755² przewidujący nowy sposób zabezpieczenia. Sposób ten polega na umożliwieniu Policji (art. 15aa u.p.) oraz Żandarmerii Wojskowej (art. 18a ust. 1 u.ż.w.) wydawania osobie stosującej przemoc w rodzinie nakazu natychmiastowego opuszczenia mieszkania zajmowanego wspólnie

⁸⁶ Tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 1882 ze zm. – dalej u.p.

⁸⁷ Tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 1214 ze zm. – dalej u.ż.w.

z ofiarą i jego bezpośredniego otoczenia lub zakazu zbliżania się do mieszkania i jego bezpośredniego otoczenia. Powyższy nakaz oraz zakaz stosownie do – odpowiednio – art. 15ak ust. 1 u.p. oraz art. 18k u.ż.w. tracą moc po upływie 14 dni od chwili wydania, chyba że sąd udzielił zabezpieczenia, w którym czas ten został przedłużony. Odbywa się to właśnie na podstawie art. 755² k.p.c. Z wykładni § 1 wskazanego przepisu, a w szczególności zwrotu „sąd może udzielić zabezpieczenia również przez (...)” wynika, że wskazany sposób zabezpieczenia nie jest jedynym dopuszczalnym sposobem zabezpieczenia. Sąd na podstawie art. 755 k.p.c. może udzielić zabezpieczenia także w inny sposób, w tym np. nakaz opuszczenia lokalu przez sprawcę przemocy.

W art. 755² k.p.c. ustawodawca przewidział również rozwiązania, które mają na celu urzeczywistnienie zasady szybkości postępowania.

Pierwszym rozwiązaniem jest wprowadzenie 3-dniowego terminu rozpoznania wniosku o udzielenie zabezpieczenia (art. 755² § 4 k.p.c.). Jest to rozwiązanie szczególne względem art. 737 k.p.c., w którym przewidziano, że rozpoznanie wniosku o udzielenie zabezpieczenia odbywa się niezwłocznie, jednak nie później niż w terminie tygodnia od dnia jego wpływu do sądu. Z przeprowadzonych badań wynika, że 3-dniowy termin nie zawsze jest dotrzymywany. Został on zachowany w 46,7% przypadków (7 wniosków)⁸⁸. Rozpoznanie wniosku w 26,7% przypadków trwało 4–7 dni (4 wnioski), w 13,3% – 27–35 dni (2 wnioski), w 6,7% – 8–11 dni (1 wniosek) oraz w 6,7% – 12–15 dni (1 wniosek).

Po drugie, analogicznie jak w przypadku postępowania rozpoznawczego, przewidziano możliwość dokonywania doręczeń przez Policję oraz Żandarmerię Wojskową (art. 560⁶ w zw. z art. 755² § 3 k.p.c.). W zbadanych sprawach sąd skorzystał z tej możliwości w odniesieniu do 4 postanowień, w których uwzględniono wniosek o udzielenie zabezpieczenia.

Po trzecie, podobnie jak w przypadku postępowania rozpoznawczego, zrezygnowano z wzywania do uzupełnienia braków formalnych, w sytuacji gdy osoba wnosząca wniosek lub inne pismo nie dołączy odpowiedniej liczby odpisów (art. 560⁴ § 2 w zw. z art. 755² § 3 k.p.c.). W żadnej ze zbadanych spraw wniosek o zabezpieczenie nie miał braków formalnych.

Chociaż powyższe rozwiązania zostały przewidziane w jednostkach redakcyjnych art. 755² k.p.c. (a więc przepisu odnoszącego się do przedłużenia nakazu lub zakazu wydanego przez Policję lub Żandarmerię Wojskową), to jednak wykładnia funkcjonalna i celowościowa przemawia za tym, aby uznać je za dotyczące każdego wniosku o zabezpieczenia w sprawie o zobowiązanie sprawcy przemocy. Szybkość postępowania jest istotna w każdej w sprawie o zobowiązanie⁸⁹.

W 18 postępowaniach zabezpieczających sąd udzielił zabezpieczenia w odniesieniu do 10 wniosków (55,6%), 5 wniosków oddalił (27,8%), natomiast w 3

⁸⁸ Obliczono w odniesieniu do 15 rozpoznanych merytorycznie wniosków.

⁸⁹ Odmienne E. Stefańska, *Komentarz art. 755¹ k.p.c.* [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. II, Art. 478–1217, red. M. Manowska, LEX/el. 2021.

przypadkach (16,7%) w ogóle nie wydał postanowienia w przedmiocie zabezpieczenia⁹⁰. Sąd udzielił zabezpieczenia w postaci: przedłużenia policyjnego nakazu opuszczenia lokalu i jego bezpośredniego otoczenia oraz zakazu zbliżania się do niego (5 przypadków), nakazania opuszczenia lokalu i bezpośredniego otoczenia (4 przypadki) oraz nakazania opuszczenia lokalu i zakazania zbliżania się do wnioskodawczyni (1 przypadek).

Sąd podczas udzielania zabezpieczenia na podstawie art. 755² § 1 k.p.c., mając na względzie art. 15ai ust. 1 u.p. oraz art. 18i ust. 1 u.ż.w., powinien w postanowieniu określić częstotliwość dokonywania przez Policję lub Żandarmerię Wojskową sprawdzenia, czy przedłużony nakaz lub zakaz nie są naruszane (art. 755² § 2 k.p.c.)⁹¹. Wymogu tego nie spełniało 1 (20%) z 5 postanowień, w których udzielono zabezpieczenia na podstawie art. 755² k.p.c. W mojej ocenie dokonywanie przez Policję lub Żandarmerię Wojskową sprawdzenia, czy nakaz lub zakaz nie są naruszone, powinno się odbywać także w przypadku, gdy zabezpieczenie w sprawie o zobowiązanie zostaje udzielone na podstawie art. 755 k.p.c. Zapewni to należyłą ochronę wszystkich wnioskodawców – ofiar przemocy.

Zabezpieczenie roszczenia ma charakter terminowy. Wynika to z art. 755³ k.p.c., stosownie do którego sąd powinien wskazać okres, na który udzielone jest zabezpieczenie. Wymóg ten dotyczy postanowienia wydanego na podstawie zarówno art. 755 k.p.c., jak i art. 755² k.p.c. W zbadanych sprawach zabezpieczenie było udzielane: do momentu prawomocnego zakończenia postępowania (6 postanowień), na czas rozpoznawania wniosku w sprawie (2 postanowienia), do chwili zakończenia postępowania (2 postanowienia). Należy przy tym zauważyć, że stosownie do art. 560⁸ k.p.c. sąd w postanowieniu w przedmiocie zobowiązania sprawcy przemocy powinien orzec o zabezpieczeniu, jeżeli było udzielone. Jak wynika z uzasadnienia projektu nowelizacji z 30.04.2020 r., ma to na celu uniknięcie sytuacji, w której funkcjonowałyby 2 tytuły wykonawcze w obrocie⁹². Obowiązek ten został zrealizowany w przypadku 3 z 9 postanowień, wydanych w postępowaniach, w których udzielono zabezpieczenia⁹³.

Odpis postanowienia w przedmiocie zabezpieczenia powinien być doręczony uczestnikom postępowania, prokuratorowi i Policji lub Żandarmerii Wojskowej. Sąd powinien ponadto zawiadomić właściwy miejscowo zespół interdyscyplinarny, a w przypadku gdy w mieszkaniu zamieszkują osoby małoletnie – także właściwy miejscowo sąd opiekuńczy (art. 755² § 5 k.p.c.). Analogicznie jak w przypadku rozwiązań przewidzianych w art. 755² § 2–4 k.p.c. wykładnia systemowa wskazuje, że norma wynikająca z art. 755² § 5 k.p.c. ma zastosowanie wyłącznie do postanowień, w których

⁹⁰ W 2 przypadkach cofnięto wniosek złożony na podstawie art. 11a u.p.p.r.

⁹¹ Przepisy te przewidują, że w okresie obowiązywania nakazu lub zakazu Policja lub Żandarmeria Wojskowa powinny przynajmniej trzykrotnie sprawdzić, czy nakaz lub zakaz nie są naruszane, przy czym pierwsze sprawdzenie powinno odbyć się następnego dnia po wydaniu nakazu lub zakazu

⁹² Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, druk nr 279, Sejm IX kadencji, s. 8, <https://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/0/50579853AD7D463DC12585340032C2C1/%24File/279.pdf> (dostęp: 2.11.2021 r.).

⁹³ Dotyczy postępowań wszczętych po 30.11.2020 r.

przedłużono zakaz/nakaz wydany przez Policję lub Żandarmerię Wojskową. W mojej ocenie ma ona zastosowanie również w przypadku udzielenia zabezpieczenia na podstawie art. 755 k.p.c. *Ratio legis* powyższego rozwiązania związane jest ze szczególną rolą, którą podmioty te pełnią w systemie zapobiegania przemocy w rodzinie. Różnicowanie doręczeń postanowień wydanych na podstawie art. 755 oraz art. 755² k.p.c. nie znajduje żadnego uzasadnienia.

Na postanowienie w przedmiocie udzielenia zabezpieczenia przysługuje zażalenie (art. 741 k.p.c.). Zażalenie zostało wniesione wyłącznie od 1 postanowienia (6,7%) na 15 postanowień wydanych w przedmiocie zabezpieczenia i zostało przez sąd odrzucone.

4. Postępowanie przed sądem II instancji

Od postanowienia co do istoty sprawy wydanego przez sąd I instancji w postępowaniu nieprocesowym przysługuje apelacja (art. 518 k.p.c.). Wówczas – na podstawie art. 13 § 2 k.p.c. – stosuje się odpowiednio przepisy o apelacji w procesie.

Postępowania o zobowiązanie cechuje bardzo niska zaskarżalność postanowień co do istoty sprawy. W zbadanych sprawach apelacja została wniesiona od 13 postanowień co do istoty sprawy, co stanowi zaledwie 11,3% wszystkich postanowień (115). W 5 przypadkach została ona wniesiona przez wnioskodawcę od postanowienia oddalającego wniosek⁹⁴, natomiast w 8 przypadkach przez uczestnika – sprawcę przemocy na postanowienie uwzględniające wniosek⁹⁵. Potwierdza to tezę o niskiej aktywności procesowej uczestników – sprawców przemocy i braku zainteresowania wynikiem postępowania.

W przepisach regulujących postępowanie o zobowiązanie przewidziano 3 rozwiązania szczególne dotyczące apelacji względem przepisów ogólnych. Pierwsze z nich polega na skróceniu terminu wniesienia odpowiedzi na apelację z 2 tygodni do 1 tygodnia (art. 560¹¹ k.p.c.). Pozostałe rozwiązania są analogiczne do tych w postępowaniu pierwszoinstancyjnym. Po pierwsze, wprowadzono miesięczny termin rozpoznania apelacji liczony od dnia przedstawienia akt sprawy przez sąd I instancji wraz z apelacją (art. 560¹² k.p.c.). Po drugie, zrezygnowano z wzywania do uzupełnienia braku formalnego apelacji polegającego na niedołączeniu odpowiedniej liczby odpisów (art. 560¹⁰ k.p.c.). Wskazane przepisy miały zastosowanie wyłącznie do 1 postępowania, w którym wniesiono apelację. Apelacja ta nie zawierała braków formalnych. Natomiast w sytuacji gdy powyższe przepisy nie miały zastosowania (12 apelacji), w 3 przypadkach stwierdzono braki formalne. Dotyczyły one: opłaty od apelacji, odpisu apelacji i podpisania apelacji; opłaty od apelacji; odpisu apelacji.

Dane dotyczące czasu od wniesienia apelacji do wydania merytorycznego postanowienia przez sąd II instancji przedstawia tabela 7.

⁹⁴ Dotyczy to zatem 26,3% postanowień oddalających wniosek (19).

⁹⁵ Jest to więc 8,2% postanowień uwzględniających wniosek (98).

Tabela 7. Czas od wniesienia apelacji do wydania merytorycznego postanowienia przez sąd II instancji

Przedział czasu	Liczba postępowań	
1–30 dni	0	0,0%
31–60 dni	1	11,1%
61–93 dni	0	0,0%
94–120 dni	1	11,1%
121–160 dni	4	44,4%
161–190 dni	2	22,2%
191–287 dni	0	0,0%
288 dni	1	11,1%
Ogółem	9	100,0%

Źródło: opracowanie własne.

Na podstawie powyższych danych należy stwierdzić, że w zbadanych sprawach postępowanie przed sądem II instancji trwało bardzo długo. W większości przypadków sytuacja taka nie miała żadnego uzasadnienia tym bardziej, że tylko w 2 przypadkach przeprowadzono postępowanie dowodowe (postępowania te trwały odpowiednio 169 i 126 dni). Wyłącznie w jednym postępowaniu długie rozpoznawanie apelacji (169 dni) mogło być związane z tym, że sędzia orzekający wystąpił do prezesa sądu, na podstawie art. 15 zzs¹ ust. 1 pkt 4 ustawy o COVID-19, o zarządzenie rozpoznania sprawy w składzie 3 sędziów. Oczywiście należy zauważyć, że ze względu na bardzo ograniczoną próbę badawczą powyższe dane nie mogą być podstawą do wysuwania tez, które z dużym prawdopodobieństwem miałyby zastosowanie w większości spraw o zobowiązanie.

Na 13 wniesionych apelacji 8 zostało oddalonych, 4 apelacje odrzucono, natomiast 1 apelację uwzględniono. Uwzględnienie nastąpiło w odniesieniu do postanowienia sądu I instancji oddalającego wniosek. Sąd II instancji uchylił zaskarżone postanowienie i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania. Powodem tego było nierozpoznanie istoty sprawy przez sąd I instancji. Do odrzucenia 4 apelacji przyczynił się natomiast brak doręczenia uczestnikowi wnoszącemu apelację postanowienia co do istoty sprawy wydanego przez sąd I instancji wraz z uzasadnieniem.

Wnioski

W niniejszym artykule ustalono, że jednym z najważniejszych problemów związanych z postępowaniem o zobowiązanie jest czas jego trwania. Miesięczny termin przewidziany na rozpoznanie wniosku bywa w praktyce bardzo rzadko przestrzegany. Stwierdzono kilka przyczyn takich sytuacji.

Po pierwsze, wnioski składane na podstawie art. 11a u.p.p.r. często posiadają braki formalne, co skutkuje wzywaniem wnioskodawców do ich uzupełnienia. Wiąże się

to z wydłużeniem postępowania o zobowiązanie nawet o kilka tygodni. Sądy nie dokonują żadnych czynności procesowych, aż braki zostaną uzupełnione. Niemniej dostrzega się pozytywny wpływ nowelizacji z 30.04.2020 r., w której wprowadzono rozwiązania ograniczające wzywanie do uzupełnienia braków formalnych (odpisy, zwolnienie od kosztów sądowych). Liczba wniosków dotkniętych brakami formalnymi w dalszym ciągu jest jednak stosunkowo wysoka. Należy jednocześnie zwrócić uwagę na to, że sądy w badanych sprawach nie zawsze stosowały powyższe rozwiązania. Jako postulat *de lege ferenda* wskazano w niniejszym artykule możliwość rezygnacji z wzywania do uzupełniania braków formalnych, np. numeru PESEL wnioskodawcy.

Po drugie, żądania zawarte we wnioskach często są formułowane w sposób niewskazujący, że ich podstawę stanowi art. 11a u.p.p.r. W konsekwencji sprawy te często pierwotnie rejestrowane są jako sprawy o eksmisję rozpoznawane w trybie procesowym, a nie jako sprawy pilne. Dopiero później następuje ich rejestracja jako sprawy o zobowiązanie. W tym przypadku to na sądach spoczywa ciężar szczegółowej analizy uzasadnień takich wniosków po to, aby wykluczyć możliwość błędnej rejestracji sprawy.

Po trzecie, w toku analizy akt stwierdzono liczne problemy związane z doręczaniem korespondencji z sądu uczestnikom postępowania, a w szczególności sprawcom przemocy. Wielokrotnie skutkowało to odraczaniem rozpraw. Najczęstszymi przyczynami były: zmiana adresu sprawcy przemocy po złożeniu wniosku, wskazanie błędnego adresu sprawcy przez wnioskodawcę, odebranie wezwania przez innych niż sprawca przemocy uczestników postępowania, brak nadejścia zwrotnego potwierdzenia odbioru w dniu rozprawy. Zauważono jednocześnie pozytywny wpływ nowelizacji z 30.04.2020 r., a w szczególności wprowadzenia możliwości dokonywania doręczeń przez Policję oraz Żandarmerię Wojskową. Ustalono, że podmioty te spełniają nowy obowiązek szybko i skutecznie. Jako rozwiązanie opisanych wcześniej problemów zaproponowano: częstsze dokonywanie doręczeń przez Policję lub Żandarmerię Wojskową, ustalanie przez sąd z urzędu aktualnego miejsca pobytu sprawcy, np. z wykorzystywaniem systemów PESEL-SAD oraz NOE-SAD, a także zaznaczanie przez sądy, że korespondencja powinna zostać osobiście odebrana przez adresata.

Po czwarte, w niektórych sprawach stwierdzono niewystarczającą koncentrację materiału procesowego. Świadczą o tym częste przypadki przeprowadzania dowodów osobowych na drugim i kolejnym posiedzeniu wyznaczonym na rozprawę. Jest to częściowo związane z niską aktywnością dowodową uczestników postępowania, a w szczególności sprawców przemocy. Przejawia się to chociażby tym, że uczestnicy – sprawcy przemocy, mimo wezwania przewodniczącego, rzadko wnoszą odpowiedzi na wniosek. W konsekwencji wnioski dowodowe często są składane dopiero na pierwszej rozprawie.

Po piąte, długi czas trwania postępowań toczących się w latach 2020–2021 związany był z trwającą pandemią COVID-19. Na podstawie ustawy o COVID-19 część rozpraw odwoływano, natomiast część odraczano w związku z nieobecnością sędziów, świadków, uczestników postępowania oraz ich pełnomocników.

Kolejna kwestia to niewzywanie zainteresowanych w sprawie do wzięcia udziału w postępowaniu. W ponad połowie przypadków, w których stwierdzono, że oprócz wnioskodawcy i uczestnika – sprawcy przemocy mieszkanie jest zajmowane również przez inne ofiary przemocy, także małoletnie, osoby te nie były wzywane w charakterze uczestników.

Zwrócono również uwagę na cofanie wniosków przez ofiary przemocy. Najczęstszą tego przyczyną było opuszczenie lokalu przez uczestnika – sprawcę przemocy. W żadnym przypadku sąd nie stwierdził niedopuszczalności cofnięcia wniosku. W ponad połowie przypadków, w których cofnięto wniosek, w mieszkaniu przebywały osoby małoletnie, co jednak w żaden sposób nie spotkało się z reakcją orzekającego sądu.

Ponadto wykazano istotne nieprawidłowości dotyczące doręczenia korespondencji z sądu. Polegały one na doręczaniu przesyłek przeciwnikowi adresata. Z jednej strony, jak już wskazano, w wielu przypadkach skutkowało to koniecznością odroczenia rozprawy, z drugiej natomiast, w przypadku niestwierdzenia przez sąd tej nieprawidłowości, pozbawieniem możliwości obrony uczestnika – adresata tej korespondencji. Sądy w sprawach o zobowiązanie powinny zatem szczegółowo weryfikować, komu została doręczona korespondencja.

Abstrahując od powyższych problemów, na podstawie dokonanej analizy można wysnuć wniosek, że postępowanie o zobowiązanie cechuje się niską aktywnością procesową uczestników postępowania. Odnosi się to w szczególności do sprawców przemocy, którzy w prawie 50% przypadków nie biorą udziału w żadnej rozprawie wyznaczonej w danym postępowaniu. W mniejszym stopniu dotyczy to wnioskodawców. W prawie 40% przypadków postępowań nie wykazali oni żadnej aktywności dowodowej lub wykazali ją na bardzo niskim poziomie. Wskazywany brak aktywności skutkuje zazwyczaj zwiększeniem aktywności samego sądu orzekającego. Polega to zwłaszcza na dopuszczaniu z urzędu dowodów znajdujących się w aktach Policji, prokuratury, wydziałów karnych sądów powszechnych oraz związanych z prowadzeniem procedury „Niebieskie Karty”.

W przypadku postanowień co do istoty sprawy ponad 80% z nich stanowiły postanowienia uwzględniające wniosek. Tak wysoki odsetek spowodowany jest m.in. bardzo niską aktywnością uczestników – sprawców przemocy. Świadczy on również o tym, że opisywane we wnioskach zachowania sprawców przemocy w zdecydowanej większości przypadków spełniają wszystkie przesłanki wydania nakazu lub zakazu przewidziane w art. 11a u.p.p.r. i w związku z tym przesłanki te nie są zbyt wąsko rozumiane przez sądy.

Bibliografia

1. Błaszczak Ł., *Zasada kontrydiktoryjności [w:] System Postępowania Cywilnego*, t. 2, *Dowody w postępowaniu cywilnym*, red. Ł. Błaszczak, Legalis/el. 2020.
2. Dudka K., *Środki zapobiegawcze stosowane wobec sprawców przemocy w rodzinie*, *Wojskowy Przegląd Prawniczy* 2006, nr 2.

3. Gola A., Myczkowski L., *Komentarz do ustawy o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i zmianie Kodeksu cywilnego* [w:] *Ochrona praw lokatorów. Dodatki mieszkaniowe. Komentarz*, LEX/el. 2003.
4. Kaczyński M.J., *Komentarz do art. 173 k.p.c.* [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 1a, *Komentarz. Art. 1–424*¹², red. A. Góra-Błaszczkowska, Legalis/el. 2020.
5. Karaś G., *Komentarz do art. 205⁵ k.p.c.* [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do ustawy z 4.07.2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego i niektórych innych ustaw*, red. J. Gołaczyński, D. Szostek, Legalis/el. 2019.
6. Piaskowska O.M., Partyk T., *Komentarz do art. 511² k.p.c.* [w:] *Komentarz do niektórych zmian Kodeksu postępowania cywilnego*, red. O.M. Piaskowska, LEX/el. 2019.
7. Piskozub P., *Eksmisja sprawcy przemocy na podstawie art. 11a ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie* [w:] *Isolacja sprawcy przemocy w rodzinie*, Legalis/el. 2021.
8. Rowiński T., *Interes prawny w procesie cywilnym i postępowaniu nieprocesowym*, Warszawa 1971.
9. Ryłski P., *Uczestnik postępowania nieprocesowego – zagadnienia konstrukcyjne*, Warszawa 2017.
10. Siwiec K., *Eksmisja na nowych zasadach*, *Nieruchomości* 2014, nr 6.
11. Spurek S., *Komentarz do art. 2 u.p.p.r.* [w:] *Przeciwdziałanie przemocy w rodzinie. Komentarz*, LEX/el. 2019.
12. Stefańska E., *Komentarz art. 755¹ k.p.c.* [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. II, *Art. 478–1217*, red. M. Manowska, LEX/el. 2021.
13. Strus-Wołos M., *Komentarz do art. 560⁷ k.p.c.* [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. III, *Art. 506–729*, red. T. Wiśniewski, LEX/el. 2021.
14. Strus-Wołos M., *Komentarz do art. 560⁹ k.p.c.* [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. III, *Art. 506–729*, red. T. Wiśniewski, LEX/el. 2021.
15. Wrona G., *Komentarz do art. 11a u.p.p.r.* [w:] *Ustawa o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie. Komentarz*, Legalis/el. 2021.

Ewa Wojtaszek-Mik

Dobro dziecka a odmowa jego wydania na podstawie art. 13 ust. 1 lit. b Konwencji haskiej dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę

*The child's welfare and the refusal to order the return
of the child under Art. 13 (b) of the Hague Convention
on the Civil Aspects of International Child Abduction*

Abstract

The analysis of the views of the doctrine and of the European Court of Human Rights, the Constitutional Tribunal and the Supreme Court on the concept of "the child's welfare" allows to assume that it is the same as the "interests of the child" referred to in the preamble to The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction. This criterion must be taken into account by the courts when assessing the grounds for refusing to order the return the abducted child under Art. 13 (b) of The Hague Convention. However it should be considered that this provision constitutes an exception to the principle of ensuring the return of the child to the state from which it was taken.

Keywords: *The Hague Convention, child's welfare, interests of the child, child abduction, refusal to order the return the child*

Streszczenie

Zawarta w artykule analiza poglądów doktryny oraz Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, Trybunału Konstytucyjnego i Sądu Najwyższego na temat pojęcia „dobra dziecka” pozwala przyjąć, że jest ono tożsame z „interesem dziecka”, o którym mowa w preambule Konwencji haskiej dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę. Kryterium to powinno być brane pod uwagę przez sądy w trakcie oceny przesłanek odmowy wydania dziecka uprowadzonego na podstawie art. 13 ust. 1 lit. b Konwencji haskiej. Należy jednak uwzględnić, że przepis ten stanowi wyjątek od zasady zapewnienia powrotu dziecka do państwa, z którego zostało zabrane.

Słowa kluczowe: *Konwencja haska, dobro dziecka, interes dziecka, uprowadzenie dziecka, odmowa wydania dziecka*

Dr hab. Ewa Wojtaszek-Mik, adiunkt w Katedrze Prawa Cywilnego, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, członek Biura Studiów i Analiz Sądu Najwyższego, Polska, ORCID 0000-0002-3608-9591, e-mail: e.wojtaszek_mik@wpia.uw.edu.pl

Data zgłoszenia tekstu przez autora: 23.03.2022 r.; data zaakceptowania do publikacji: 31.03.2022 r.

1. Wprowadzenie – kontekst normatywny

Konwencja dotycząca cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę sporządzona w Hadze dnia 25.10.1980 r. (dalej Konwencja haska)¹ ma na celu ochronę dzieci przed skutkami traumatycznego i bezprawnego uprowadzenia lub zatrzymania². Z międzynarodowych doświadczeń wynika, że sprawcami bezprawnego uprowadzenia lub zatrzymania dziecka okazują się z reguły rodzic lub rodzice. Często dotyczy to rodzin dwunarodowościowych, w których konflikty są ze swej natury konfliktami złożonymi³.

We wskazanym akcie prawnym nie użyto kategorii pojęciowej „dobra dziecka”. Preambuła we fragmencie objaśniającym cel Konwencji haskiej akcentuje natomiast w następujący sposób „interes dziecka”: „Państwa-sygnatariusze niniejszej konwencji, głęboko przekonane, że interes dziecka ma podstawowe znaczenie we wszystkich sprawach dotyczących opieki nad nim, pragnąc chronić dziecko na płaszczyźnie międzynarodowej przed szkodliwymi skutkami, wynikającymi z bezprawnego uprowadzenia go lub zatrzymania, i pragnąc ustalić zasady postępowania w celu zagwarantowania niezwłocznego powrotu dziecka do państwa jego stałego pobytu oraz pragnąc zapewnić ochronę prawa do odwiedzin, postanowiły zawrzeć w tym celu konwencję i zgodziły się na następujące postanowienia”.

¹ Dz.U. z 1995 r., Nr 108 poz. 528; <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=24>.

² Zob. M. Bialecki, *Przebieg postępowania w sprawach o wydanie dziecka w trybie Konwencji dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę sporządzonej w Hadze 25.10.1980 r. przed sądem I instancji*, „Prawo w Działaniu” 2021/46, s. 125–152; J. Ciszewski, *Konwencja dotycząca cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę*, „Przegląd Sądowy” 1994/2, s. 23 i n.; P. Gluza [w:] *Dziecko w roztaniu rodziców*, P. Gluza, Z. Kołakowska-Halberszadt, M. Tański, Warszawa 2013, s. 227 i n.; E. Holewińska-Łapińska, *Konwencja haska o uprowadzeniu dziecka za granicę*, „Problemy Opiekuńczo-Wychowawcze” 1999/10; S. Jastrzemska, *Konwencja haska dotycząca cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę – jeden z najbardziej skutecznych instrumentów prawa rodzinnego*, „Rodzina i Prawo” 2014/29, s. 54 i n.; A. Jasztal, *Ochrona dziecka przed nielegalnym transferem w świetle konwencji haskiej dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę z 25 października 1980 r. – doświadczenia Rzecznika Praw Dziecka* [w:] *Konwencja o prawach dziecka. Wybór zagadnień* (artykuły), red. S.L. Stadniczenko, Warszawa 2015, s. 331–340; J. Kluza, *Nowelizacja krajowych przepisów dotyczących wykonywania Konwencji haskiej*, „Ius Novum” 2020/3, s. 193–206; P. Króliński, „Poważne ryzyko” w rozumieniu art. 13 lit. b Konwencji haskiej. Analiza orzecznictwa sądów Ameryki Łacińskiej, „Zeszyty Prawnicze UKSW” 2021/21(1), s. 271–299; M. Kulas, *Praktyka stosowania Konwencji haskiej dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę*, „Palestra” 2009/5–6 (cz. 1), s. 13–26 i 2009/7–8 (cz. 2), s. 9–18; L. Kuziak, *Konwencja haska dotycząca cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę i postępowanie w sprawach o powrót dziecka w Polsce*, „Rodzina i Prawo” 2007/5, s. 66 i n.; L. Kuziak, *Praktyka stosowania Konwencji haskiej dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę*, „Biuletyn Informacyjny Rzecznika Praw Dziecka” 2009/1–2, s. 3–6; L. Kuziak, *Uprowadzenie dziecka za granicę* [w:] *Władza rodzicielska i kontakty z dzieckiem*, red. J. Ignaczewski, Warszawa 2015, s. 309–445; K. Rubiszewska, *Uprowadzenie rodzicielskie w świetle Konwencji haskiej*, „Temidium” 2017/1, s. 43–48; W. Skierkowska, *Uprowadzenie dziecka za granicę (na podstawie akt sądowych)*, „Jurysta” 1999/4, s. 4; T. Świerczyński, *Podstawowe zagadnienia Konwencji haskiej o cywilnych aspektach uprowadzenia dziecka za granicę*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2000/1–2; R. Wąworek, *Stosowanie przez sądy rodzinne konwencji haskiej dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę*, LEX/el. 2017; J. Wierciński, *Cywilne aspekty uprowadzenia dziecka za granicę w Unii Europejskiej*, „Zeszyty Prawnicze UKSW” 2021/21(3), s. 51–79; J. Wierciński, *Poważne ryzyko szkody fizycznej lub psychicznej i sytuacja nie do zniesienia. Cywilnoprawne aspekty uprowadzenia dziecka za granicę*, „Studia Prawa Prywatnego” 2010/3, s. 49–62; T. Zembrzuski, *Zmiana postanowienia o zarządzeniu powrotu dziecka wydanego na podstawie przepisów Konwencji haskiej*, „Monitor Prawniczy” 2018/7, s. 360–363.

³ E. Dobiejewska, *Spór o rodzicielskie uprowadzenie dziecka za granicę* [w:] *Z problematyki wiktymologii. Księga dedykowana Profesorowi Ewie Bieńkowskiej*, red. L. Mazowiecka, W. Klaus, A. Tarwacka, Warszawa 2017, s. 429 i 434.

Przedmiotem Konwencji haskiej, zgodnie z art. 1, jest:

- „a) zapewnienie niezwłocznego powrotu dzieci bezprawnie uprowadzonych lub zatrzymanych w jednym z Umawiających się Państw oraz
- b) zapewnienie poszanowania praw do opieki i odwiedzin określonych przez ustawodawstwo jednego Umawiającego się Państwa w innych Umawiających się Państwach”.

Umawiające się Państwa zobowiązały się, że „podejmą wszelkie stosowne środki dla zapewnienia w granicach ich terytoriów realizacji celów niniejszej konwencji. Dla osiągnięcia tego wykorzystają one dostępne sposoby postępowania w nagłych wypadkach” (art. 2 Konwencji haskiej).

W świetle art. 3 tego aktu, „uprowadzenie lub zatrzymanie dziecka będzie uznane za bezprawne, jeżeli:

- a) nastąpiło naruszenie prawa do opieki przyznanego określonej osobie, instytucji lub innej organizacji, wykonywanego wspólnie lub indywidualnie, na mocy ustawodawstwa państwa, w którym dziecko miało miejsce stałego pobytu bezpośrednio przed uprowadzeniem lub zatrzymaniem, oraz
- b) w chwili uprowadzenia lub zatrzymania prawa te były skutecznie wykonywane wspólnie lub indywidualnie albo byłyby tak wykonywane, gdyby nie nastąpiło uprowadzenie lub zatrzymanie.

Prawo do opieki określone w punkcie a) może wynikać w szczególności z mocy samego prawa, z orzeczenia sądowego lub administracyjnego albo z ugody mającej moc prawną w świetle przepisów ustawodawstwa tego państwa”.

Zgodnie z art. 12 Konwencji haskiej, „jeżeli dziecko zostało bezprawnie uprowadzone lub zatrzymane w rozumieniu artykułu 3, a w chwili wypłynięcia wniosku do władzy sądowej lub administracyjnej Umawiającego się Państwa, w którym znajduje się dziecko, upłynął okres krótszy niż jeden rok od dnia uprowadzenia lub zatrzymania, zainteresowana władza zarządza niezwłoczne wydanie dziecka.

Władza sądowa lub administracyjna powinna również zarządzić wydanie dziecka, nawet po upływie jednego roku, o którym mowa w ustępie poprzedzającym, chyba że zostało ustalone, że dziecko przystosowało się już do swego nowego środowiska.

Jeżeli władza sądowa lub administracyjna państwa wezwanego ma podstawy, by sądzić, że dziecko zostało zabrane do innego państwa, może ona zawiesić działanie lub oddalić wniosek o wydanie dziecka”.

Mimo dążenia do ułatwienia powrotu bezprawnie uprowadzonego dziecka Konwencja haska dopuszcza na zasadzie wyjątku odmowę jego wydania. Zgodnie z art. 13 „Bez względu na postanowienia artykułu poprzedzającego władza sądowa lub administracyjna państwa wezwanego nie jest obowiązana zarządzić wydanie dziecka, jeżeli osoba, instytucja lub organizacja sprzeciwiająca się wydaniu dziecka wykaze, że:

- a) osoba, instytucja lub organizacja opiekująca się dzieckiem faktycznie nie wykonywała prawa do opieki w czasie uprowadzenia lub zatrzymania albo zgodziła się lub później wyraziła zgodę na uprowadzenie lub zatrzymanie; lub

b) istnieje poważne ryzyko, że powrót dziecka naraziłby je na szkodę fizyczną lub psychiczną albo w jakikolwiek inny sposób postawiłby je w sytuacji nie do zniesienia⁴.

Władza sądowa lub administracyjna może również odmówić zarządzenia powrotu dziecka, jeżeli stwierdzi, że dziecko sprzeciwia się powrotowi oraz że osiągnęło ono wiek i stopień dojrzałości, przy którym właściwe jest uwzględnienie jego opinii.

Przy ocenie okoliczności określonych w niniejszym artykule władza sądowa lub administracyjna powinna brać pod uwagę informacje dotyczące sytuacji społecznej dziecka, dostarczone przez organ centralny lub inną właściwą władzę państwa miejsca stałego pobytu dziecka”.

Zważywszy na deklarowany w preambule cel Konwencji haskiej, należy przyjąć, że „interes dziecka” powinien być brany pod uwagę w szczególności w trakcie oceniania, czy zachodzą przesłanki odmowy wydania dziecka na podstawie art. 13 ust. 1 lit. b.

Jest to tym bardziej uzasadnione, że szeroką ochronę praw dziecka gwarantują liczne akty prawa międzynarodowego o ogólniejszym niż Konwencja haska charakterze. Potrzebę objęcia dzieci troską proklamuje art. 25 ust. 2 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka uchwalonej przez Zgromadzenie Ogólne ONZ dnia 10.12.1948 r. (rezolucja 217/III A): „Matka i dziecko mają prawo do specjalnej opieki i pomocy. Wszystkie dzieci, zarówno małżeńskie jak i pozamałżeńskie, korzystają z jednakowej ochrony społecznej”⁵.

Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4.11.1950 r.⁶ (dalej EKPC) ani towarzyszący jej protokół Nr 1⁷ nie regulują ochrony praw dziecka, jednakże Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej ETPC lub Trybunał) zwraca w swoim orzecznictwie uwagę na priorytet dobra dziecka w rozstrzyganiu dotyczących go spraw spornych⁸. Artykuł 8 EKPC stanowi, że „Každy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego mieszkania i swojej korespondencji” i że „Niedopuszczalna jest ingerencja władzy publicznej w korzystanie z tego prawa, z wyjątkiem przypadków przewidzianych przez ustawę i koniecznych w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na bezpieczeństwo państwowe, bezpieczeństwo publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób”.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 zdanie pierwsze Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej⁹ „Dzieci mają prawo do takiej ochrony i opieki, jaka jest konieczna dla

⁴ Artykuł 13 ust. 1 lit. b sprostowany obwieszczeniem Ministra Spraw Zagranicznych z 12.10.1999 r. (Dz.U. z 1999 r. Nr 93, poz. 1085), które weszło w życie 5.12.1999 r. Pierwotny tekst zamiast obecnego sformułowania „w sytuacji nie do zniesienia” zawierał określenie „w niekorzystnej sytuacji”.

⁵ M. Balcerek, *Międzynarodowa ochrona dziecka*, Warszawa 1988, s. 102 i n.; M. Balcerek, *Prawa dziecka*, Warszawa 1986, s. 123 i n.

⁶ Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.

⁷ Dz.U. z 1995 r. Nr 36, poz. 175 ze zm.

⁸ Zob. m.in. decyzja z 11.01.1994 r. w sprawie Thorbergsson przeciwko Islandii, nr 22597/93 i wyrok z 24.02.2009 r. w sprawie Errico przeciwko Włochom, nr 29768/05.

⁹ Dz.Urz. UE C 202 z 7.06.2016 r., s. 389.

ich dobra". Artykuł 24 ust. 2 Karty przewiduje, że „We wszystkich działaniach dotyczących dzieci, zarówno podejmowanych przez władze publiczne, jak i instytucje prywatne, należy przede wszystkim uwzględnić najlepszy interes dziecka”, zaś art. 24 ust. 3, że „Każde dziecko ma prawo do utrzymywania stałego, osobistego związku i bezpośredniego kontaktu z obojgiem rodziców, chyba że jest to sprzeczne z jego interesami”.

Ochronie dziecka poświęcona jest Konwencja o prawach dziecka przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20.11.1989 r.¹⁰, której Polska była inicjatorką i stanowi stronę.

Zgodnie z art. 3 Konwencji o prawach dziecka: „1. We wszystkich działaniach dotyczących dzieci, podejmowanych przez publiczne lub prywatne instytucje opieki społecznej, sądy, władze administracyjne lub ciała ustawodawcze, sprawą nadrzędną będzie najlepsze zabezpieczenie interesów dziecka. 2. Państwa-Strony działają na rzecz zapewnienia dziecku ochrony i opieki w takim stopniu, w jakim jest to niezbędne dla jego dobra, biorąc pod uwagę prawa i obowiązki jego rodziców, opiekunów prawnych lub innych osób prawnie za nie odpowiedzialnych, i w tym celu będą podejmowały wszelkie właściwe kroki ustawodawcze oraz administracyjne. 3. Państwa-Strony czuwają, aby instytucje, służby oraz inne jednostki odpowiedzialne za opiekę lub ochronę dzieci dostosowały się do norm ustanowionych przez kompetentne władze, w szczególności w dziedzinach bezpieczeństwa, zdrowia, jak również dotyczących właściwego doboru kadr tych instytucji oraz odpowiedniego nadzoru”.

W świetle art. 7 ust. 1 Konwencji o prawach dziecka „Niezwłocznie po urodzeniu dziecka zostanie sporządzony jego akt urodzenia, a dziecko od momentu urodzenia będzie miało prawo do otrzymania imienia, uzyskania obywatelstwa oraz, jeżeli to możliwe, prawo do poznania swoich rodziców i pozostawania pod ich opieką”. Zgodnie z art. 8 tej Konwencji „1. Państwa-Strony podejmują działania mające na celu poszanowanie prawa dziecka do zachowania jego tożsamości, w tym obywatelstwa, nazwiska, stosunków rodzinnych, zgodnych z prawem, z wyłączeniem bezprawnych ingerencji. 2. W przypadku gdy dziecko zostało bezprawnie pozbawione części lub wszystkich elementów swojej tożsamości, Państwa-Strony okażą właściwą pomoc i ochronę w celu jak najszybszego przywrócenia jego tożsamości”.

Z kolei w myśl jej art. 9 „1. 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 z względu na najlepiej pojęte interesy dziecka. Taka decyzja może być konieczna szczególnie w przypadkach nadużyć lub zaniedbań ze strony rodziców, gdy każde z rodziców mieszka oddzielnie, a należy podjąć decyzję odnośnie do miejsca pobytu lub zamieszkania dziecka. 2. W każdym postępowaniu podejmowanym stosownie do ustępu 1 niniejszego artykułu należy umożliwić wszystkim

¹⁰ Dz.U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526 ze zm. – dalej Konwencja o prawach dziecka. Szerzej zob. M. Arczewska, *Dobro dziecka jako przedmiot troski społecznej*, Warszawa 2017, s. 105 i n.

zainteresowanym stronom uczestnictwo w tym postępowaniu oraz wyrażenie przez nie swoich opinii. 3. Państwa-Strony będą szanowały prawo dziecka odseparowanego od jednego lub obojga rodziców do utrzymywania regularnych stosunków osobistych i bezpośrednich kontaktów z obojgiem rodziców, z wyjątkiem przypadków, gdy jest to sprzeczne z najlepiej pojętym interesem dziecka. 4. W przypadku gdy tego rodzaju separacja jest wynikiem działania podjętego przez Państwo-Stronę, takiego jak zatrzymanie, uwięzienie, wygnanie, deportacja lub śmierć (w tym śmierć spowodowana jakąkolwiek przyczyną podczas zatrzymania przez państwo) jednego lub obojga rodziców dziecka lub dziecka, państwo zapewni, na żądanie, rodzicom dziecka, dziecku lub – jeżeli będzie to właściwe – innemu członkowi rodziny podanie istotnych informacji dotyczących miejsca pobytu nieobecny(ych) członka(ów) rodziny, jeśli treść tej informacji nie przyniesie szkody dobru dziecka. Ponadto Państwa-Strony zapewnią, aby wniesienie takiej prośby samo przez się nie pociągało żadnych ujemnych następstw dla osoby (osób), której(ych) dotyczy”. Przepis art. 10 ust. 1 Konwencji o prawach dziecka stanowi, że „Zgodnie z wynikającym z postanowienia artykułu 9 ustęp 1 obowiązkiem Państw-Stron wnioski składane przez dziecko lub przez jego rodziców odnośnie do wjazdu lub opuszczenia Państwa-Strony w celu łączenia rodziny będą rozpatrywane przez Państwa-Strony w sposób przychylny, humanitarny i w szybkim trybie. Państwa-Strony ponadto zapewnią, aby złożenie takiego wniosku nie pociągało za sobą ujemnych skutków dla wnioskodawców oraz członków ich rodzin”.

W uzupełnieniu tego przepisu Konwencja o prawach dziecka przewiduje, że „Dziecko, którego rodzice przebywają w różnych państwach, będzie miało prawo do utrzymywania regularnych, z wyjątkiem okoliczności nadzwyczajnych, osobistych stosunków i bezpośrednich kontaktów z obojgiem rodziców. W tym celu oraz zgodnie z obowiązkiem Państw-Stron wynikającym z postanowienia artykułu 9 ustęp 2 Państwa-Strony będą respektowały prawo dziecka oraz jego rodziców do opuszczenia każdego kraju, w tym własnego, oraz powrotu do ich własnego kraju. Prawo do opuszczenia dowolnego kraju będzie podlegać tylko takim ograniczeniom, które są określone przez prawo i które są niezbędne dla ochrony bezpieczeństwa narodowego, porządku publicznego, zdrowia i moralności społecznej lub praw i swobód innych osób, zgodnych z pozostałymi prawami uznanymi w niniejszej konwencji” (art. 10 ust. 2 Konwencji o prawach dziecka). „Państwa-Strony będą podejmowały kroki dla zwalczania nielegalnego transferu dzieci oraz ich nielegalnego wywozu za granicę” (art. 11 ust. 1 Konwencji o prawach dziecka). „W tym celu Państwa-Strony będą popierały zawieranie odpowiednich umów dwustronnych lub wielostronnych albo przystępowanie do istniejących już umów” (art. 11 ust. 2 Konwencji o prawach dziecka).

W Deklaracji do Konwencji o prawach dziecka Rzeczpospolita Polska oświadczyła, że wykonanie przez dziecko jego praw określonych w Konwencji o prawach dziecka, w szczególności praw określonych w art. 12–16, „dokonuje się z poszanowaniem władzy rodzicielskiej, zgodnie z polskimi zwyczajami i tradycjami dotyczącymi miejsca dziecka w rodzinie i poza rodziną”.

Na gruncie prawa polskiego należy wskazać art. 72 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej¹¹, który stanowi, że „1. Rzeczpospolita Polska zapewnia ochronę praw dziecka. Każdy ma prawo żądać od organów władzy publicznej ochrony dziecka przed przemocą, okrucieństwem, wyzyskiem i demoralizacją. 2. Dziecko pozbawione opieki rodzicielskiej ma prawo do opieki i pomocy władz publicznych. 3. W toku ustalania praw dziecka organy władzy publicznej oraz osoby odpowiedzialne za dziecko są obowiązane do wysłuchania i w miarę możliwości uwzględnienia zdania dziecka. 4. Ustawa określa kompetencje i sposób powoływania Rzecznika Praw Dziecka”. W piśmiennictwie podkreśla się, że „Celem komentowanego przepisu jest (...) nie tylko upodmiotowienie dziecka i zapewnienie mu stosownej ochrony, ale też stworzenie ram ustawowych, które ochronę taką będą zapewniać (łącznie z utworzeniem instytucji Rzecznika Praw Dziecka)”¹².

Należy podzielić pogląd, że „dobro dziecka” jako samoistna wartość konstytucyjna stanowi integralny element szerszej wartości, którą jest „dobro rodziny”¹³. Dziecko ma prawo do wychowania w rodzinie, co wynika z art. 18 w zw. z art. 48 ust. 1 Konstytucji RP. „Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej” (art. 18 Konstytucji RP). „Rodzice mają prawo do wychowania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniami. Wychowanie to powinno uwzględniać stopień dojrzałości dziecka, a także wolność jego sumienia i wyznania oraz jego przekonania” (art. 48 ust. 1 Konstytucji RP). „Ograniczenie lub pozbawienie praw rodzicielskich może nastąpić tylko w przypadkach określonych w ustawie i tylko na podstawie prawomocnego orzeczenia sądu” (art. 48 ust. 2 Konstytucji RP). „Każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym” (art. 47 Konstytucji RP).

Idea dobra dziecka przenika także ustawodawstwo zwykłe. Jest uważana za zasadę systemu polskiego prawa i jedną z podstawowych zasad polskiego prawa rodzinnego¹⁴. Mimo że ustawa – Kodeks rodzinny i opiekuńczy¹⁵ nie ma przepisów ogólnych, w których zasada dobra dziecka byłaby odrębnie wyartykułowana, odniesienie do niej znajduje się w regulacjach wszystkich najważniejszych instytucji tej kodyfikacji, w tym w szczególności dotyczących władzy rodzicielskiej, pieczy nad dzieckiem i kontaktów z dzieckiem, przysposobienia, ustanawiania opieki

¹¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.) – dalej Konstytucja RP.

¹² W. Borysiak, *Komentarz do art. 72 [w:] Konstytucja RP, t. I. Komentarz. Art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, nb 2, s. 1650.

¹³ B. Banaszak, M. Jabłoński [w:] *Konstytucje Rzeczypospolitej Polskiej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku*, red. J. Boć, Wrocław 1999, s. 132; M. Dobrowolski, *Status prawny rodziny w świetle nowej Konstytucji RP*, „Przegląd Sądowy” 1999/4, s. 30.

¹⁴ Zob. m.in. Z. Radwański, *Pojęcie i funkcja „dobra dziecka” w polskim prawie rodzinnym i opiekuńczym*, „Studia Cywilistyczne” 1981/XXXI, s. 6 i n.; T. Smyczyński, M. Andrzejewski, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2020, s. 25; W. Stojanowska, *Rozwód a dobro dziecka*, Warszawa 1979, s. 11–27; E. Holewińska-Łapińska, *Ocena realizacji zasady ochrony dobra dziecka w praktyce orzekania separacji z zastosowaniem „modeli Stojanowskiej”* [w:] *W trosce o rodzinę. Księga pamiątkowa ku czci Profesor Wandy Stojanowskiej*, red. M. Kosek, J. Słyk, Warszawa 2008, s. 169–185; J. Winiarz, J. Gajda, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2001, s. 35–36; A. Zieliński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze w zarysie*, Warszawa 2011, s. 31–32.

¹⁵ Ustawa z 25.02.1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1359) – dalej k.r.o.

i kurateli czy wydawania zarządzeń opiekuńczych (np. art. 56 § 2, art. 95 § 3, art. 96 § 2, art. 156 k.r.o.)¹⁶. Termin „dobro dziecka” występuje także np. w ustawie z 6.01.2000 r. o Rzeczniku Praw Dziecka¹⁷ czy w ustawie z 12.12.2013 r. o cudzoziemcach¹⁸.

Podsumowując powyższy przegląd regulacji prawnych, można przyjąć, że dobro dziecka, względnie jego interes, uważa się w aktach prawa konwencyjnego, polskiego prawa konstytucyjnego i ustawodawstwa zwykłego za wartość, która musi być respektowana. Względ na dobro dziecka pojawia się nie tylko na płaszczyźnie legislacyjnej, lecz także na płaszczyźnie stosowania prawa i jego wykładni. Nawet jeżeli ustawa w konkretnym przypadku nie odwołuje się do tego zwrotu niedookreślonego, każdy, kto rozstrzyga sprawę dziecka lub zajmuje się nim, ma obowiązek zwracać szczególną uwagę na jego dobro. Norma konstytucyjna (także wynikająca z Konwencji o Prawach Dziecka) jest podstawą do powszechnego obowiązku respektowania dobra dziecka przez wszystkie organy, urzędy i osoby¹⁹. Należy więc to odnieść także do sytuacji, gdy trzeba rozstrzygnąć o powrocie dziecka uprowadzonego.

2. Poglądy doktryny dotyczące dobra dziecka

Dobro dziecka stanowi główną wytyczną tworzenia, wykładni oraz stosowania całego prawa rodzinnego. Nie jest jednak zdefiniowane w ustawodawstwie polskim, stąd liczne próby sprostania temu zadaniu²⁰.

W wielu definicjach odwoływano się do kategorii wartości. Przykładowo Stanisław Kołodziejski określił dobro dziecka jako „zespół wartości, zarówno duchowych, jak i materialnych, jakie konieczne są do prawidłowego: a/ rozwoju fizycznego dziecka, b/ rozwoju duchowego dziecka, i to w jego aspekcie zarówno intelektualnym, jak i moralnym, c/ należytego przygotowania go do pracy dla dobra społeczeństwa”²¹. Najpełniejszą definicję sformułowała Wanda Stojanowska: „termin dobro dziecka w rozumieniu przepisów prawa rodzinnego oznacza kompleks wartości o charakterze niematerialnym i materialnym niezbędnych dla zapewnienia prawidłowego rozwoju fizycznego i duchowego dziecka oraz do należytego przygotowania go do pracy odpowiednio do jego uzdolnień, przy czym wartości te są zdeterminowane przez

¹⁶ Szerzej zob. P. Kędziora, *Dobro dziecka jako podstawowa wartość prawa rodzinnego – rozważania na tle praktyki orzeczniczej sądów powszechnych* [w:] *Problemy małżeństwa i rodziny w prawodawstwie polskim, międzynarodowym i kanonicznym*, red. R. Sztymmler, J. Krzywkowska, M. Paszkowski, „Kortowski Przegląd Prawniczy Monografie (KPP Monografie)” 2017, s. 71–79; M. Rzewuski, *Dobro dziecka na tle spraw sądowych o powierzenie sprawowania pieczy zastępczej nad małoletnim* [w:] *Prawo w służbie małżeństwu i rodzinie*, red. M. Różański, J. Krzywkowska, M. Rzewuska, Olsztyn 2018, s. 270–272.

¹⁷ Tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 141.

¹⁸ Tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 2354 ze zm. Zob. szerzej M. Arczewska, *Dobro...*, s. 202 i n.; R. Łukasiewicz, *Dobro dziecka a interesy innych podmiotów w polskiej regulacji prawnej przysposobienia*, Warszawa 2019, s. 63; W. Stojanowska, *Rozwód...*, s. 15–18.

¹⁹ T. Smyczyński [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 11. *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. T. Smyczyński, Warszawa 2014, s. 56.

²⁰ R. Łukasiewicz, *Dobro...*, s. 63 i n.; M. Rzewuski, *Dobro...*, s. 273–274.

²¹ S. Kołodziejski, *Dobro wspólnych małoletnich dzieci – jako przesłanka odmowy orzeczenia rozwodu*, „Palestra” 1965/9, s. 30; B. Walaszek, *Dobro dziecka jako przesłanka niektórych uregulowań kodeksu rodzinnego i opiekuńczego PRL*, „Studia Prawnicze” 1970/26–27, s. 281; A. Łapiński, *Ograniczenia władzy rodzicielskiej*, Warszawa 1975, s. 131.

wiele różnorodnych czynników, których struktura zależy od treści stosowanej normy prawnej i konkretnej, aktualnie istniejącej sytuacji dziecka, zakładającej zbieżność tak pojętego dobra dziecka z interesem społecznym”²². Na funkcję wartościowania i oceny potrzeb dziecka zwrócił uwagę Adam Olejniczak: dobro dziecka należy uważać za wyrażenie oznaczające dodatnią, w społecznej hierarchii wartości, ocenę sytuacji dziecka z punktu widzenia zaspokojenia potrzeb dziecka w drodze świadczeń o charakterze majątkowym i niemajątkowym²³. Według Adama Strzembosza dobro dziecka polega na jego prawidłowym, optymalnym w danych warunkach rozwoju fizycznym i duchowym, na przygotowaniu dziecka do pracy na rzecz społeczeństwa w sposób uwzględniający ogół jego uzdolnień i na zabezpieczeniu jego majątku, który może stanowić zarówno teraz, jak i w przyszłości źródło zaspokojenia, w całości lub w pewnym zakresie, jego potrzeb materialnych²⁴. Sylwia Łakoma przyjęła, że dobro dziecka obejmuje wszystko to, co w zobiektywizowanej skali wartości służy jego prawidłowemu rozwojowi, zarówno fizycznemu, jak i psychicznemu, przy uwzględnieniu indywidualnych potrzeb dziecka oraz konkretnej sytuacji, w jakiej się ono znajduje²⁵. Zbigniew Radwański zauważył, że przy budowaniu definicji „dobra dziecka”, użytecznej na gruncie prawnym, należy oprzeć się na tych normach, które wyznaczają ich adresatowi obowiązek spowodowania takiego stanu rzeczy, który tworzyłby optymalną dla dziecka sytuację, ocenianą jednak nie tylko doraźnie, ale w perspektywie przyszłości dziecka. Chodzi o model idealizacyjny, oparty na dominującej doktrynie moralnej i na wartościach humanistycznych²⁶.

Konkretne kryteria oceny dobra dziecka wskazano np. na gruncie przepisów o pochodzeniu dziecka i władzy rodzicielskiej. Zdaniem Jacka Ignaczewskiego „Przy ocenie dobra dziecka nie można (...) pomijać obiektywnych uwarunkowań, takich jak wiek dziecka, jego płeć, cechy charakterologiczne rodziców, wzajemny stosunek rodziców do siebie, do dziecka oraz do krewnych rodzica. Nie bez znaczenia są również subiektywne kryteria, takie jak wrażliwość dziecka, wzajemne relacje oraz więzi rodziców i dzieci, poczucie bezpieczeństwa dziecka”²⁷.

W nowszym piśmiennictwie w interpretacji „dobra dziecka” położono nacisk na potrzebę uwzględniania ewolucji norm społecznych. Maciej Bieszczad wskazał, że „dobro dziecka jako klauzula generalna powinno być wykładane w taki sposób, który uwzględnia dodatnią, z perspektywy społecznej hierarchii wartości, ocenę sytuacji dziecka. Społeczna hierarchia wartości stanowić powinna *ad casum* źródło poszukiwania norm społecznych, według których wartościować należy pojęcie dobra

²² W. Stojanowska, *Rozwód...*, Warszawa 1979, s. 27; W. Stojanowska, *Dobro dziecka jako instrument wykładni norm konwencji o prawach dziecka oraz prawa polskiego i jako dyrektywa jego stosowania* [w:] *Konwencja o prawach dziecka. Analiza i wykładnia*, red. T. Smyczyński, Poznań 1999, s. 90–91; T. Sokołowski, W. Stojanowska [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 11. *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. T. Smyczyński, Warszawa 2014, s. 636.

²³ A. Olejniczak, *Materialnoprawne przesłanki udzielenia rozwodu*, Poznań 1980, s. 52.

²⁴ A. Strzembosz, *System sądowych środków ochrony dzieci przed niedostosowaniem społecznym*, Lublin 1985, s. 109.

²⁵ S. Łakoma, *Pojęcie, priorytet i treść dobra dziecka*, „*Studia Prawno-Ekonomiczne*” 2004/69, s. 90–91.

²⁶ Z. Radwański, *Pojęcie...*, s. 18–19. Zob. też Z. Radwański, *Dobro dziecka* [w:] *Konwencja o prawach dziecka a prawo polskie*, red. A. Łopatka, Warszawa 1991, s. 61 i n.

²⁷ J. Ignaczewski, *Pochodzenie dziecka i władza rodzicielska po nowelizacji*. Art. 61[9]–113[6] KRO. Komentarz, Warszawa 2009, s. 158. Zob. też J. Gajda, *Przesłanka dobra dziecka przy ustalaniu jego pochodzenia*, „*Rodzina i Prawo*” 2006/1, s. 24 i n.

dziecka. Szczególnie zwrócić należy przy tym uwagę na dynamikę przemian społecznych, wpływających istotnie na hierarchię norm społecznych. Pewne elementy wykładni pojęcia «dobro dziecka» są trwałe (jak dobrostan fizyczny, psychiczny oraz emocjonalny), przy czym poszukiwanie standardów tego dobrostanu zawsze odbywać się powinno przez pryzmat społecznej hierarchii wartości, odsyłających do norm społecznych istniejących w społeczności, w której funkcjonuje dziecko i jego rodzice. Normy społeczne (na czele z normami modelującymi sposób funkcjonowania rodziny, w tym rolę mężczyzny i kobiety jako rodziców) ulegają bowiem ewolucji. Brak wyraźnej granicy przejścia z jednej normy społecznej w inną nie może prowadzić do tego, by ulegały one petryfikacji na potrzeby wykładania przepisów prawa, a w szczególności klauzul generalnych. Praktyka wymiaru sprawiedliwości w sprawach rodzinnych prowadzi do konstatacji, że klauzula generalna dobra dziecka (w kontekście orzekania o władzy rodzicielskiej i kontaktach z dzieckiem rodziców po ich rozstaniu) w rzeczywistości petryfikuje, a nie uelastycznia dobro dziecka, dając matce (jako powiązanej więzią biologiczną z dzieckiem i przez to potrafiącej lepiej rozpoznać potrzeby dziecka) monopol na decydowanie o tym, co dla małoletniego jest dobre. Modelowa wykładnia pojęcia dobra dziecka powinna natomiast przede wszystkim brać pod uwagę to, że normy społeczne ulegają istotnym przeobrażeniom, w związku z czym role kobiety i mężczyzny jako rodziców są zupełnie inne, niż jeszcze 30 lat temu. Paradoksalnie przemiany te dostrzegane i realizowane są w stopniu pełniejszym w gałęziach prawa, które nie regulują *stricte* tej materii (chodzi o prawo pracy i prawo zabezpieczenia społecznego). Wydaje się natomiast, że to przede wszystkim dziedziną prawa rodzinnego jest definiowanie dobra dziecka w świetle przemian społecznych w XXI w. oraz zmiany modelu rodziny i roli rodziców po rozstaniu²⁸. Rafał Łukasiewicz wyraził pogląd, że klauzula dobra dziecka odwołuje się do pewnego umiarkowanego i racjonalnego pojmowania rzeczywistości. Nie ma tu więc niebezpieczeństwa zbyt dużej ingerencji w życie rodzinne²⁹.

Analizie poddano także relację między pojęciami „dobra dziecka” i „interesu dziecka”. Część doktryny utożsamia te pojęcia. Zdaniem Juliana Marciniaka dobro dziecka „rozumieć należy przede wszystkim jako interesy osobiste, a więc troskę o jego rozwój fizyczny i duchowy oraz należyte przygotowanie do pracy odpowiednio do jego uzdolnień i zgodnie z interesem społecznym, jak również interesy majątkowe małoletniego, przejawiające się w prawidłowym zarządzaniu jego majątkiem, właściwym przeznaczeniu płynących z niego dochodów oraz pozostawieniem w miarę możliwości nienaruszonej substancji tego majątku”³⁰.

Pojęcia te odróżnił natomiast Tomasz Sokołowski, wskazując, że interes danego podmiotu powinien być rozumiany jako suma elementów tego stanu rzeczy, który dotyczy tego podmiotu, a interes prawny polega na wolności kształtowania swojego

²⁸ M. Bieszczad, *Dobro dziecka jako klauzula generalna – ustalenie znaczenia pojęcia dobra dziecka w XXI w.*, „Monitor Prawniczy” 2019/17, s. 946–950.

²⁹ R. Łukasiewicz, *Dobro...*, s. 76–77.

³⁰ J. Marciniak, *Treść i sprawowanie opieki nad małoletnim*, Warszawa 1975, s. 19. Zob. też np. S. Łakoma, *Pojęcie...*, s. 92; W. Stojanowska, *Dobro...*, s. 84; Z. Radwański, *Pojęcie...*, s. 7.

interesu przez podmiot, zgodnie z jego subiektywnym przekonaniem³¹. Dobro dziecka zaś to, jego zdaniem, optymalny układ elementów stanu rzeczy dotyczących danego podmiotu, które z obiektywnego punktu widzenia są zgodne z jego interesem. Na ochronę zasługuje nie każdy interes dziecka, a tylko taki, który zarazem jest zgodny z obiektywnie rozumianym dobrem małoletniego.

Na tle tego rozróżnienia powstaje pytanie, jak należy rozumieć zwrot *the best interests of the child* w Konwencji o prawach dziecka. Zaproponowano, aby uznać, że najlepszy interes dziecka to jego zoptymalizowany interes, który jest tożsamy z dobrem dziecka. A zatem Konwencja o prawach dziecka chroni nie każdy, subiektywnie postrzegany przez dziecko interes, a jedynie taki interes, który jest wartościowy w sensie obiektywnym³². Wanda Stojanowska zwróciła uwagę, że mimo braku definicji „dobra dziecka” w Konwencji o prawach dziecka zasada nadrzędności tego kryterium wynika prawie ze wszystkich jej przepisów, a porównanie przepisów tej konwencji z przepisami prawa polskiego pozwala na sformułowanie ogólnego wniosku, że pojęcie „dobra dziecka”, ustalone na podstawie aktualnie obowiązującego w Polsce prawa, odpowiada pojęciu „nadrzędny interes dziecka” wyinterpretowanemu z przepisów Konstytucji³³.

W piśmiennictwie poddano analizie także możliwy konflikt interesów dziecka i rodziców. W prawidłowo funkcjonującej rodzinie dobro dziecko pozostaje w harmonii z interesem rodziców. Jednakże w sytuacji ich konkurencji skrajne pojmowanie dobra dziecka, nie bacząc na uzasadniony interes rodziców, a więc innych członków rodziny dziecka, może prowadzić do niepożądanych skutków³⁴. Prawo rodzinne nie eliminuje interesu rodziców jako jednej z przesłanek rozstrzygania spraw z zakresu stosunków między rodzicami a dziećmi. Jeżeli w ostatecznym wyniku ochrona dziecka da się pogodzić z interesem rodziców, sąd powinien ich interes wziąć pod uwagę, nawet gdyby rozstrzygnięcie wywołało pewne przejściowe skutki ujemne dla dziecka.

Zasadą Konwencji haskiej jest nakazanie wydania dziecka uprowadzonego. Najczęściej powoływaną podstawą odmowy zwrotu dziecka do miejsca jego stałego pobytu jest art. 13 ust. 1 lit. b tej konwencji. Zawiera on trzy podstawy odmowy wydania dziecka:

- 1) poważne ryzyko, że powrót dziecka naraziłby je na szkodę fizyczną,
- 2) poważne ryzyko, że powrót dziecka naraziłby je na szkodę psychiczną albo
- 3) poważne ryzyko, że powrót dziecka w jakikolwiek inny sposób postawiłby je w sytuacji nie do zniesienia (przed sprostowaniem – „w niekorzystnej sytuacji”; zob. przypis 4).

³¹ T. Sokołowski, *Skutki prawne rozwodu*, Poznań 1996, s. 48–49; T. Sokołowski, *Władza rodzicielska nad dorastającym dzieckiem*, Poznań 1987, s. 12.

³² R. Łukasiewicz, *Dobro...*, s. 68–70 i 82.

³³ W. Stojanowska, *Ochrona dziecka przed negatywnymi skutkami konfliktu między jego rodzicami*, Warszawa 1997, s. 22–26; W. Stojanowska, *Władza rodzicielska pozamatężńskiego i rozwiedzionego ojca. Studium socjologiczno-prawne*, Warszawa 2000, s. 31–38.

³⁴ T. Smoczyński [w:] *System...*, t. 11. *Prawo...*, s. 57; Z. Radwański, *Pojęcie...*, s. 15; wyrok Sądu Najwyższego (dalej SN) z 17.12.1965 r., I CR 309/65, OSNC 1966/7–8, poz. 132; Zalecenia kierunkowe w sprawie wzmocnienia ochrony rodziny – uchwała pełnego składu Izby Cywilnej SN z 9.06.1976 r., III CZP 46/75, OSNC 1976/9, poz. 184.

Należy zgodzić się z twierdzeniem, że z brzmienia przepisu wynika, iż przesłanka sytuacji nie do zniesienia musi wystąpić w przypadku każdego z wyżej wskazanych ryzyk³⁵. Wyjątek opisany w art. 13 ust. 1 lit. b podlega wykładni ścisłej i zasadniczo nie można przyjąć, że zachodzi sytuacja upoważniająca do zastosowania tego przepisu, jeśli ryzyko, o którym w nim mowa, miałyby wynikać wyłącznie z rozdzielenia dziecka z rodzicem winnym uprowadzenia dziecka w rozumieniu Konwencji haskiej³⁶. Przepis ten nie zawiera pojęć „dobro dziecka” ani „interes dziecka”. Z uwagi jednak na to, że w świetle preambuły Konwencji haskiej „interes dziecka ma podstawowe znaczenie we wszystkich sprawach dotyczących opieki nad nim”, należy brać go pod uwagę także w sprawach, w których rozważana jest odmowa wydania dziecka, przy czym nie ma przeszkód, aby tę kategorię pojęciową utożsamiać z „dobrem dziecka”³⁷.

3. Perspektywa orzecznicza ETPC

Obowiązek nakazania powrotu dziecka zgodnie z art. 12 ust. 1 Konwencji haskiej stanowi zasadę, która może być przełamana w razie wystąpienia wyjątków uzasadniających odmowę wydania dziecka ze względu na jego dobro (art. 12, 13 i 20 Konwencji haskiej). Wyjątki te należy jednak interpretować wąsko, ponieważ odmienna wykładnia zagrażałaby unicestwieniem celów Konwencji³⁸. W dominującym nurcie orzecznictwa ETPC zaznacza się konsekwentnie, że art. 13 ust. 1 lit. b Konwencji haskiej, odczytywany w zgodzie z art. 8 EKPC, obejmuje jedynie takie sytuacje, które wykraczają poza to, co zgodnie z oczekiwaniami dziecko może znieść. Nie dotyczy natomiast tych wszystkich uciążliwości, które koniecznie łączą się z doświadczeniem powrotu do państwa stałego pobytu³⁹.

Europejski Trybunał Praw Człowieka wielokrotnie podkreślał, m.in. w sprawie Neulinger i Shuruk przeciwko Szwajcarii⁴⁰, że stosowanie Konwencji haskiej musi odbywać się z uwzględnieniem i w zgodzie z wymogami art. 8 EKPC. Obejmuje to właściwie wzięcie pod uwagę najlepszych interesów dziecka w perspektywie wyjątków, które przewiduje się od zasady bezzwłocznego powrotu w art. 12, 13 i 20 Konwencji haskiej. Najlepsze interesy dziecka muszą być oceniane indywidualnie, w konkretnych okolicznościach sprawy. Sąd rozpatrujący sprawę o powrót dziecka

³⁵ M. Kulas, *Praktyka stosowania Konwencji haskiej dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę*, „Palestra” 2009/7–8 (cz. 2), s. 11.

³⁶ M. Górski, *Glosa do wyroku ETPC z 1 marca 2016 r., 30813/14, K.J. przeciwko Polsce*, LEX/el. 2016. Podobnie L. Kuziak, *Konwencja...*, s. 80; M. Radwan, *Wybrane zagadnienia postępowania wywołanego przez bezprawne uprowadzenie lub zatrzymanie dziecka w innym państwie członkowskim*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2011/2.

³⁷ I. Biedrzycka, *Dobro dziecka w świetle konwencji haskiej dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę*, „Kortowski Przegląd Prawniczy” 2012/1, s. 34–39; P. Krakowiak, *Odmowa wydania dziecka a dobro dziecka. Kilka uwag na gruncie art. 12 i 13 Konwencji haskiej z 1980 r.* [w:] *Dobro dziecka w ujęciu interdyscyplinarnym*, red. E. Kabza, A. Krupa-Lipińska, Toruń 2016, s. 195–205.

³⁸ Wyroki ETPC z 6.12.2007 r., 39388/05, Maumousseau i Washington przeciwko Francji; z 26.11.2013 r., 27853/09, X przeciwko Łotwie (zob. też K. Gałka, *Glosa do wyroku ETPC z 26.11.2013 r., 27853/09, X przeciwko Łotwie*, LEX/el. 2014); z 1.03.2016 r., 30813/14, K.J. przeciwko Polsce i z 19.07.2016 r., 2171/14, G.N. przeciwko Polsce.

³⁹ Por. np. wyroki: ETPC z 6.12.2007 r., 39388/05; z 26.11.2013 r., 27853/09, X przeciwko Łotwie (zob. też K. Gałka, *Glosa...*); z 18.06.2019 r., 15122/17, V. Ushakov przeciwko Rosji.

⁴⁰ Wyrok ETPC z 6.07.2010 r., 41615/07, Neulinger i Shuruk przeciwko Szwajcarii, LEX nr 584577.

w trybie Konwencji haskiej powinien dokonać głębokiej oceny sytuacji całej rodziny, w szczególności, gdy chodzi o faktyczny, emocjonalny, psychologiczny, materialny i medyczny stan sprawy.

W wyroku tym ETPC orzekł, że „Na interes dziecka składają się dwa człony. Z jednej strony interes ten wskazuje, iż należy utrzymywać więzi rodzinne dziecka, poza tymi przypadkami, gdzie rodzina okazała się szczególnie dysfunkcyjna. Stąd wynika, iż więzi rodzinne mogą zostać zerwane jedynie w bardzo wyjątkowych okolicznościach i należy zrobić wszystko, by chronić relacje osobiste oraz, gdy to stosowne, «odbudować» rodzinę. Z drugiej strony wyraźnie w interesie dziecka jest zapewnienie mu rozwoju w zdrowym środowisku, a rodzic nie może być uprawniony na podstawie art. 8 Konwencji do uzyskania przeprowadzenia takich środków, które szkodziłyby zdrowiu i rozwojowi dziecka. Ta sama filozofia została wpisana w Konwencję haską, która co do zasady wymaga bezzwłocznego powrotu uprowadzonego dziecka, chyba że istnieje poważne ryzyko, że powrót dziecka naraziłby je na szkodę fizyczną lub psychiczną albo w jakikolwiek inny sposób postawiłby je w sytuacji nie do zniesienia [zob. art. 13 Konwencji haskiej]. Innymi słowy, koncepcja najlepszych interesów dziecka także wyraża zasadę, która stanowi fundament Konwencji haskiej. Ponadto, niektóre sądy krajowe wyraźnie wpisały tę koncepcję w stosowanie terminu «poważnego ryzyka» z art. 13 lit. b Konwencji haskiej”.

Wobec powyższego ETPC doszedł do wniosku, że „wskazany art. 13 powinien być interpretowany w zgodzie z Konwencją [o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności]. Z art. 8 Konwencji wynika, iż powrót dziecka nie może zostać nakazany w sposób automatyczny lub mechaniczny zawsze wówczas, gdy Konwencja haska znajdzie zastosowanie. Najlepsze interesy dziecka, z punktu widzenia jego rozwoju osobistego, będą zależały od szeregu indywidualnych okoliczności, a w szczególności od wieku i stopnia dojrzałości dziecka, obecności lub nieobecności jego rodziców oraz jego otoczenia i doświadczeń. Z tego powodu wskazane najlepsze interesy muszą zostać ocenione w każdej indywidualnej sprawie. Zadanie to należy przede wszystkim do organów władzy krajowej, które często korzystają z przywileju bezpośredniego kontaktu z zainteresowanymi osobami. W tym celu organy te cieszą się pewnym marginesem uznania, który jednakże podlega europejskiemu nadzorowi, w ramach którego Trybunał kontroluje na podstawie Konwencji decyzje podejmowane przez wskazane organy przy wykonywaniu tego uprawnienia. Ponadto, Trybunał musi zapewnić, iż postępowanie decyzyjne prowadzące do przyjęcia zaskarżonych środków przez sądy krajowe było rzetelne i pozwalało osobom zainteresowanym na pełne przedstawienie swojej sprawy. W tym celu Trybunał musi dokonać oceny, czy sądy krajowe przeprowadziły dogłębną analizę całej sytuacji rodzinnej i całego szeregu czynników, zwłaszcza o charakterze faktycznym, emocjonalnym, psychologicznym, majątkowym i medycznym, oraz dokonały zrównoważonej i rozsądnej oceny odnośnych interesów każdej z osób, mając ciągle na względzie wypracowanie najlepszego rozwiązania dla uprowadzonego dziecka w kontekście wniosku o jego powrót do jego kraju pochodzenia (por. pkt 131–139 orzeczenia).” „[W przypadku uprowadzenia dziecka za granicę] dla dokonania oceny, czy zachowano zgodność z art. 8 Konwencji, konieczne jest także uwzględnienie zmian, które miały miejsce

po wydaniu wyroku sądu krajowego nakazującego powrót dziecka. Trybunał musi więc postawić się w sytuacji, która miała miejsce w chwili wykonania zaskarżonego środka [nakazującego powrót dziecka uprowadzonego za granicę]. Jeżeli środek ten jest wykonywany po upływie pewnego okresu po uprowadzeniu dziecka, okoliczność ta może w szczególności podważać znaczenie Konwencji haskiej (...) w takiej sytuacji, jako że konwencja ta stanowi zasadniczo instrument prawa procesowego, a nie traktat z zakresu ochrony praw człowieka chroniący jednostki na podstawie obiektywnej”.

Trybunał wskazał ponadto, że „mimo iż na podstawie art. 12 akapitu drugiego Konwencji haskiej władza sądowa lub administracyjna, do której wniesiono sprawę, musi nakazać wydanie dziecka nawet po upływie roku przewidzianego w pierwszym akapicie tego artykułu, nie może tak się stać, jeżeli wykazano, iż dziecko dostosowało się już do swego nowego środowiska. Należy uznać, iż wskazówki w tej mierze można znaleźć, *mutatis mutandis*, w orzecznictwie Trybunału w przedmiocie wydalenia cudzoziemców, zgodnie z którym w celu dokonania oceny proporcjonalności środka nakazującego wydalenie dziecka, które osiadło już w goszczącym państwie, koniecznym jest uwzględnienie najlepszych interesów i dobra tego dziecka, a w szczególności ciężaru trudności, które dziecko to prawdopodobnie napotka w państwie przeznaczenia, jak i trwałości więzów o charakterze społecznym, kulturowym i rodzinnym łączących dziecko z państwem goszczącym i państwem przeznaczenia. Należy także wziąć pod uwagę wszelkie trudności, na które mogą napotkać w państwie przeznaczenia członkowie rodziny towarzyszący osobie deportowanej”.

Stanowisko ETPC zajęte w sprawie Neulinger i Shuruk przeciwko Szwajcarii wywołało kontrowersje jako zakładające, że sprawy o powrót dziecka, zainicjowane na podstawie konwencji, należy traktować jak „zwykłe” sprawy opiekuńcze, wymagające dogłębnego zbadania całej sytuacji rodzinnej dziecka i porzucenia szybkiego podejścia opartego na wyjątkach⁴¹.

Uległo ono zmianie w wyroku X przeciwko Łotwie⁴², w którym Trybunał stwierdził, że sąd rozpoznający sprawę o powrót dziecka powinien dokonać rzeczywistych ustaleń co do przesłanek wymienionych w art. 12, 13 i 20 Konwencji haskiej. Ustalenia będą rzeczywiste, gdy: 1) sąd rozważy wszystkie twierdzenia strony sprzeciwiającej się wydaniu dziecka; 2) uzasadni swe stanowisko (nie może to być uzasadnienie automatyczne i stereotypowe). Harmonijne stosowanie EKPC i Konwencji haskiej znajduje wyraz w zakazie automatycznego i mechanicznego zarządzania powrotu dziecka do państwa stałego pobytu. Na sądzie krajowym ciąży obowiązek skutecznego zbadania sprawy, a wyjątki od zasady bezzwłocznego powrotu dziecka powinny być interpretowane wąsko.

W wyroku tym Trybunał orzekł, że „Zgodnie z art. 13 lit. b Konwencji haskiej, sądy badające wniosek o powrót nie są zobowiązane do nakazania powrotu, «jeżeli osoba, instytucja lub organizacja sprzeciwiająca się wydaniu dziecka wykaże,

⁴¹ Zob. J. Wierciński, *Zakres badania zarzutu poważnego ryzyka szkody w sprawie o nakazanie powrotu dziecka uprowadzonego za granicę. Glosa do postanowienia SN z dnia 28 kwietnia 2021 r., I CSKP 109/21, OSP 2022/2, poz. 12*; K. Galka, *Glosa...*; L. Kuziak [w:] *Władza rodzicielska i kontakty z dzieckiem*, A. Bodnar, A. Gójska, J. Ignaczewski, L. Kuziak, A. Śledzińska-Simon, R. Zegadło, Warszawa 2019, s. 429.

⁴² Wyrok ETPC z 26.11.2013 r., 27853/09, X przeciwko Łotwie; K. Galka, *Glosa...*

iż istnieje poważne ryzyko». To rodzic, który sprzeciwia się powrotowi, przede wszystkim musi przedstawić wystarczające dowody w tej mierze. (...) Mimo że artykuł ten nie jest restrykcyjny, jeżeli chodzi o dokładny charakter «poważnego ryzyka» – które może oznaczać nie tylko «szkodę fizyczną lub psychiczną», lecz także «sytuację nie do zniesienia» – nie może być on interpretowany, w świetle art. 8 Konwencji, jako artykuł obejmujący wszelkie niedogodności nieuchronnie związane z doświadczeniem powrotu: wyjątek zawarty w art. 13 lit. b dotyczy jedynie sytuacji, która przekracza to, co dziecko może racjonalnie znieść. Skarżąca spełniła swój obowiązek poprzez przedłożenie zaświadczenia psychologicznego stwierdzającego, że w razie rozdzielenia z matką zachodziło ryzyko doznania przez dziecko traumy. Nadto matka wskazała, że ojciec dziecka był karany, oraz powołała się na przypadki nadużyć z jego strony. Tym samym do sądów pozwanego Państwa należało przeprowadzenie zasadniczej kontroli, pozwalającej albo na potwierdzenie, albo na wykluczenie istnienia «poważnego ryzyka». (...) Odmowa wzięcia pod uwagę takiego argumentu, uzasadnionego przez skarżącą zaświadczeniem wydanym przez psychologa, którego wnioski mogły oznaczać ujawnienie potencjalnego istnienia poważnego ryzyka w rozumieniu art. 13 lit. b Konwencji haskiej, było sprzeczne z wymogami art. 8 Konwencji. Prywatnoprawny charakter opinii psychologicznej nie wystarczył, by zwolnić sądy z obowiązku skutecznego jej zbadania, zwłaszcza że w kompetencjach sądu okręgowego leżała możliwość przedłożenia tego dokumentu do zbadania przez wszystkie strony, a nawet nakazanie z urzędu sporządzenia kolejnej opinii biegłego, na co pozwala prawo krajowe. Kwestia, czy matka mogła pojechać za córką do państwa trzeciego i utrzymywać z nią kontakt, także powinna była zostać przez sądy te zbadana. (...) Jako że prawa gwarantowane przez art. 8 Konwencji, który jest częścią prawa pozwanego Państwa i jako taki jest bezpośrednio stosowany, stanowią [jedną z] «podstawowych zasad państwa wezwanego, dotyczących ochrony praw człowieka i podstawowych wolności» w rozumieniu art. 20 Konwencji haskiej, krajowy sąd okręgowy nie mógł pominąć przeprowadzenia takiej kontroli w okolicznościach tej sprawy”.

W innym orzeczeniu ETPC podkreślił, że „Podstawowym celem artykułu 8 Konwencji jest ochrona jednostki przed arbitralnym działaniem władz publicznych. Ponadto istnieją dodatkowe obowiązki związane z zagwarantowaniem jednostce przyrodzonego poszanowania życia rodzinnego. Artykuł 8 Konwencji dotyczy również prawa rodzica do żądania podjęcia przez organy państwowe środków mających na celu wydanie mu dziecka bezprawnie odebranego. Adekwatność środka powziętego przez organy państwowe podlega również ocenie pod kątem szybkości jego implementacji. Przepisy Konwencji powinny być stosowane zgodnie z zasadami prawa międzynarodowego, w szczególności z tymi, które dotyczą międzynarodowej ochrony praw człowieka. W przypadku uprowadzenia dziecka za granicę pozytywne zobowiązania, które art. 8 Konwencji nakłada na Wysokie Układające się Strony, należy interpretować zgodnie z przepisami Konwencji haskiej (...), mocą których naczelną zasadą jest ochrona dobra i interesów małoletniego dziecka. W stosunkach pomiędzy państwami UE przepisy dotyczące uprowadzenia dziecka zawarte w rozporządzeniu Bruksela II bis stanowią uzupełnienie do przepisów Konwencji haskiej.

Obydwie regulacje opierają się na podejściu, że we wszystkich postanowieniach dotyczących małoletnich dzieci, ich interes jest kwestią najwyższej wagi⁴³.

Trybunał podkreśla, że „Powrót dziecka nie może być nakazywany automatycznie lub mechanicznie, gdy znajduje zastosowanie Konwencja haska (...), jak wynika z uznania w tym instrumencie prawnym szeregu wyjątków od obowiązku powrotu dziecka. Czynniki, które mogą stanowić wyjątek od natychmiastowego powrotu dziecka nakazywanego przy zastosowaniu art. 12, art. 13 i art. 20 Konwencji haskiej, zwłaszcza gdy zostały podniesione przez jedną ze stron postępowania, muszą zostać autentycznie uwzględnione przez sąd, do którego się zwrócono o nakazanie wydania dziecka. Sąd ten musi wówczas wydać rozstrzygnięcie, które jest wystarczająco uzasadnione w tej mierze, aby Trybunał mógł zweryfikować, czy kwestie te zostały skutecznie zbadane. Czynniki te muszą zostać ocenione w świetle art. 8 Konwencji. Nadto, najlepsze interesy dziecka muszą mieć znaczenie nadrzędne”⁴⁴.

W swoim orzecznictwie ETPC przyjmuje domniemanie (wzruszalne), że w najlepszym interesie dziecka leży jego natychmiastowy powrót do miejsca stałego pobytu: „Trybunał zauważa, że ponieważ upływ czasu grozi nieodwracalnym pogorszeniem sytuacji rodzica, z którym dziecko nie mieszka, szczególny charakter postępowania na podstawie Konwencji haskiej wymaga, aby sądy krajowe opierały się na domniemaniu, że natychmiastowy powrót dziecka do miejsca stałego pobytu leży w najlepszym interesie dziecka. Takie domniemanie jest wzruszalne, a zatem sądy muszą rzeczywiście zbadać okoliczności każdej sprawy, aby upewnić się, że istnieją elementy wymagane do zastosowania m.in. art. 3 i 13 Konwencji haskiej. Muszą one jednak działać szybko”⁴⁵.

Warto też zauważyć, że przepisy Konwencji haskiej nie mogą być wykorzystywane do rozstrzygania sporu o opiekę nad dzieckiem, a orzeczenie nakazujące powrót dziecka nie rozstrzyga o sposobie sprawowania pieczy, miejscu przyszłego pobytu i o kontaktach rodziców z dzieckiem. Nie ma ono także znaczenia prejudycjalnego ani innej prawnej doniosłości w postępowaniu dotyczącym tego zagadnienia; służy wyłącznie przywróceniu stanu poprzedniego, a rozstrzygnięcie w przedmiocie pieczy powinno nastąpić po jego powrocie, w państwie stałego pobytu dziecka⁴⁶.

4. Perspektywa orzecznicza Sądu Najwyższego

W polskim orzecznictwie dobro dziecka jest traktowane jako wartość chroniona konstytucyjnie (art. 72 ust. 1 Konstytucji RP). Dobro dziecka jest swoistą konstytucyjną klauzulą generalną, której rekonstrukcja powinna się odbywać poprzez odwołanie do aksjologii Konstytucji RP i ogólnych założeń systemowych. Nakaz ochrony dobra

⁴³ Wyrok ETPC z 18.01.2018 r., 28481/12, Oller Kamińska przeciwko Polsce.

⁴⁴ Wyrok ETPC z 21.05.2019 r., 49450/17, O.C.I. i inni przeciwko Rumunii.

⁴⁵ Wyrok ETPC z 1.04.2021 r., 16202/14, M.V. przeciwko Polsce, Legalis. Zob. też wyrok ETPC z 17.03.2022 r., 80606/17, Gyorgy Moga przeciwko Polsce.

⁴⁶ Por. np. wyroki ETPC: z 6.12.2007 r., 39388/05, Maumousseau i Washington przeciwko Francji; z 1.03.2016 r., 30813/14, K.J. przeciwko Polsce; uchwała SN z 22.11.2017 r., III CZP 78/17, OSNC 2018/5, poz. 51; postanowienia SN: z 4.02.1998 r., I CKN 921/97, LEX nr 78422; z 1.12.1999 r., I CKN 992/99, OSNC 2000/6, poz. 111; z 20.10.2010 r., III CZP 72/10, OSNC 2011/5, poz. 60; z 24.08.2011 r., IV CSK 566/10, LEX nr 1084559; z 17.03.2021 r., I CSKP 38/21, OSNC 2021/9, poz. 60; z 21.01.2022 r., II CSKP 1190/22, LEX nr 3303362.

dziecka stanowi podstawową, nadrzędną zasadę polskiego systemu prawa rodzinnego, której podporządkowane są wszelkie regulacje w sferze stosunków pomiędzy rodzicami i dziećmi⁴⁷. Państwo musi więc uwzględniać zasadę dobra dziecka w swoim ustawodawstwie. Determinuje ona kształt poszczególnych rozwiązań instytucjonalnych – przede wszystkim na gruncie k.r.o. Najpełniej zasada dobra dziecka może być realizowana przez zapewnienie mu możliwości wychowania w rodzinie, przede wszystkim w rodzinie naturalnej, a więc w formie pieczy rodzicielskiej sprawowanej przez osoby związane z dzieckiem więzią biologiczną⁴⁸.

Z uwagi na to, że w przepisach nie ma definicji „dobra dziecka”, za pomocne należy uznać sformułowane przez Sąd Najwyższy dyrektywy jego wykładni. „Wypełnienie jego znaczenia powinno być dokonywane w konkretnych okolicznościach faktycznych zwłaszcza, jeżeli wskazują na zaistnienie sytuacji, w jakiej znalazło się dziecko, wymagającej ingerencji ze strony innych podmiotów, w tym także sądu. Wyszczególnić należy uprawnienie do ochrony życia i zdrowia oraz wszelkich działań ze strony innych, które powinny zapewnić warunki do spokoju, prawidłowego, niezakłóconego rozwoju, poszanowania godności i udziału w procesie decydowania o jego sytuacji oraz zaznaczyć, że jest to zbiór niewyczerpany”⁴⁹.

Sąd Najwyższy kładzie nacisk na fundamentalny charakter i wieloaspektowość dobra dziecka. „Przyznanie dobru dziecka rangi zasadniczej zasady porządku prawnego zostało odzwierciedlone nie tylko w aktach prawa międzynarodowego, ale również w prawie krajowym. W polskim systemie prawnym zasada dobra dziecka ma źródło w art. 72 Konstytucji RP, jak też stanowi podstawę regulacji kodeksu rodzinnego i opiekuńczego dotyczących interesu dziecka i opieki nad nim. U podłoża każdej decyzji podejmowanej w kwestiach, które mogą dotyczyć interesu dziecka, leży wzgląd na ochronę jego dobra. Pojęcie dobra dziecka jest pojęciem złożonym. Z jednej strony obejmuje całą sferę najważniejszych jego spraw osobistych, takich jak rozwój fizyczny i duchowy, odpowiednie kształcenie i wychowanie oraz przygotowanie do dorosłego życia. Z drugiej strony ma ono wyraźny wymiar materialny, co polega na konieczności zapewnienia dziecku środków do życia i realizacji celów o charakterze osobistym, a w wypadku gdy ma on swój majątek, także na dbałości o jego interes majątkowy. Nakaz ochrony dobra dziecka stanowi podstawową i nadrzędną zasadę polskiego systemu prawa rodzinnego. Innymi słowy, zasada dobra dziecka została uznana za podstawowy element porządku publicznego”⁵⁰. Kierowanie się zasadą „dobra dziecka” stanowi bezwzględny obowiązek prawny, odnoszący się do każdej indywidualnej decyzji stosowania i wykładni prawa⁵¹.

Sąd Najwyższy następująco określił relacje między różnymi, wskazanymi wcześniej, aktami prawnymi uwzględniającymi dobro dziecka: „Preambuła Konwencji (haskiej – E.W.-M.) (...) nadaje pojęciu «interesu dziecka», odpowiadającemu

⁴⁷ Wyroki Trybunału Konstytucyjnego (dalej TK): z 28.04.2003 r., K 18/02, OTK-A 2003/4, poz. 32; z 11.10.2011 r., K 16/10, OTK-A 2011/8, poz. 80; z 21.01.2014 r., SK 5/12, OTK-A 2014/1, poz. 2, uzasadnienie III pkt 5.1.

⁴⁸ Wyrok TK z 28.04.2003 r., K 18/02, OTK-A 2003/4, poz. 32.

⁴⁹ Postanowienie SN z 24.11.2016 r., II CA 1/16, OSNC 2017/7-8, poz. 90.

⁵⁰ Postanowienie SN z 2.06.2021 r., II CSKP 81/21, LEX nr 3219734.

⁵¹ Postanowienie SN z 4.02.2022 r., II CSKP 1199/22, LEX nr 3303537.

funkcjonującemu w krajowym porządku prawnym pojęciu «dobra dziecka», podstawowe znaczenie we wszystkich sprawach dotyczących opieki nad nim. Konwencja o prawach dziecka (...) której postanowienia powinny być uwzględniane przy wykładaniu i stosowaniu Konwencji (haskiej – E.W.-M.) (...) (*vide* postanowienie SN z 16 stycznia 1998 r., II CKN 855/97, OSNC 1998, nr 9, poz. 142) – uznając za sprawę nadrzędną we wszystkich działaniach dotyczących dzieci, podejmowanych przez publiczne lub prywatne instytucje opieki społecznej, sądy, władze administracyjne lub ciała ustawodawcze, najlepsze zabezpieczenie interesów dziecka (art. 3 ust. 1), przyznaje mu rangę dyrektywy generalnej⁵².

W tym samym orzeczeniu Sąd Najwyższy nawiązał do doktrynalnych prób objaśnienia pojęcia „dobra dziecka”: „Niezdefiniowane ustawowo, pojęcie to w nauce prawa rodzinnego rozumiane jest jako postulowana w świetle powszechnie akceptowanej doktryny moralnej i bliżej określona w przepisach prawnych (w tym stanowiącej część krajowego porządku prawnego Konwencji o prawach dziecka) i judykaturze sądowej modelowa sytuacja dziecka. Ten idealizacyjny model zakłada, że dziecko wychowuje się w rodzinie – najlepiej naturalnej – w każdym razie w ustalonej sytuacji prawnorodzinnej, w atmosferze miłości, w warunkach pozwalających zaspokoić rozsądnie pojmowane jego potrzeby i najpełniej rozwijać jego talenty i zdolność samodzielnego, twórczego działania oraz kształtować charakter w duchu określonych ideałów. Istotne jest przy tym jego ukierunkowanie nie tylko na aktualną sytuację dziecka, lecz także na jego przyszłość i tej dalszej perspektywie ideału dojrzałego człowieka powinno być przyznane pierwszeństwo w kolizji z wartościami rozpatrywanymi jedynie z punktu widzenia aktualnych potrzeb dziecka”.

Sąd Najwyższy utożsamia pojęcie „dobra dziecka” w prawie polskim z „interesem dziecka” w aktach prawa konwencyjnego. Wskazał mianowicie, że postanowienia Konwencji haskiej powinny być wykładane i stosowane z uwzględnieniem wiążących Polskę postanowień Konwencji o prawach dziecka, tj. z uwzględnieniem przede wszystkim tych jej postanowień, które wskazują na to, że wartością pierwotną i nadrzędną w każdym postępowaniu dotyczącym dziecka jest „interes dziecka” (art. 3), odpowiadający występującemu w polskim prawie pojęciu „dobra dziecka”⁵³. „Przy stosowaniu Konwencji (haskiej – E.W.-M.) (...) uwzględniać należy postanowienia Konwencji o prawach dziecka (...), formułującej w art. 3 dyrektywę generalną interesu (dobra) dziecka. W sprawach tego rodzaju nie można zatem ograniczyć się do zagadnień formalnych, gdyż – oczywiście nie ujmując należnego im znaczenia – uwzględniać trzeba także, a nawet przede wszystkim, aspekt o charakterze materialnym – Prawa dziecka”⁵⁴. „Wykładni postanowień art. 13 Konwencji (haskiej – E.W.-M.) (...) co do okoliczności uzasadniających odstąpienie od obowiązku wydania dziecka bezprawnie uprowadzonego lub zatrzymanego należy dokonywać uwzględniając

⁵² Postanowienie SN z 1.12.2000 r., V CKN 1747/00, LEX nr 52467.

⁵³ Uchwała składu 7 sędziów SN z 12.06.1992 r., III CZP 48/92, OSNC 1992/10, poz. 179; postanowienia SN: z 16.01.1998 r., II CKN 855/97, OSNC 1998/9, poz. 142; z 20.10.2010 r., III CZP 72/10, OSNC 2011/5, poz. 60.

⁵⁴ Postanowienie SN z 20.01.1999 r., III CKU 45/98, LEX nr 1108440.

generalną dyrektywę «dobra dziecka» w ujęciu Konwencji (...) o prawach dziecka»⁵⁵. W orzeczeniu tym Sąd Najwyższy przyjął, że to, iż osoba odpowiedzialna za zabranie dziecka dobrze, a nawet lepiej niż wnioskodawca, opiekuje się dzieckiem w nowym miejscu, nie może być podstawą do zastosowania art. 13 ust. 1 lit. b Konwencji haskiej.

Z orzecznictwa Sądu Najwyższego wynika także, jak należy postrzegać relacje między przepisami chroniącymi dobro dziecka w Konwencji haskiej i w Konstytucji RP. „Zgodnie z zasadą nadrzędności Konstytucji, wynikającą z art. 8 ust. 1 Konstytucji RP, polski sąd orzekając o wydaniu dziecka w trybie określonym Konwencją haską zobowiązany jest do stosowania prokonstytucyjnej wykładni przepisów konwencji, której moc obowiązująca na terytorium Rzeczypospolitej wynika z Konstytucji, zatem jej stosowanie nie może ograniczać skuteczności unormowań konstytucyjnych. Uwzględniając nadrzędną rolę art. 72 Konstytucji nie sposób aprobować poglądu, jakoby w sprawach dotyczących bezprawnego uprowadzenia dziecka, rozstrzyganych na podstawie Konwencji haskiej pojęcie najlepszego interesu dziecka powinno być rozumiane inaczej niż w przypadku innych postępowań, w tym toczących się w przedmiocie władzy rodzicielskiej i kontaktów z dzieckiem (pogląd taki przyjęto w postanowieniu Sądu Najwyższego z 17 marca 2021 r., I CSKP 38/21). Sąd Najwyższy nader trafnie wskazał bowiem, że preambuła Konwencji haskiej nadaje pojęciu «interesu dziecka», odpowiadającemu funkcjonującemu w krajowym porządku prawnym pojęciu «dobra dziecka», podstawowe znaczenie we wszystkich sprawach dotyczących opieki nad nim oraz że w płaszczyźnie wykładni, pojęcie «interesu dziecka» nie funkcjonuje jako rozumiane dwojako w szerokim lub wąskim zakresie»⁵⁶.

Sąd Najwyższy skonstatował, że „Zasada nadrzędności dobra dziecka jest więc zarazem konstytucyjną, jak i konwencyjną zasadą interpretacyjną wszystkich norm prawnych regulujących sferę praw dziecka. Zasada ta jest przy tym aksjologiczną podstawą dopuszczalności interwencji państwa w stosunki między rodzicami a dziećmi. Polski ustrojodawca w art. 18 i 47 Konstytucji RP chroni rodzinę i szanuje relacje między rodzicami i dziećmi, jednakże w wypadku pojawienia się konfliktu wartości w tych sferach jednoznacznie opowiada się za prymatem dobra dziecka, które w niektórych sytuacjach, zwłaszcza w przypadku konfliktu między rodzicami, może nakazywać ograniczenie praw przysługujących jednemu z rodziców. Tego rodzaju przepisem jest m.in. art. 13 Konwencji haskiej, uprawniający organ orzekający do wydania rozstrzygnięcia o odmowie wydania dziecka. Orzeczenie o wydaniu dziecka może więc zostać wydane wyłącznie po szczegółowym zbadaniu sytuacji dziecka i wykluczeniu sytuacji, w której istniałoby poważne ryzyko, że powrót dziecka naraziłby je na szkodę fizyczną lub psychiczną albo w jakikolwiek inny sposób postawiłby je w sytuacji nie do zniesienia lub wpłynąłby negatywnie na jego warunki rozwojowe. Orzeczenie niespełniające tych warunków narusza art. 72 Konstytucji RP»⁵⁷.

⁵⁵ Postanowienie SN z 31.03.1999 r., I CKN 23/99, OSNC 1999/11, poz. 188. Zob. też E. Holewińska-Lapińska, *Glosa do postanowienia SN z dnia 31 marca 1999 r.*, I CKN 23/99, OSP 2000/2, poz. 23.

⁵⁶ Postanowienie SN z 6.10.2021 r., I NSNc 357/21, OSNKN 2021/4, poz. 33. Zob. postanowienia SN: z 1.12.2000 r., V CKN 1747/00, LEX nr 52467; z 17.03.2021 r., I CSKP 38/21, OSNC 2021/9 poz. 60.

⁵⁷ Postanowienie SN z 6.10.2021 r., I NSNc 357/21, OSNKN 2021/4, poz. 33.

W tym samym orzeczeniu Sąd Najwyższy podkreślił, że „W świetle art. 72 Konstytucji RP nie sposób zredukować dobra dziecka lub jego najlepszego interesu do wymiaru dyrektywy jego «szybkiego powrotu» do miejsca poprzedniego zamieszkania lub do niezakłóconego zamieszkiwania w państwie stałego pobytu, ale koniecznie musi uwzględniać również czynniki o charakterze emocjonalnym, psychologicznym, materialnym i medycznym”. Stwierdził ponadto, że cel Konwencji haskiej polegający na zapewnieniu „niezwłocznego powrotu dzieci bezprawnie zatrzymanych (...) w rzeczywistości operacjonalizuje podstawowe jej założenie, w myśl którego, zapewnienie niezwłocznego powrotu dziecka do miejsca jego stałego pobytu leży w najlepiej pojmowanym interesie dziecka i służy jego dobru. To właśnie dobro dziecka uzasadnia dążenie do niezwłocznego przemieszczenia dziecka do poprzedniego miejsca jego stałego pobytu (*habitual residence*) sprzed jego uprowadzenia lub zatrzymania. Ograniczenie się do mechanicznego przemieszczenia dziecka zakładając, że dyslokacja ta będzie zawsze służyła jego dobru, nie pozwala we właściwy sposób realizować celu konwencji”. „Zasada dobra dziecka określona zarówno w przepisach Konstytucji RP, jak i Konwencji haskiej zalicza się do wiodących zasad polskiego porządku konstytucyjnego i jako taka stanowi istotną składową zasady demokratycznego państwa prawnego”.

Jednocześnie Sąd Najwyższy zauważył, że „Przywrócenie stanu sprzed uprowadzenia lub zatrzymania nie stanowi jednak wartości samej w sobie. Przywrócenie tego stanu służyć ma bowiem ochronie przed szkodliwymi skutkami wynikającymi z bezprawnego uprowadzenia lub zatrzymania. Tym samym, Konwencja ma za zadanie, jako cel nadrzędny służyć dobru dziecka poprzez ochronę przed szkodliwymi skutkami bezprawnego uprowadzenia lub zatrzymania. Chodzi o przeciwdziałanie sytuacji, w której spór między rodzicami prowadzi do przedmiotowego traktowania dzieci i wyrywania ich ze stałego miejsca pobytu pod dyktando partykularnych interesów któregoś z rodziców”.

W orzeczeniu tym SN przypomniał, że w Raporcie wyjaśniającym dotyczącym Konwencji haskiej o uprowadzeniu dziecka z 1980 r., opublikowanym przez Konferencję Haską Międzynarodowego Prawa Prywatnego (HKPPM) w 1982 r.⁵⁸, „przedstawiając «filozofię» Konwencji haskiej wskazano m.in., że «walka z wielkim wzrostem międzynarodowych uprowadzeń dzieci za granicę zawsze musi być inspirowana przez pragnienie, aby ochraniać dzieci i powinna być oparta na identyfikacji ich prawdziwych interesów (...) rzeczywistą ofiarą uprowadzenia dziecka jest samo dziecko, które cierpi z powodu nagłej utraty własnej stabilności, traumatycznej utraty kontaktu z rodzicem, który był odpowiedzialny za jego wychowanie, niepewności i frustracji, które łączą się z koniecznością dostosowania się do obcego języka, nieznanymi warunków kulturowych i nieznanymi nauczycielami i krewnymi» (zob. § 24 Raportu wyjaśniającego)”. Ponadto, jak wskazał Sąd Najwyższy, „w Raporcie podkreślono, że «dwa cele Konwencji – jeden prewencyjny, drugi przewidziany dla zagwarantowania natychmiastowego powrotu dziecka do swojego zwykłego

⁵⁸ *Explanatory Report on the 1980 HCCH Child Abduction Convention*, § 16–25, <https://assets.hcch.net/docs/a5fb103c-2ceb-4d17-87e3-a7528a0d368c.pdf> (dostęp: 19.03.2022 r.).

środowiska – odpowiadają konkretnej koncepcji najlepszego interesu dziecka. (...) Uprowadzenie dziecka może czasem być uzasadnione obiektywnymi przyczynami, które mają związek albo z jego osobą albo ze środowiskiem, z którym wykazuje najściślejszą więź» (zob. § 25 Raportu wyjaśniającego”).

Sąd Najwyższy w innym postanowieniu zwrócił uwagę, że „Przy spełnieniu pozytywnych przesłanek zarządzenia powrotu dziecka zachodzi swoisty automatyzm. Jednakże jest on weryfikowany przesłankami uzasadniającymi odmowę nakazania powrotu dziecka, z jednej strony wymagającymi ścisłej interpretacji, ale z drugiej strony na tyle pojemnymi, że pozwalają one na urzeczywistnienie jednej z podstawowych zasad prawa rodzinnego, a mianowicie dobra dziecka. Oczywiście, aby nie zamazać idei sporządzenia Konwencji haskiej i wprowadzenia jej w życie, ocena ewentualnych podstaw odmowy powrotu dziecka musi być poprzedzona wnikliwym postępowaniem dowodowym, nie wyłączając inicjatywy dowodowej podjętej przez Sądy *meriti* z urzędu, oraz wyczerpaniem wszelkich możliwości sprawdzenia sytuacji dziecka z punktu widzenia jego dobra. Innymi słowy, jeżeli pojawiają się w tym zakresie jakiegokolwiek wątpliwości, to bezwzględnie muszą zostać zweryfikowane. Brak tu miejsca na jakiegokolwiek niejasności wynikające chociażby z faktu niewykazania określonych okoliczności przez uczestnika postępowania. Oczywiście, Sądy nie mają obowiązku prowadzenia w tym zakresie dochodzenia, jak miało to miejsce w czasie obowiązywania zasady prawdy obiektywnej, ale w większym niż zazwyczaj zakresie powinny sięgać do art. 232 zd. 2 k.p.c. w zw. z art. 13 § 2 k.p.c., czego przykładem może być postępowanie Sądu *ad quem*”⁵⁹.

Analiza orzecznictwa Sądu Najwyższego dostarcza licznych kryteriów oceny: „Odmowę nakazania powrotu dziecka uzasadnia tylko taka szkoda fizyczna lub psychiczna, która stawia dziecko w sytuacji nie do zniesienia, przy czym ryzyko takiej szkody, podobnie jak ryzyko powstania innej sytuacji, która byłaby dla dziecka nie do zniesienia, musi być poważne. Niewystarczające są natomiast wszelkie inne uciążliwości i niedogodności”⁶⁰. Jako przykłady sytuacji, w których może zachodzić takie ryzyko, wskazano m.in. przypadki przemocy wobec dziecka lub jego seksualnego wykorzystywania w miejscu stałego pobytu albo patologicznych zachowań na tle uzależnienia lub choroby psychicznej wnioskodawcy⁶¹. Zwrócono m.in. uwagę, że „W praktyce krajowej akcentuje się w tej mierze zwłaszcza poważne ryzyko przemocy względem dziecka, a wyjątkowo również względem rodzica, który dopuścił się bezprawnego zatrzymania lub uprowadzenia dziecka i zamierzałby z nim powrócić, jeżeli kreowałoby to sytuację nie do zniesienia dla dziecka, ryzyka związane ze zdrowiem dziecka z uwagi na niemożność odbycia podróży, niedostępnością w państwie stałego pobytu wymaganej terapii medycznej lub powrotem do regionu konfliktu zbrojnego bądź regionu opanowanego przez głód. Nie uzasadniają natomiast odmowy nakazania powrotu dziecka co do zasady takie okoliczności, jak integracja dziecka w nowym środowisku, pod warunkiem, że wniosek został złożony przed upływem rocznego terminu (art. 12 ust. 1 i 2 Konwencji), skromniejsze warunki bytowe dziecka,

⁵⁹ Postanowienie SN z 17.06.2021 r., I CSKP 360/21, LEX nr 3207947.

⁶⁰ Postanowienie SN z 17.12.2020 r., I CSK 183/20, OSNC 2021/6, poz. 45.

⁶¹ Postanowienie SN z 17.12.2020 r., I CSK 183/20, OSNC 2021/6, poz. 45.

niższy standard opieki zdrowotnej lub niedostateczne kompetencje wychowawcze ze strony rodzica ubiegającego się o powrót dziecka, co podlega ocenie w postępowaniu dotyczącym opieki nad dzieckiem”⁶². „Przyjęte przez Sąd ustalenie, że uczestnik dobrze wywiązuje się ze swoich obowiązków wobec dzieci po ich przywiezieniu do kraju oraz że pomiędzy nim a dziećmi istnieje prawidłowy związek emocjonalny, nie stanowi przesłanki odmowy zarządzania dzieckiem w ujęciu art. 13 Konwencji (haskiej – E.W.-M.) (...). Starania rodzica o dobro dzieci w czasie i miejscu wspólnego z nim pobytu nie mogą stanowić podstawy do usankcjonowania aktu bezprawia, jakim było uprowadzenie dzieci”⁶³.

Sąd Najwyższy podkreślił, że „To, czy rodzic jest w stanie skutecznie wyegzekwować ochronę prawną od państwa stałego pobytu przed aktami przemocy wobec siebie i dzieci oraz czy istnieje związek przyczynowy pomiędzy aktami przemocy a obiektywnie nieprawidłowym czynem wyjazdu albo zatrzymania dzieci przez rodzica w innym państwie jest istotną okolicznością, która powinna być uwzględniana przy wykładni art. 13 akapit 1 lit. b Konwencji haskiej oraz Rozporządzenia Rady (UE) 2019/1111 w sprawie jurysdykcji, uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich i w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej oraz w sprawie uprowadzenia dziecka za granicę (Dz.Urz. UE L 178 z 2.07.2019 r., s. 1)”⁶⁴.

Warto przytoczyć dłuższy *passus* uzasadnienia wyroku, w którym Sąd Najwyższy zwrócił uwagę na konieczność ścisłej wykładni Konwencji haskiej w zakresie wyjątków zezwalających na odmowę wydania dziecka: „Choć nastąpiło bezprawne uprowadzenie dziecka w rozumieniu art. 3 Konwencji, właściwa władza państwa wezwanego może odmówić jego wydania, gdy: 1) osoba sprzeciwiająca się wydaniu wykaże, że wnioskodawca nie wykonywał prawa do opieki w czasie uprowadzenia lub zaakceptował uprowadzenie (art. 13 ust. 1 lit. a); 2) osoba sprzeciwiająca się wydaniu wykaże, że istnieje poważne ryzyko, iż powrót dziecka naraziłby je na szkodę fizyczną lub psychiczną albo w jakikolwiek inny sposób postawiłby je w niekorzystnej sytuacji (art. 13 ust. 1 lit. b); 3) dziecko sprzeciwia się powrotowi, a osiągnięty przez nie wiek i stopień dojrzałości uzasadnia uwzględnienie jego opinii (art. 13 ust. 2); 4) wniosek o wydanie wpłynął do właściwej władzy państwa wezwanego po upływie roku od dnia uprowadzenia, a dziecko przystosowało się już do swego nowego środowiska (art. 12 ust. 2); 5) zwrotowi dziecka sprzeciwiają się podstawowe zasady państwa wezwanego dotyczące ochrony praw człowieka i podstawowych wolności. Kluczowe znaczenie, zarówno w praktyce, jak i w okolicznościach sprawy, ma drugi z wymienionych wyjątków. Jak wynika z publikowanych wypowiedzi informujących o funkcjonowaniu Konwencji, po odnotowywanych początkowo orzeczeniach, zwłaszcza sądów niższych instancji, potwierdzających obawy twórców Konwencji co do możliwości rozszerzającego stosowania art. 13 ust. 1 lit. b,

⁶² Postanowienie SN z 17.12.2020 r., I CSK 183/20, OSNC 2021/6, poz. 45.

⁶³ Postanowienie SN z 19.12.2000 r., III CKN 1254/00, LEX nr 51867.

⁶⁴ Postanowienie SN z 14.04.2021 r., I NSNc 36/21, OSNKN 2021/3, poz. 22. Na temat przepisów dotyczących jurysdykcji, uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach uprowadzenia dziecka za granicę zob. np. K. Bagan-Kurluta, *Dobro dziecka w sprawach o uprowadzenie dziecka za granicę. Zmiany w prawie i ich spodziewane skutki*, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2019/25, s. 5–25; J. Pawliczak, *Zmiana unijnych przepisów o uprowadzeniu dziecka za granicę*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2021/2, s. 25–32.

ostatecznie w orzecznictwie państw będących stronami Konwencji zdecydowanie górę wzięła restryktywna wykładnia tego przepisu, odpowiadająca zamierzeniom twórców Konwencji⁶⁵.

W orzeczeniu tym SN zauważył, że „W wypowiedziach reprezentatywnych dla tego kierunku wykładni (z polskiego orzecznictwa zob. w szczególności postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 października 1998 r., I CKN 745/98, nie publ.) podnosi się, że art. 13 ust. 1 lit. b Konwencji ma na względzie jedynie «poważne ryzyko» szkód fizycznych lub psychicznych, na jakie mógłby narazić dziecko jego powrót do miejsca stałego pobytu; konsekwentnie, równie poważne muszą być inne niekorzystne dla dziecka sytuacje, zrównane w tym przepisie z wzmiankowanymi szkodami. Wszelkie inne uciążliwości i niedogodności nie wystarczają. Często podkreśla się, że Konwencja straciłaby w ogóle swe znaczenie, gdyby art. 13 ust. 1 lit. b nie był interpretowany ściśle. Nawiązując do powyższych uwag, wskazuje się przykładowo, że art. 13 ust. 1 lit. b Konwencji odnosi się do przypadków, w których istnieje groźba stosowania przemocy wobec dziecka lub jego seksualnego wykorzystania przez wnioskodawcę, albo gdy wnioskodawca jest alkoholikiem, narkomanem, bądź uchyla się od pracy zarobkowej. Natomiast zasadniczo nie usprawiedliwiają zastosowania rozpatrywanego przepisu, często podnoszone przez sprawców uprowadzenia, niekorzystne dla dziecka konsekwencje jego oddzielenia w następstwie nakazania wydania od sprawcy. Konwencja skierowana jest – z przyczyn, o których była mowa – na zapewnienie powrotu dziecka bezprawnie uprowadzonego. Zrozumiałe, że realizacja tego celu łączy się dla dziecka na ogół z różnego rodzaju niedogodnościami i ujemnymi przeżyciami. Są one jednak nieuniknione dla urzeczywistnienia wspomnianego celu, służącego dobru dziecka. Przy tym nakazanie wydania dziecka nie zakłada jego oddzielenia od sprawcy uprowadzenia. Orzeczenie tej treści ma bowiem jedynie przywrócić stan sprzed uprowadzenia, nie łączy się natomiast z rozstrzygnięciem w przedmiocie opieki nad dzieckiem; może ono zapaść dopiero później i dopiero z niego może wynikać «gdzie i z kim dziecko pozostanie». Cel Konwencji będzie zatem osiągnięty także w razie powrotu sprawcy razem z dzieckiem. Jeżeli wspólny powrót sprawcy z dzieckiem nie napotyka obiektywnych przeszkód, a sprawca nie chce wrócić razem z dzieckiem, można przyjąć, że stawia on swoje własne interesy wyżej niż dobro dziecka, na które się powołuje, a któremu przede wszystkim on sam zagroził, dokonując uprowadzenia. Dlatego pogląd o niemożności uwzględniania w ramach rozpatrywanego przepisu niekorzystnych dla dziecka konsekwencji jego oddzielenia od sprawcy w następstwie nakazania wydania zyskał szczególnie szeroką akceptację w odniesieniu do sytuacji, w których powrót sprawcy z dzieckiem nie napotyka obiektywnych przeszkód. Za taką obiektywną przeszkodę nie uważa się w szczególności obawy sprawcy uprowadzenia, że poniesie on z tego tytułu po powrocie odpowiedzialność karną, dokonując bowiem uprowadzenia powinien był liczyć się z jego następstwami”.

Należy zgodzić się z argumentacją Sądu Najwyższego, że „sytuacja jest bardziej złożona w wypadkach uprowadzeń małych dzieci przez osobę dominującą w ich

⁶⁵ Postanowienie SN z 1.12.1999 r., I CKN 992/99, OSNC 2000/6, poz. 111.

dotychczasowym życiu (na ogół matkę). Należy tu przede wszystkim przytoczyć stanowisko kwestionujące podstawy do specjalnego traktowania tych wypadków z punktu widzenia stosowania art. 13 ust. 1 lit. b Konwencji. Przede wszystkim podnosi się, że Konwencja operuje tylko jedną granicą wieku dzieci, a mianowicie górną, wynoszącą 16 lat, warunkującą stosowanie postanowień tej konwencji. Ponadto wskazuje się, że typowe ryzyko szkód, jakie w rozpatrywanej grupie wypadków mogłoby się łączyć z wydaniem dziecka, Konwencja eliminuje za pomocą innych uregulowań. Zgodnie z art. 13 ust. 1 lit. a Konwencji, a w istocie już z uwagi na jej art. 3 lit. b, obowiązek wydania dziecka odpada, w razie wykazania przez osobę sprzeciwiającą się wydaniu, że wnioskodawca faktycznie nie wykonywał prawa do opieki w czasie uprowadzenia. Uregulowaniem tym objęte są w szczególności takie sytuacje, w których matka będąca sprawcą uprowadzenia była w rzeczywistości jedyną osobą wykonującą prawo do opieki. Z kolei art. 12 ust. 2 Konwencji pozwala uwzględnić przy spełnieniu innych przewidzianych w nim przesłanek, szczególnie aktualny w wypadku małych dzieci, fakt przystosowania się do nowego środowiska. Według zatem przedstawianego stanowiska, konsekwencje grożące małemu dziecku w następstwie nakazania powrotu z powodu oddzielenia go od dominującej w jego dotychczasowym życiu matki, która dokonała uprowadzenia, nie uzasadniają oddalenia wniosku na podstawie art. 13 ust. 1 lit. b Konwencji – tak samo jak w innych wypadkach. Jest tak w szczególności wtedy, gdy nie zachodzą obiektywne przeszkody do powrotu matki razem z dzieckiem. Stanowisko to jednak – jak się trafnie podnosi – trudno zaakceptować wobec niemowląt uprowadzonych przez matkę. Szczególne relacje zachodzące między matką a niemowlęciem sprawiają, że jedynie w zupełnie wyjątkowych przypadkach można zaaprobować oddzielenie dziecka od matki. Tej oceny nie zmienia okoliczność, że w danym wypadku powrót matki z dzieckiem nie napotyka obiektywnych przeszkód i nie chce mu ona towarzyszyć wyłącznie dlatego, że wyżej przedkłada własny interes nad dobro dziecka. Jednakże matki nie można zmusić do tego, by wróciła razem z dzieckiem, a bez niej rozwój niemowlęcia może być poważnie zakłócony. Jakkolwiek zatem ocenia się przyczyny odmowy powrotu matki z uprowadzonym niemowlęciem, dobro niemowlęcia sprzeciwia się nakazaniu jego powrotu, prowadzącego do oddzielenia go od matki z wskazanymi wyżej konsekwencjami; w takim razie wniosek winien być oddalony na podstawie art. 13 ust. 1 lit. b Konwencji⁶⁶.

W innym orzeczeniu Sąd Najwyższy orzekł, że „Celem art. 13 ust. 1 lit. b. Konwencji dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę (...) jest zabezpieczenie dobra dziecka przed obiektywnie występującym niebezpieczeństwem, niezależnie od jego natury i źródła. Do czynników unormowanych w ww. przepisie zaliczone zostały również np. ryzyka związane ze zdrowiem dziecka z uwagi na niemożność odbycia podróży, z niedostępnością w państwie stałego pobytu wymaganej terapii medycznej lub powrotem do regionu konfliktu zbrojnego bądź regionu opanowanego przez głód”⁶⁷.

⁶⁶ Postanowienie SN z 1.12.1999 r., I CKN 992/99, OSNC 2000/6, poz. 111.

⁶⁷ Postanowienie SN z 22.10.2021 r., I CSKP 511/21, LEX nr 3258741.

Sąd Najwyższy, podobnie jak ETPC, wypracował standard, że odmowę nakazania powrotu dziecka uzasadnia tylko taka szkoda fizyczna lub psychiczna, która stawia dziecko w sytuacji nie do zniesienia, przy czym ryzyko takiej szkody, podobnie jak ryzyko powstania innej sytuacji, która byłaby dla dziecka nie do zniesienia, musi być realne i poważne. Niewystarczające są natomiast wszelkie inne uciążliwości i niedogodności związane z nieuniknioną niepewnością i lękiem, które następują po niechcianym powrocie na obszar jurysdykcji sądu stałego miejsca pobytu dziecka⁶⁸. Wspiera to wykładnię, że wyjątki przewidziane w Konwencji haskiej powinny być rozumiane wąsko⁶⁹.

5. Podsumowanie

Analiza przepisów prawa konwencyjnego i polskiego, poglądów doktryny oraz orzecznictwa ETPC, Trybunału Konstytucyjnego i Sądu Najwyższego pozwala na sformułowanie kilku wniosków.

Zasada „dobra dziecka”, która znajduje podstawę prawną w Konstytucji RP i przenika całe prawo rodzinne, może być utożsamiana z kategorią „interesu dziecka” silnie akcentowanego w preambule Konwencji haskiej. Dobro dziecka nie stanowi samodzielnej przesłanki decydującej o rozstrzygnięciu przez sąd w przedmiocie wydania dziecka uprowadzonego za granicę. Powinno jednak być uwzględniane przy ocenie, czy zachodzą przesłanki odmowy wydania dziecka uprowadzonego na podstawie art. 13 ust. 1 lit. b Konwencji haskiej. Przepis ten należy wyklądać wąsko, co nie znaczy, że z wykluczeniem ogólnej zasady dobra dziecka. Bogate orzecznictwo dostarcza licznych kryteriów oceny sytuacji dziecka przez pryzmat jego dobra i świadczy o tym, że sądy nie orzekają o wydaniu dziecka automatycznie. Coraz bardziej skłonne są odmawiać wydawania dzieci, sięgając właśnie do argumentacji opartej na dobru dziecka. Zasada dobra dziecka wynikająca z art. 72 Konstytucji RP – jako zasada o najwyższej pozycji w hierarchii źródeł prawa RP, obecna także w art. 13 ust. 1 lit. b Konwencji haskiej – jest w szczególności powoływana przez Sąd Najwyższy jako uzasadnienie uwzględniania skarg nadzwyczajnych od postanowień w sprawie wniosków o wydanie dziecka⁷⁰. Zasada ta, częstokroć stosowana ze wszech miar słusznie, nie może być jednak nadużywana i prowadzić do odwrócenia celu konwencji, która dopuszcza odmowę wydania dziecka tylko na zasadzie wyjątku.

⁶⁸ Por. m.in. postanowienia SN: z 1.12.1999 r., I CKN 992/99, OSNC 2000/6, poz. 111; z 26.09.2000 r., I CKN 776/00, OSNC 2001/3, poz. 38; z 1.12.2000 r., V CKN 1747/00, LEX nr 52467; z 17.12.2020 r., I CSK 183/20, OSNC 2021/6, poz. 45; z 17.03.2021 r., I CSKP 38/21, OSNC 2021/9, poz. 60; z 28.04.2021 r., I CSKP 109/21, LEX nr 3174415; J. Wierciński, *Zakres...*

⁶⁹ Zob. postanowienia SN: z 1.12.2000 r., V CKN 1747/00, LEX nr 52467; z 1.12.1999 r., I CKN 992/99, OSNC 2000/6, poz. 111; z 7.10.1998 r., I CKN 745/98, LEX nr 55398; z 17.03.2021 r., I CSKP 38/21, OSNC 2021/9, poz. 60.

⁷⁰ Postanowienia SN: z 14.04.2021 r., I NSNc 36/21, OSNKN 2021/3, poz. 22; z 6.10.2021 r., I NSNc 357/21, OSNKN 2021/4, poz. 33; z 15.12.2021 r., I NSNc 277/21, LEX nr 3273454.

Bibliografia

1. Arczewska M., *Dobro dziecka jako przedmiot troski społecznej*, Warszawa 2017.
2. Bagan-Kurluta K., *Dobro dziecka w sprawach o uprowadzenie dziecka za granicę. Zmiany w prawie i ich spodziewane skutki*, *Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego* 2019, t. 25.
3. Balcerek M., *Międzynarodowa ochrona dziecka*, Warszawa 1988.
4. Balcerek M., *Prawa dziecka*, Warszawa 1986.
5. Banaszak B., Jabłoński M. [w:] *Konstytucje Rzeczypospolitej Polskiej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku*, red. J. Boć, Wrocław 1999.
6. Białecki M., *Przebieg postępowania w sprawach o wydanie dziecka w trybie Konwencji dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę sporządzonej w Hadze 25.10.1980 r. przed sądem I instancji*, *Prawo w Działaniu* 2021, t. 46.
7. Biedrzycka I., *Dobro dziecka w świetle konwencji haskiej dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę*, *Kortowski Przegląd Prawniczy* 2012, nr 1.
8. Bieszczad M., *Dobro dziecka jako klauzula generalna – ustalenie znaczenia pojęcia dobra dziecka w XXI w.*, *Monitor Prawniczy* 2019, nr 17.
9. Borysiak W., *Komentarz do art. 72 [w:] Konstytucja RP. Tom I. Komentarz. Art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016.
10. Ciszewski J., *Konwencja dotycząca cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę*, *Przegląd Sądowy* 1994, nr 2.
11. Dobiejewska E., *Spór o rodzicielskie uprowadzenie dziecka za granicę [w:] Z problematyki wiktymologii. Księga dedykowana Profesor Ewie Bieńkowskiej*, red. L. Mazowiecka, W. Klaus, A. Tarwacka, Warszawa 2017.
12. Dobrowolski M., *Status prawny rodziny w świetle nowej Konstytucji RP*, *Przegląd Sądowy* 1999, nr 4.
13. Gajda J., *Przesłanka dobra dziecka przy ustalaniu jego pochodzenia*, *Rodzina i Prawo* 2006, nr 1.
14. Gałka K., *Glosa do wyroku ETPC z 26.11.2013 r., 27853/09, X przeciwko Łotwie*, LEX/el. 2014.
15. Gluza P. [w:] *Dziecko w rozstaniu rodziców*, P. Gluza, Z. Kołakowska-Halbersztadt, M. Tański, Warszawa 2013.
16. Górski M., *Glosa do wyroku ETPC z 1 marca 2016 r., 30813/14, K.J. przeciwko Polsce*, LEX/el. 2016.
17. Holewińska-Łapińska E., *Glosa do postanowienia SN z dnia 31 marca 1999 r., I CKN 23/99*, OSP 2000, nr 2, poz. 23.
18. Holewińska-Łapińska E., *Konwencja haska o uprowadzeniu dziecka za granicę*, *Problemy Opiekuńczo-Wychowawcze* 1999, nr 10.
19. Holewińska-Łapińska E., *Ocena realizacji zasady ochrony dobra dziecka w praktyce orzekania separacji z zastosowaniem „modeli Stojanowskiej” [w:] W trosce o rodzinę. Księga pamiątkowa ku czci Profesor Wandy Stojanowskiej*, red. M. Kosek, J. Słyk, Warszawa 2008.
20. Ignaczewski J., *Pochodzenie dziecka i władza rodzicielska po nowelizacji. Art. 61[9]–113[6] KRO. Komentarz*, Warszawa 2009.

21. Jastrzemska S., *Konwencja haska dotycząca cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę – jeden z najbardziej skutecznych instrumentów prawa rodzinnego*, Rodzina i Prawo 2014, nr 29.
22. Jaształ A., *Ochrona dziecka przed nielegalnym transferem w świetle konwencji haskiej dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę z 25 października 1980 r. – doświadczenia Rzecznika Praw Dziecka* [w:] *Konwencja o prawach dziecka. Wybór zagadnień (artykuły)*, red. S.L. Stadniczenko, Warszawa 2015.
23. Kędziora P., *Dobro dziecka jako podstawowa wartość prawa rodzinnego – rozważania na tle praktyki orzeczniczej sądów powszechnych* [w:] *Problemy małżeństwa i rodziny w prawodawstwie polskim, międzynarodowym i kanonicznym*, red. R. Sztymmler, J. Krzywkowska, M. Paszkowski, Kortowski Przegląd Prawniczy Monografie (KPP Monografie) 2017.
24. Kluza J., *Nowelizacja krajowych przepisów dotyczących wykonywania Konwencji haskiej*, Ius Novum 2020, nr 3.
25. Kołodziejski S., *Dobro wspólnych małoletnich dzieci – jako przesłanka odmowy orzeczenia rozvodu*, Palestra 1965, nr 9.
26. Krakowiak P., *Odmowa wydania dziecka a dobro dziecka. Kilka uwag na gruncie art. 12 i 13 Konwencji haskiej z 1980 r.* [w:] *Dobro dziecka w ujęciu interdyscyplinarnym*, red. E. Kabza, A. Krupa-Lipińska, Toruń 2016.
27. Króliński P., „Poważne ryzyko” w rozumieniu art. 13 lit. b Konwencji haskiej. Analiza orzecznictwa sądów Ameryki Łacińskiej, Zeszyty Prawnicze UKSW 2021, t. 21, nr 1.
28. Kulas M., *Praktyka stosowania Konwencji haskiej dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę*, Palestra 2009, nr 5–6 (cz. 1) i nr 7–8 (cz. 2).
29. Kuziak L. [w:] *Władza rodzicielska i kontakty z dzieckiem*, A. Bodnar, A. Gójska, J. Ignaczewski, L. Kuziak, A. Śledzińska-Simon, R. Zegadło, Warszawa 2019.
30. Kuziak L., *Konwencja haska dotycząca cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę i postępowanie w sprawach o powrót dziecka w Polsce*, Rodzina i Prawo 2007, nr 5.
31. Kuziak L., *Praktyka stosowania Konwencji haskiej dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę*, Biuletyn Informacyjny Rzecznika Praw Dziecka 2009, nr 1–2.
32. Kuziak L., *Uprowadzenie dziecka za granicę* [w:] *Władza rodzicielska i kontakty z dzieckiem*, red. J. Ignaczewski, Warszawa 2015.
33. Łakoma S., *Pojęcie, priorytet i treść dobra dziecka*, Studia Prawno-Ekonomiczne 2004, nr 69.
34. Łapiński A., *Ograniczenia władzy rodzicielskiej*, Warszawa 1975.
35. Łukasiewicz R., *Dobro dziecka a interesy innych podmiotów w polskiej regulacji prawnej przysposobienia*, Warszawa 2019.
36. Marciniak J., *Treść i sprawowanie opieki nad małoletnim*, Warszawa 1975.
37. Olejniczak A., *Materialnoprawne przesłanki udzielenia rozvodu*, Poznań 1980.
38. Pawliczak J., *Zmiana unijnych przepisów o uprowadzeniu dziecka za granicę*, Europejski Przegląd Sądowy 2021, nr 2.

39. Radwan M., *Wybrane zagadnienia postępowania wywołanego przez bezprawne uprowadzenie lub zatrzymanie dziecka w innym państwie członkowskim*, Europejski Przegląd Sądowy 2011, nr 2.
40. Radwański Z., *Dobro dziecka* [w:] *Konwencja o prawach dziecka a prawo polskie*, red. A. Łopatka, Warszawa 1991.
41. Radwański Z., *Pojęcie i funkcja „dobra dziecka” w polskim prawie rodzinnym i opiekuńczym*, *Studia Cywilistyczne* 1981, t. XXXI.
42. Rubiszewska K., *Urowadzenie rodzicielskie w świetle Konwencji haskiej*, *Temidium* 2017, nr 1.
43. Rzewuski M., *Dobro dziecka na tle spraw sądowych o powierzenie sprawowania pieczy zastępczej nad małoletnim* [w:] *Prawo w służbie małżeństwu i rodzinie*, red. M. Różański, J. Krzywkowska, M. Rzewuska, Olsztyn 2018.
44. Skierkowska W., *Urowadzenie dziecka za granicę (na podstawie akt sądowych)*, *Jurysta* 1999, nr 4.
45. Smoczyński T. [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 11. *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. T. Smoczyński, Warszawa 2014.
46. Smoczyński T., Andrzejewski M., *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2020.
47. Sokołowski T., *Skutki prawne rozvodu*, Poznań 1996.
48. Sokołowski T., Stojanowska W. [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 11. *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. T. Smoczyński, Warszawa 2014.
49. Sokołowski T., *Władza rodzicielska nad dorastającym dzieckiem*, Poznań 1987.
50. Stojanowska W., *Dobro dziecka jako instrument wykładni norm konwencji o prawach dziecka oraz prawa polskiego i jako dyrektywa jego stosowania* [w:] *Konwencja o prawach dziecka. Analiza i wykładnia*, red. T. Smoczyński, Poznań 1999.
51. Stojanowska W., *Ochrona dziecka przed negatywnymi skutkami konfliktu między jego rodzicami*, Warszawa 1997.
52. Stojanowska W., *Rozwód a dobro dziecka*, Warszawa 1979.
53. Stojanowska W., *Władza rodzicielska pozamatżeńskiego i rozwiedzionego ojca. Studium socjologiczno-prawne*, Warszawa 2000.
54. Strzembosz A., *System sądowych środków ochrony dzieci przed niedostosowaniem społecznym*, Lublin 1985.
55. Świerczyński T., *Podstawowe zagadnienia Konwencji haskiej o cywilnych aspektach uprowadzenia dziecka za granicę*, *Transformacje Prawa Prywatnego* 2000, nr 1–2.
56. Walaszek B., *Dobro dziecka jako przesłanka niektórych uregulowań kodeksu rodzinnego i opiekuńczego PRL*, *Studia Prawnicze* 1970, z. 26–27.
57. Wąworek R., *Stosowanie przez sądy rodzinne konwencji haskiej dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę*, *LEX/el.* 2017.
58. Wierciński J., *Cywilne aspekty uprowadzenia dziecka za granicę w Unii Europejskiej*, *Zeszyty Prawnicze* 2021, t. 21, nr 3.
59. Wierciński J., *Poważne ryzyko szkody fizycznej lub psychicznej i sytuacja nie do zniesienia. Cywilnoprawne aspekty uprowadzenia dziecka za granicę*, *Studia Prawa Prywatnego* 2010, nr 3.

60. Wierciński J., *Zakres badania zarzutu poważnego ryzyka szkody w sprawie o nakazanie powrotu dziecka uprowadzonego za granicę. Głosa do postanowienia SN z dnia 28 kwietnia 2021 r., I CSKP 109/21, OSP 2022, nr 2, poz. 12.*
61. Winiarz J., Gajda J., *Prawo rodzinne*, Warszawa 2001.
62. Zembrzusi T., *Zmiana postanowienia o zarządzeniu powrotu dziecka wydanego na podstawie przepisów Konwencji haskiej*, *Monitor Prawniczy* 2018, nr 7.
63. Zieliński A., *Prawo rodzinne i opiekuńcze w zarysie*, Warszawa 2011.

Wanda Stojanowska, Mirosław Kosek

Rola i zadania organów pomocniczych sądu rodzinnego

*The role and tasks of auxiliary organs of a family court***Abstract**

The subject of the considerations contained in the article are the auxiliary bodies of the family court: family probation officers and opinion-giving teams of court specialists. The discussed institutions were shown in the perspective of the dynamically changing social reality and the situation of the family, emphasizing their importance in the context of the tasks of the justice system carried out by the family judiciary.

The authors of the paper positively evaluate the postulated changes in the status of family probation officers as the body of executive proceedings, with the specification of its tasks. They consider the postulates of probation officers regarding the creation of more appropriate organizational conditions in order to focus on the more effective implementation of their respective tasks as accurate and worthy of support. In the context of individual tasks of family probation officers, it is necessary to emphasize, according to the authors of the article, the importance of evidence from the community interview. The postulate of a more complete use of this evidence in divorce cases was formulated years ago by the co-author of this study - as a result of her research - and still remains valid. In the opinion of the authors of the article, the changes concerning opinion-making teams of forensic specialists should also be assessed positively, including in particular those related to the standards of issuing opinions and the practice developed in this area.

Keywords: family probation officer, family diagnostic and consultation centers, consultative teams of court specialists

Prof. dr hab. Wanda Stojanowska jest profesorem zwyczajnym na Wydziale Prawa i Administracji w Katedrze Prawa Rodzinnego i Prawa Nieletnich Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Polska, ORCID: 0000-0002-5519-0329, e-mail: w.stojanowska@uksw.edu.pl

Dr hab. Mirosław Kosek jest profesorem na Wydziale Prawa i Administracji w Katedrze Prawa Rodzinnego i Prawa Nieletnich Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Polska, ORCID: 0000-0002-1915-3555, e-mail: m.kosek@uksw.edu.pl

Data zgłoszenia tekstu przez autorów: 16.11.2021 r. data zaakceptowania do publikacji: 22.12.2021 r.

Streszczenie

Przedmiotem rozważań zawartych w artykule są organy pomocnicze sądu rodzinnego: kuratorzy rodzinni oraz opiniodawcze zespoły sądowych specjalistów. Omawiane instytucje ukazano w perspektywie dynamicznie zmieniającej się rzeczywistości społecznej oraz sytuacji rodziny, podkreślając ich znaczenie w kontekście zadań wymiaru sprawiedliwości, realizowanych przez sądownictwo rodzinne.

Autorzy pozytywnie oceniają postulowane zmiany w zakresie statusu kuratorów rodzinnych jako organu postępowania wykonawczego, z doprecyzowaniem jego zadań. Uznają za trafne i godne poparcia postulaty płynące ze środowiska kuratorów dotyczące stworzenia bardziej odpowiednich warunków organizacyjnych w celu skoncentrowania się na efektywniejszej realizacji właściwych im zadań. W kontekście poszczególnych zadań kuratorów rodzinnych podkreślenia wymaga, zdaniem autorów artykułu, znaczenie dowodu z wywiadu środowiskowego. Postulat pełniejszego wykorzystania tego środka dowodowego w odniesieniu do spraw rozwodowych sformułowany został przed laty przez współautorkę niniejszego opracowania – w wyniku prowadzonych przez nią badań – i nadal zachowuje swą aktualność.

Również pozytywnie należy ocenić, zdaniem autorów artykułu, zmiany dotyczące opiniodawczych zespołów sądowych specjalistów, w tym zwłaszcza związane ze standardami opiniowania i z wypracowaną w tym zakresie praktyką.

Słowa kluczowe: kurator rodzinny, rodzinne ośrodki diagnostyczno-konsultacyjne, opiniodawcze zespoły sądowych specjalistów

Sędzia dla nieletnich bez służby pomocniczej
jest sędzią „sparalizowanym” i więcej jest warta
służba pomocnicza bez sądu niż odwrotnie.

Marc Ancel¹

1. Uwagi wprowadzające

Przywołany wyżej – jako motto – fragment wypowiedzi jednego z sędziów, autora książki *„Le juge du divorce – Étude de politique judiciaire comparée”*, dobitnie wskazuje na ścisłe powiązanie sądu rodzinnego i jego organów pomocniczych, a w szczególności ich ważną rolę w funkcjonowaniu wymiaru sprawiedliwości. Powiązanie to ma znaczenie nie tylko w zakresie prawidłowego (i efektywnego) wykonania orzeczenia sądu, ale także – w wielu przypadkach – z uwagi na trafność rozstrzygnięcia zawartego w tym orzeczeniu, które opiera się na ustaleniach i informacjach pozyskanych przez organy pomocnicze sądu.

Celem niniejszego artykułu jest ukazanie społecznej roli oraz zadań organów pomocniczych sądu rodzinnego, w szczególności rodzinnych kuratorów sądowych i opiniodawczych zespołów sądowych specjalistów oraz ich ewolucji w perspektywie dynamicznie zmieniającej się rzeczywistości społecznej i sytuacji rodziny².

2. Kurator rodzinny

2.1. Rys historyczny

W 2019 r. minęła setna rocznica powołania kurateli sądowej w Polsce. Instytucja ta, o trudnym do przecenienia znaczeniu społecznym, ma swe korzenie w instytucji stałych opiekunów sądowych, powołanych Dekretem Naczelnika Państwa z 7.02.1919 r. w przedmiocie utworzenia sądów dla nieletnich³. O owym znaczeniu społecznym tej instytucji, już w momencie powołania, wymownie świadczy zakres obowiązków, wyznaczony rozporządzeniem Ministra Sprawiedliwości z 26.07.1919 r.⁴ Zgodnie z art. 3 przedmiotowego rozporządzenia: „Opiekunowie sądowi będą podlegali dyrektywie sędziego według wydanej instrukcji, jako jego pomocnicy w zbieraniu informacji o nieletnich, zajmą się w wypadkach przez sędziego wskazanych opieką nad nieletnim, niepozostającym pod dozorem rodzicielskim, lub gdy dozór rodzicielski wymaga jeszcze dodatkowej kontroli odpowiedzialnej, oraz będą mieli nadzór nad nieletnimi, skazanymi na karę, a korzystającymi z prawa zawieszenia

¹ M. Ancel, *Le juge du divorce – Étude de politique judiciaire comparée*, Centre Français de Droit Comparé, 1977, s. 30 (tłumaczenie cytatu – W.S.).

² Niniejszy artykuł to zmodyfikowana wersja referatu wygłoszonego w ramach IV Ogólnopolskiego Seminarium Prawa Rodzinnego „Sądownictwo rodzinne. Idea – praktyka – wyzwania”, które odbyło się w Warszawie w grudniu 2019 r. Artykuł nie był dotychczas publikowany.

³ Dz.Pr.P.P. z 1919 r. Nr 14, poz. 171. Zgodnie z art. 2 dekretu: „Przy sądach dla nieletnich powstają urzędy stałych opiekunów sądowych, mianowanych przez sędziego z pośród osób obojga płci, szczególnie kwalifikujących się do sprawowania nadzoru nad nieletnimi”.

⁴ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości w przedmiocie urzędzenia sądów dla nieletnich (Dz.Pr.P.P. z 1919 r. Nr 63, poz. 378 ze zm.).

kary”. Wspomniane w treści cytowanego przepisu „zbieranie informacji o nieletnich” obejmowało informacje „co do osoby nieletniego, otoczenia jego, stanu umysłowego i moralnego oraz wpływów i warunków ekonomicznych, w jakich nieletni żyje” (art. 5 lit. b rozporządzenia). Ponadto omawiane rozporządzenie umożliwiało zatrzymanie nieletniego w izbie zatrzymań pod dozorem opiekuna sądowego (art. 5 lit. c rozporządzenia). Opiekun ten mógł także uczestniczyć w przesłuchaniu rodziców nieletniego lub opiekunów prawnych, wezwanych w tym celu przed wyznaczeniem terminu rozprawy (art. 5 lit. d rozporządzenia).

Gdy przełożą się opisane powyżej obowiązki na język współczesnych instrumentów prawnych, należy stwierdzić, że zadaniem stałych opiekunów sądowych było: przeprowadzanie wywiadów środowiskowych, nadzór nad nieletnim przebywającym w rodzinie zastępczej lub placówce opiekuńczo-wychowawczej, nadzór nad nieletnim z tytułu zawieszenia kary oraz udział w wysłuchaniu nieletniego i jego opiekunów⁵. Jak widać, podstawowe zadania dawnych opiekunów sądowych także dzisiaj stanowią istotny obszar zadań kuratorów. Nie oznacza to oczywiście, że w zakresie zadań i kompetencji można postawić znak równości między współczesnym kuratorem a dawnym opiekunem sądowym. Ewolucja omawianej instytucji, będąca także (w dużej części) wynikiem zmian w strukturze społecznej oraz w kondycji rodziny, spowodowała znaczne poszerzenie zadań kuratorów.

2.2. Zadania kuratora rodzinnego *de lege lata*

Zakres zadań kuratorów rodzinnych kształtowany jest *de lege lata* przez kilka aktów prawnych. Stanowią je – poza tzw. ustawą ustrojową (ustawa z 27.07.2001 r. o kuratorach sądowych⁶) – m.in.: Kodeks rodzinny i opiekuńczy⁷, Kodeks postępowania cywilnego⁸, ustawa o ustroju sądów powszechnych⁹, ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich¹⁰, ustawa o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi¹¹ wraz ze stosownymi rozporządzeniami¹². Zakres zadań wynikający ze wskazanych aktów prawnych obejmuje m.in.:¹³

⁵Szerzej na ten temat por. K. Stasiak, *Ewolucja systemu kurateli sądowej w Polsce w latach 1919–2009 – kamienie milowe* [w:] *Dziewięćdziesięciolecie kurateli sądowej w Polsce. Historia – Teraźniejszość – Przyszłość. Materiały z I Kongresu Kuratorskiego*, red. K. Stasiak, Ł. Wirkus, P. Kozłowski, T. Jedynek, Kraków 2010, s. 45 i n.

⁶Tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 167.

⁷Ustawa z 25.02.1964 – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1359) – dalej k.r.o.

⁸Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 1805 ze zm.) – dalej k.p.c.

⁹Ustawa z 27.07.2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 2072 ze zm.).

¹⁰Ustawa z 26.10.1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich (tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r. poz. 969) – dalej u.p.n.

¹¹Ustawa z 26.10.1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 1119 ze zm.).

¹²Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 12.06.2003 r. w sprawie szczegółowego sposobu wykonywania uprawnień i obowiązków kuratorów sądowych (tekst jedn.: Dz.U. z 2014 r. poz. 989); rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 16.08.2001 r. w sprawie szczegółowych zasad i trybu przeprowadzania wywiadów środowiskowych o nieletnich (Dz.U. z 2001 r. Nr 90, poz. 1010).

¹³Szerzej na ten temat por. H. Haak, *Zadania kuratorów rodzinnych* [w:] *Zarys metodyki pracy kuratora sądowego*, red. K. Stasiak, Warszawa 2018, s. 664 i n.; por. także K. Stasiak, *Ustawa o kuratorach sądowych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 129 i n.

a) **przeprowadzanie wywiadu środowiskowego w sprawach:**

- o rozwód lub separację (art. 434 k.p.c. w zw. z art. 56 i 58 k.r.o.),
- o zezwolenie na zawarcie małżeństwa (art. 561¹ k.p.c. w zw. z art. 10, 12 i 14 k.r.o.),
- o rozstrzygnięcie w istotnych sprawach rodziny w braku porozumienia między małżonkami (art. 565¹ k.p.c. w zw. z art. 24 k.r.o.),
- o udzielenie zezwolenia na dokonanie czynności, do której potrzebna jest zgoda drugiego małżonka lub której drugi małżonek się sprzeciwił (art. 565¹ k.p.c. w zw. z art. 39 k.r.o.),
- o wydanie nakazu, aby wynagrodzenie za pracę albo inne należności przypadające jednemu małżonkowi były w całości lub części wypłacane do rąk drugiego małżonka (art. 565¹ k.p.c. w zw. z art. 28 k.r.o.),
- nieletnich (art. 24 u.p.n.) – „W celu ustalenia danych dotyczących nieletniego i jego środowiska, a w szczególności dotyczących zachowania się i warunków wychowawczych nieletniego, sytuacji bytowej rodziny, przebiegu nauki nieletniego i sposobu spędzania czasu wolnego, jego kontaktów środowiskowych, stosunku do niego rodziców albo opiekuna, podejmowanych oddziaływań wychowawczych, stanu zdrowia i znanych w środowisku uzależnień nieletniego” (art. 24 § 1 u.p.n.);

b) **sprawowanie nadzoru w sprawach:**

- wykonywania władzy rodzicielskiej (art. 109 § 2 pkt 3 k.r.o.);
- nieletnich (nadzór kuratora jako środek wychowawczy – art. 6 pkt 5 u.p.n., art. 11 § 2 u.p.n.),
- z zakresu ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałania alkoholizmowi (sąd ustanawia nadzór kuratora, orzekając o obowiązku poddania się leczeniu – art. 31);

c) **przymusowe odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej** (art. 598⁶⁻¹³ k.p.c.);d) **obecność podczas spotykania się rodzica z dzieckiem** (forma ograniczenia kontaktu rodzica z dzieckiem – art. 113² § 2 ust. 3 k.r.o.).

Ten przykładowy, niewyczerpujący wykaz *de lege lata* przekonuje o społecznym znaczeniu instytucji kuratora rodzinnego, a zarazem o konieczności wielorakiej troski o jakość realizacji wskazanych zadań. Zadania te dotyczą najbardziej newralgicznych obszarów relacji osobistych między małżonkami oraz rodzicami i dziećmi, które w praktyce mają istotny wpływ na funkcjonowanie rodziny oraz na stopień realizacji jej społecznych funkcji, w tym zwłaszcza funkcji opiekuńczej oraz socjalizacyjnej (w wielu przypadkach także resocjalizacyjnej)¹⁴.

Oprócz wymienionych wyżej zadań kurator sądowy pełni również istotną funkcję w systemie przeciwdziałania przemocy w rodzinie¹⁵ oraz w systemie wsparcia rodzin

¹⁴ Szerzej na ten temat por. M. Kosek, *Prewencyjna i resocjalizacyjna funkcja rodziny a przestępczość nieletnich* [w:] *Przestępczość. Dowody. Prawo. Księga jubileuszowa Prof. Bronisława Młodziejewskiego*, red. J. Moszczyński, D. Solodov, I. Sołtyszewski, Olsztyn 2016, s. 393 i n.

¹⁵ Por. ustawa z 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 1249) – dalej u.p.p.r.

przeżywających trudności w wypełnianiu funkcji rodzicielskich¹⁶. Kuratorzy sądowi wchodzi (art. 9a ust. 4 u.p.p.r.) w skład zespołów interdyscyplinarnych i mogą być (art. 9a ust. 12 u.p.p.r.) członkami grup roboczych, o ile sprawują nadzór wobec któregoś członka rodziny¹⁷.

Rozwiązania ustawowe (i inne zawarte w aktach niższego rzędu) w zakresie zadań kuratorów rodzinnych oraz ich miejsca w strukturze organów państwa stanowią podstawę w określeniu ich roli prawnej i społecznej. Rolę tę trudno przecenić. Kurator rodzinny, chociaż nie jest *sensu stricto* organem ochrony prawnej, to jednak z uwagi na rzetelną realizację swych zadań w sposób istotny przyczynia się do właściwego urzeczywistnienia tej ochrony, sprawowanej przez sądy rodzinne. Bez służby kuratorskiej ochrona ta byłaby iluzoryczna i nieefektywna, zwłaszcza w aspekcie profilaktycznym i resocjalizacyjnym.

Warto w tym kontekście zasygnalizować pewne problemy i postulaty formułowane w doktrynie, dotyczące miejsca kurateli rodzinnej w systemie szeroko rozumianego wymiaru sprawiedliwości i właściwej realizacji jej zadań.

2.3. Kurator rodzinny – wybrane problemy

2.3.1 Status kuratorów rodzinnych

W doktrynie od dawna postulowano konieczność uregulowania statusu kuratora rodzinnego. Należy tu przywołać przede wszystkim opracowanie z 1978 r. autorstwa Wandy Stojanowskiej i Adama Strzembosza „O nowe zasady organizacji i postępowania przed sądem rodzinnym”¹⁸. Wskazano w nim m.in.: konieczność organizacyjnego wyodrębnienia w każdym sądzie rejonowym jednostki (organu) określonej przez autorów jako zespół kuratorów sądu rodzinnego, zapewnienie kuratorom jasnej ścieżki awansu zawodowego, nowe ukształtowanie zasad współpracy kuratora i sądu rodzinnego. Brak wyodrębnienia organizacyjnego organu pomocniczego sądu, zdaniem autorów, uniemożliwia rozwój omawianej instytucji, a tym samym wzrost jakości i efektywności pracy kuratorów i prestiżu społecznego tej grupy zawodowej, co z kolei powoduje fluktuację kadry kuratorów zawodowych¹⁹. Opracowanie to stało się punktem odniesienia dla prac zespołu Katarzyny Sawickiej i ostatecznie znalazło swój normatywny wyraz w ustawie o kuratorach sądowych z 2001 r.²⁰

¹⁶ Por. ustawa z 9.06.2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej (tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 447).

¹⁷ Por. A. Prusinowska-Marek, *Skuteczność i celowość prowadzenia długotrwałych (trwających od co najmniej 3 lat) nadzorów wykonywanych przez kuratorską służbę sądową w sprawach małoletnich – raport z badań aktowych*, Warszawa 2016, s. 17 (www.iws.gov.pl/raporty).

¹⁸ W. Stojanowska, A. Strzembosz, *O nowe zasady organizacji i postępowania przed sądem rodzinnym*, „Zeszyty Naukowe Instytutu Badania Prawa Sądowego” 1978/10, s. 253 i n., przedruk: „Rodzina i Prawo” 2009/11, s. 7 i n.

¹⁹ W. Stojanowska, A. Strzembosz, *O nowe...*, s. 9.

²⁰ T. Jedynak, *Aktualny stan kurateli rodzinnej w Polsce. O potrzebie unormowań zadań kuratorów rodzinnych* [w:] *Dziewięćdziesięciolecie kurateli sądowej w Polsce. Historia – Teraźniejszość – Przyszłość. Materiały z I Kongresu Kuratorskiego*, red. K. Stasiak, Ł. Wirkus, P. Kozłowski, T. Jedynak, Kraków 2010, s. 211.

Problem właściwej organizacji pracy oraz statusu kuratorów rodzinnych powrócił po wejściu w życie nowelizacji Kodeksu karnego z 1997 r.²¹ W świetle nowych uregulowań prawa karnego dostrzegalna jest istotna dysproporcja między statusem kuratorów dla dorosłych a statusem kuratorów rodzinnych. O ile ci pierwsi w wyniku wspomnianej nowelizacji Kodeksu karnego w 1997 r. stali się organem postępowania wykonawczego z jasno określonymi zadaniami i uprawnieniami, o tyle kuratorzy rodzinni nadal pozostają jedynie „organem pomocniczym” sądu rodzinnego²².

Sytuacji tej nie zmieniła ustawa o kuratorach sądowych. Postulowane zmiany przewidywał natomiast projekt ustawy o kuratorskiej służbie sądowej z 31.05.2019 r.²³ Wprowadzał on w ustawie z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego w części pierwszej w księdze drugiej w tytule II w dziale II istotne zmiany, w tym nowy rozdział 4 „Postępowanie wykonawcze w sprawach rodzinnych i opiekuńczych” (art. 119 projektu). W uzasadnieniu projektu wskazano, że „konieczne jest ustanowienie kuratora rodzinnego organem wykonawczym, tak aby miał rzeczywiste możliwości w procesie odbudowy lub uzdrawianiu relacji rodzic – dziecko oraz relacji rodzinnych. Dodatkowo (...) do jego zadań należeć miałyby m.in. podejmowanie działań o charakterze profilaktyczno-wychowawczym, prowadzenie w kuratorskim ośrodku zajęć z dziećmi, w szczególności profilaktycznych, socjoterapeutycznych i edukacyjnych oraz działania podnoszące kompetencje wychowawcze jego rodziców, łącznie z nadaniem kuratorowi uprawnienia do wejścia do mieszkania i innych pomieszczeń, w których przebywają dziecko i osoby, wobec których ustanowiony jest nadzór w celu ustalenia aktualnej sytuacji osób, których postępowanie dotyczy”²⁴.

Na pozytywną ocenę zasługiwał postulat wprowadzenia przepisów wykonawczych dotyczących kontaktu rodzica z dzieckiem, w tym określających obowiązki i uprawnienia kuratora. Zgodnie z projektowanym art. 605⁴ k.p.c. nie tylko sąd, lecz także kurator sądowy mógłby żądać od uczestników postępowania złożenia wyjaśnień. Mógłby również zasięgać – od organów administracji publicznej, organów wykonujących zadania z zakresu administracji publicznej, samorządu zawodowego, instytucji i organizacji społecznych, które statutowo zajmują się opieką, wychowaniem, resocjalizacją i świadczeniem pomocy w środowisku otwartym, oraz innych instytucji i osób – informacji niezbędnych do prowadzenia postępowania wykonawczego. Zgodnie z treścią projektowanego art. 605¹⁵ § 2 k.p.c. kurator sądowy, któremu zlecono obecność przy kontaktach, powinien stawić się w określonym terminie i miejscu oraz być obecny przez cały czas trwania kontaktu niezbędnego do prawidłowego wykonania orzeczenia, w szczególności podczas rozpoczęcia lub zakończenia spotkania. Według art. 605¹⁵ § 3 k.p.c. kurator sądowy w trakcie kontaktów czuwałby nad realizacją orzeczenia sądu lub ugody zawartej przed sądem – w zakresie terminów, czasu i miejsca spotkania oraz ustalonego sposobu kontaktów. Projekt nie regulował jednak szczegółowych kwestii związanych z postępowaniem wykonawczym, takich

²¹ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 1138).

²² T. Jedynak, *Aktualny...*, s. 210.

²³ Por. projekt ustawy z 19.05.2019 r. o kuratorskiej służbie sądowej, <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12321964/12599118/12599119/dokumenty>.

²⁴ Uzasadnienie projektu ustawy o kuratorskiej służbie sądowej, s. 100.

jak: sposób kontroli kontaktu rodzica z dzieckiem w razie przemieszczania się, zakres ingerencji w przebieg kontaktu w razie nieodpowiedniego zachowania rodzica czy dokładne określenie miejsca i czasu trwania kontaktu. Te zagadnienia pozostawione zostały praktyce, co jednak nie powinno mieć miejsca. Jednoznacznie podkreśliła to w swej opinii Rada Legislacyjna, postulując kontynuowanie prac nad projektem w zakresie wprowadzenia wskazanych zmian²⁵.

Prace nad omówionym wyżej projektem ustawy o kuratorskiej służbie sądowej nie zostały sfinalizowane. W międzyczasie odbyły się wybory parlamentarne. Ukonstytuowany w ich wyniku nowy rząd nie kontynuował prac nad wspomnianym projektem. Został on zastąpiony nowym – nowelizacją ustawy o kuratorach sądowych²⁶, która ogranicza się jedynie do zmian w zakresie przedmiotowej ustawy. Postulowane we wcześniejszym projekcie zmiany w zakresie ustanowienia kuratora rodzinnego organem postępowania wykonawczego są uwzględnione w ramach projektu nowelizacji Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z 14.10.2021 r.²⁷ Nie odbiegają one w istotny sposób od wyżej omówionych rozwiązań przyjętych w projekcie ustawy o kuratorskiej służbie sądowej. Wypada wyrazić nadzieję, że postulowane zmiany w przedmiocie statusu kuratorów rodzinnych zostaną tym razem sfinalizowane i wejdą w życie.

2.3.2 Kurator rodzinny a mediacja

Zgodnie z art. 436 § 3 k.p.c. w brzmieniu sprzed nowelizacji z 17.12.2009 r.²⁸ kuratorzy rodzinni mogli być mediatorami w sprawach o rozwód i separację. Wspomnianą nowelizacją uchylono powyższy przepis. Warto przytoczyć w tym miejscu fragment uzasadnienia dotyczący omawianego zagadnienia: „Projekt poszerza stosowanie zasady swobodnego wyboru przez strony osoby mediatora. Z tych względów uchyleniu podlega przepis art. 436 § 3, zgodnie z którym mediatorami mogą być kuratorzy sądowi oraz osoby wskazane przez ośrodki diagnostyczno-konsultacyjne. Uchylenie art. 436 § 3 spowodowało konieczność dokonania stosownych zmian w treści art. 436 § 4 oraz art. 570². Proponowane zmiany nie wprowadzają zakazu bycia mediatorem przez kuratorów sądowych ani też osoby wskazane przez rodzinne ośrodki diagnostyczno-konsultacyjne. Obowiązujące przepisy dotyczące mediacji pozwalają, aby to same strony uzgodniły, że mediatorem ma być osoba będąca kuratorem sądowym czy też osoba wskazana przez rodzinny ośrodek diagnostyczno-konsultacyjny. Kuratorzy sądowi oraz osoby wskazane przez rodzinne ośrodki diagnostyczno-konsultacyjne mogą także starać się o wpis na listy mediatorów prowadzone przez organizacje

²⁵ Szerzej na temat tej opinii por. sprawozdanie z działalności Rady Legislacyjnej przy Prezesie Rady Ministrów za rok 2019, „Przegląd Legislacyjny” 2020/3, s. 81.

²⁶ Por. projekt ustawy z 22.11.2021 r. o zmianie ustawy o kuratorach sądowych (UD 249, www.legislacja.gov.pl/projekt).

²⁷ Por. projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw (UD 261, www.legislacja.gov.pl/projekt).

²⁸ Ustawa z 17.12.2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2010 r. Nr 7, poz. 45).

społeczne i zawodowe, które informacje o listach stałych mediatorów przekazują prezesom sądów okręgowych”²⁹.

Z cytowanego uzasadnienia jednoznacznie wynika, że kurator może pełnić funkcję mediatora we wskazanych sprawach, chociaż nie znajduje to podstawy prawnej w treści art. 436 k.p.c. w obecnym jego brzmieniu. Podstawę prawną w zakresie wykonywania przez kuratora funkcji mediatora stanowi art. 183² k.p.c. Mediatorem, zgodnie z zasadą ogólną wyrażoną w § 1 tego przepisu, może być osoba fizyczna posiadająca pełną zdolność do czynności prawnych, korzystająca z pełni praw publicznych. Jedyne wyłączenie w tym zakresie wprowadza § 2 omawianego przepisu, stanowiąc, że mediatorem nie może być czynny zawodowo sędzia.

Warto także zwrócić uwagę na inny fragment przywołanego wyżej uzasadnienia omawianej nowelizacji, wskazujący na szczególny charakter spraw rodzinnych, który powinien znaleźć odzwierciedlenie w kwalifikacjach mediatorów: „Z uwagi na szczególny charakter spraw rodzinnych, w tym o rozwód i separację, projekt wskazuje preferowane wykształcenie stałego mediatora. Wykształcenie z zakresu psychologii, pedagogiki, socjologii lub prawa wydaje się gwarantować odpowiednie przygotowanie teoretyczne do zrozumienia istoty konfliktu rodzinnego oraz małżeńskiego, ponadto do pomocy stronom w analizie potrzeb, wzajemnych oczekiwań, a następnie wypracowania porozumienia”³⁰. Przytoczony fragment wyjaśnia zmianę wprowadzoną w art. 436 § 4 k.p.c., gdyż określa *expressis verbis* wymagania stawiane mediatorom w zakresie mediacji w sprawach o rozwód i o separację.

Pogląd o możliwości pełnienia przez kuratora funkcji mediatora reprezentowany jest także w doktrynie. Nie ulega wątpliwości, że również w sprawach rodzinnych strony mogą same wybrać mediatora. Dopiero w przypadku braku takiego wyboru sąd sam wyznacza osobę mediatora. Ustawodawca dopuszcza możliwość prowadzenia mediacji przez mediatorów, których listy – ustalone przez organizacje pozarządowe oraz uczelnie – są dostępne u prezesów sądów okręgowych. Kuratorzy sądowi oraz osoby – z wymaganym wykształceniem – wskazane przez opiniodawcze zespoły sądowych specjalistów mogą zostać wpisani na listy stałych mediatorów. Stali mediatorzy co do zasady zobligowani są do przeprowadzenia mediacji. Mogą jednak odmówić podjęcia się prowadzenia mediacji, ale tylko z ważnych powodów, o których muszą niezwłocznie powiadomić strony, a jeżeli strony do mediacji skierował sąd – również sąd (art. 183² § 4 k.p.c.)³¹.

Problematyka mediacji w odniesieniu do kuratorów dotyczy nie tylko możliwości prowadzenia przez nich mediacji, ale obejmuje także działalność mediacyjną *ad hoc*, tj. pewien sposób oddziaływania na podopiecznych znajdujących się w sytuacji konfliktu. Pozycja kuratora szczególnie zaznacza się w takich sytuacjach. Jego doświadczenie, znajomość sytuacji, kontekstu, w jakim powstał konflikt, stanowią elementy przemawiające na rzecz pozytywnej prognozy co do skuteczności mediacyjnego

²⁹ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw z 20.04.2009 r., druk sejmowy nr 1925, Sejm VI kadencji, s. 15.

³⁰ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw z 20.04.2009 r., druk sejmowy nr 1925, Sejm VI kadencji, s. 15.

³¹ Por. J. Bodio [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. A. Jakubecki, Warszawa 2012, s. 543.

oddziaływania kuratora. Nie jest to oczywiście mediacja w sensie formalnym, ale pewien sposób oddziaływania, przy okazji realizacji określonego zadania (np. nadzoru czy wywiadu) z użyciem typowych metod mediacji. Efektywność tego rodzaju oddziaływania wynika również z możliwości współpracy kuratora z innymi podmiotami, w tym np. z asystentem rodziny. Taka współpraca poszerza zakres pomocy konkretnej rodzinie.

W kontekście omawianych zagadnień wspomnieć należy także o projekcie nowelizacji Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z 14.10.2021 r.³² Wprowadza on, poza wskazanymi wyżej zmianami w zakresie statusu prawnego kuratorów rodzinnych, instytucję postępowania rozwodowego – rodzinne postępowania informacyjne. Ramy niniejszego opracowania nie pozwalają na szczegółowe omówienie projektowanej instytucji, jednak warto zwrócić uwagę na kilka kwestii, istotnych z punktu widzenia przedmiotowych rozważań. Cel rodzinnego postępowania informacyjnego to – jak wynika z treści projektowanego art. 436¹ § 3 k.p.c. – pojednanie małżonków, a w przypadku braku możliwości pojednania – zawarcie ugody w przedmiocie m.in.: sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej nad wspólnymi małoletnimi dziećmi, utrzymywania kontaktów każdego z małżonków z ich wspólnymi małoletnimi dziećmi, alimentów. Samą instytucję należy ocenić pozytywnie. Dyskusyjne są niektóre rozwiązania szczegółowe. W poruszanej problematyce uwagę zwraca projektowany art. 436² § 3 k.p.c. Zgodnie z tym przepisem rodzinne postępowanie informacyjne może prowadzić: sędzia, referendarz sądowy, urzędnik sądowy, asystent sędziego lub stały mediator. Zastanawia natomiast brak kuratora. Ze względu na cel postępowania wydaje się, że doświadczenie oraz kompetencje zawodowe kuratora bardziej (niż np. referendarza sądowego czy urzędnika sądowego) predestynowałyby go do prowadzenia przedmiotowego postępowania.

Nie ulega wątpliwości, że status kuratora i jego możliwości pozytywnego oddziaływania na podopiecznych warto jeszcze bardziej niż dotychczas wykorzystać w szeroko rozumianej działalności profilaktycznej, pojednawczej i resocjalizacyjnej. Pewnym problemem może być zbyt duże „obciążenie” kuratora zleconymi mu sprawami (na co uwagę zwracają sami kuratorzy) oraz organizacja pracy w ramach realizacji zadań zleconych przez sąd. Kwestie te – podobnie zresztą jak należyte wynagrodzenie kuratora – nie znalazły do tej pory zadowalającego rozwiązania.

3. Opiniodawcze zespoły sądowych specjalistów

Powołanie do życia ustawą z 5.08.2015 r.³³ opiniodawczych zespołów sądowych specjalistów można postrzegać jako kolejny etap rozwoju tej formy organów pomocniczych sądu rodzinnego. Stanowiły one odpowiedź na konkretne potrzeby sądownictwa w sprawach nieletnich, które – zgodnie z przyjętymi założeniami – miało w szerokim zakresie realizować funkcje wychowawcze i opiekuńcze wobec nieletnich.

³²Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw (UD 261, www.legislacja.gov.pl/projekt).

³³Ustawa z 5.08.2015 r. o opiniodawczych zespołach sądowych specjalistów (tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r. poz. 708 ze zm.).

Coraz wyraźniej zaczęto odczuwać konieczność udziału specjalistów nieprawników (pedagogów, psychologów, lekarzy) zarówno w podejmowaniu decyzji procesowych dotyczących przyszłości konkretnego nieletniego, który wszedł w konflikt z prawem, jak i w trakcie określania kierunków oddziaływań wychowawczych³⁴. Potrzeba ta doprowadziła do powołania placówek specjalistycznych – ośrodków diagnostyczno-selekcyjnych – funkcjonujących najpierw przy zakładach dla nieletnich³⁵. Zadanie tych ośrodków polegało na badaniu nieletnich, skierowanych przez sąd lub prokuraturę, oraz na sporządzaniu opinii pedagogiczno-społecznych i psychologiczno-psychiatrycznych. Opinie te miały kompleksowy charakter. Zawierały konkretne wskazania dla sądu, zakładu, w którym przebywał nieletni, a także dla rodziców czy nawet kuratorów³⁶. Działalność ośrodków miała również przeciwdziałać rozpowszechnionej wówczas praktyce umieszczania nieletnich w zakładach zamkniętych – bez fachowej diagnozy i oceny wpływu środka izolacyjnego na nieletniego³⁷. Z czasem do placówek tych zaczęły trafiać sprawy dotyczące osób małoletnich, co finalnie doprowadziło do poszerzenia zakresu działalności diagnostycznej ośrodków o sprawy z zakresu prawa opiekuńczego i znalazło umocowanie w rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z 10.09.1974 r.³⁸

Kolejny etap rozwoju omawianej instytucji wyznaczony został rozporządzeniem Ministra Sprawiedliwości z 7.08.1978 r.³⁹, którym – w miejsce dotychczasowych ośrodków diagnostycznych dla nieletnich – utworzono rodzinne ośrodki diagnostyczno-konsultacyjne (dalej RODK). Zmiana nazwy miała swe uzasadnienie w poszerzeniu zadań ośrodków, co z kolei wiązało się z powstaniem sądów rodzinnych. Do działań dotychczas realizowanych przez ośrodki diagnostyczne dodano „inne sprawy rodzinne” (w tym rozwodowe), a także prowadzenie poradnictwa rodzinnego oraz działalność mediacyjną⁴⁰. Status RODK uzyskał umocowanie ustawowe w wyniku uchwalenia ustawy z 26.10.1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich, a ich działalność i strukturę uregulowano szczegółowo w rozporządzeniach wydanych do wspomnianej ustawy⁴¹.

³⁴ Por. T. Iwaniuk, *Działalność Rodzinnych Ośrodków Diagnostyczno-Konsultacyjnych w zakresie ochrony i umacniania rodziny oraz przeciwdziałania demoralizacji nieletnich*, „Zeszyty Naukowe Instytutu Badania Prawa Sądowego” 1989/31, s. 219.

³⁵ T. Iwaniuk, *Działalność...*, s. 220. Jak podaje T. Iwaniuk, pierwszy taki ośrodek powstał w 1967 r. w Sopocie, z przekształconego schroniska dla nieletnich.

³⁶ Por. np. D. Dorman, *Formy działalności ośrodka diagnostyczno-selekcyjnego na podstawie doświadczeń Ośrodka Diagnostyczno-Selekcyjnego w Katowicach-Janowie*, „Problemy Wymiaru Sprawiedliwości” 1974/6, s. 118–120.

³⁷ Por. M. Słupska, *Po pierwsze: ośrodki diagnostyczno-selekcyjne*, „Gazeta Sądowa i Penitencjarna” 1970/15, s. 6.

³⁸ Dz.Urz. MS z 1974 r. Nr 3, poz. 44. Szerzej na temat ośrodków diagnostyczno-selekcyjnych por. np. J. Majer, *Ośrodki diagnostyczno-selekcyjne. Potrzebne dziś – niezbędne jutro*, „Gazeta Sądowa i Penitencjarna” 1969/21; D. Dorman, *Formy...* s. 118.

³⁹ Dz.Urz. MS z 1978 r. Nr 3, poz. 17.

⁴⁰ Por. T. Iwaniuk, *Działalność...*, s. 221; A. Walczak-Żochowska, *Systemy postępowania z nieletnimi w państwach europejskich (studium prawnoporównawcze)*, Warszawa 1988, s. 159.

⁴¹ Por. zarządzenie Ministra Sprawiedliwości z 26.04.1983 r. w sprawie organizacji i zakresu działań rodzinnych ośrodków diagnostyczno-konsultacyjnych (Dz.Urz. MS z 1983 r. Nr 3, poz. 14), zarządzenie Ministra Sprawiedliwości z 12.05.1983 w sprawie utworzenia rodzinnych ośrodków diagnostyczno-konsultacyjnych oraz ustalenia ich siedzib i obszarów właściwości (Dz.Urz. MS z 1983 r. Nr 3, poz. 17).

Wkład RODK w ochronę rodziny oraz dziecka (nieletniego) w trakcie prawie 40 lat funkcjonowania (1978–2015) jest trudny do przecenienia. O znaczeniu tych ośrodków dla sądownictwa rodzinnego oraz ochrony prawnej świadczonej poszczególnym podmiotom w jego ramach przekonują wyniki badań empirycznych⁴². Na szczególną uwagę zasługują rezultaty badań ankietowych przeprowadzonych wśród sędziów sądów rodzinnych na temat udziału RODK w działalności sądów rodzinnych⁴³. Podkreślenia wymaga przede wszystkim, sformułowana przez badanych sędziów, ogólna ocena współpracy sądu z RODK. Zdaniem zdecydowanej większości badanych współpraca ta układała się „dobrze” lub „bardzo dobrze”. Co szczególnie istotne, żaden spośród badanych sędziów nie określił tej współpracy jako „złej” lub „raczej złej”⁴⁴. Również jednoznacznie pozytywnie ocenione zostały opinie sporządzane przez pracowników RODK na zlecenie sądu. Według zdecydowanej większości badanych sędziów opinie RODK są „najbardziej wszechstronne i najbardziej użyteczne dla sądu” w porównaniu z opiniami sporządzanymi dla sądu przez inne podmioty⁴⁵. Pozytywnym zaskoczeniem może być wynik omawianego badania dotyczący oceny opinii RODK w kontekście jej zgodności z tezą dowodową lub pytaniami sądu. Na pytanie, czy biegły z RODK powinien ograniczyć się w opinii tylko do odpowiedzi na pytanie sądu, respondenci w zdecydowanej większości (91,9%) udzielili odpowiedzi negatywnej. W uzasadnieniu tego poglądu ankietowani sędziowie twierdzili, że: „potrzebne jest całościowe, fachowe ujęcie problemu”, „ekspertyza powinna być wszechstronna, ale i konkretna”, „powinna uwzględniać cele terapeutyczne, profilaktyczne”⁴⁶. Prezentowane powyżej wyniki badania przekonują, jak istotne znaczenie ma działalność RODK dla sądu orzekającego.

Podobne wnioski wypływają z innego badania (przeprowadzonego przez współautorkę niniejszego artykułu) dotyczącego dowodu z opinii biegłych z RODK w sprawach rozwodowych⁴⁷. Analiza dowodu z opinii RODK zawartych w aktach badanych spraw jednoznacznie wskazuje na „wysoki poziom fachowości, wnikliwości i przydatności dla sądu opinii opracowywanych przez specjalistów zatrudnionych w RODK-ach”⁴⁸.

⁴² Por. np. W. Stojanowska, *Udział rodzinnych Ośrodków diagnostyczno-konsultacyjnych w działalności sądów rodzinnych w świetle badań ankietowych sędziów*, „Zeszyty Naukowe Instytutu Badania Prawa Sądowego” 1989/31, s. 226 i n.; W. Stojanowska, *Dowód z opinii Rodzinnego Ośrodka Diagnostyczno-Konsultacyjnego w sprawach o rozwód i jego wpływ na treść wyroku w świetle badań aktowych*, „Zeszyty Prawnicze” 2002/2.1, s. 7 i n.; E. Skrętowicz, A. Kielasińska, *Wpływ opinii Rodzinnego Ośrodka Diagnostyczno-Konsultacyjnego (RODK) na zastosowanie przez sąd rodzinny środka wychowawczego lub poprawczego*, „Zeszyty Naukowe Instytutu Badania Prawa Sądowego” 1989/31, s. 46 i n.; P. Ostaszewski, *Opinia rodzinnego ośrodka diagnostyczno-konsultacyjnego w sprawach o ustalenie kontaktów dziecka z innymi osobami niż rodzice*, „Prawo w Działaniu” 2008/4, s. 180 i n.; P. Ostaszewski, *Opinie sporządzane przez rodzinne ośrodki diagnostyczno-konsultacyjne w sprawach opiekuńczych i rozwodowych*, „Prawo w Działaniu” 2013/14, s. 7 i n.

⁴³ Por. W. Stojanowska, *Udział...*, s. 226 i n. Badanie miało charakter ogólnopolski i wzięło w nim udział 733 sędziów rodzinnych.

⁴⁴ W. Stojanowska, *Udział...*, s. 227.

⁴⁵ W. Stojanowska, *Udział...*, s. 228.

⁴⁶ W. Stojanowska, *Udział...*, s. 228.

⁴⁷ Por. W. Stojanowska, *Dowód...*, s. 7 i n.

⁴⁸ W. Stojanowska, *Dowód...*, s. 51.

Nie oznacza to, że działalność RODK była pozbawiona pewnych mankamentów – na co również zwracano uwagę we wspomnianych publikacjach – jak np. długi czas oczekiwania na opinię ośrodka. Nie sposób natomiast zgodzić się z zarzutami formułowanymi pod adresem tych ośrodków, jakoby ich działalność nie służyła dobru dziecka, co podnoszono zwłaszcza w środowiskach zajmujących się prawami ojców. Przeciwnie, w sytuacji konfliktu rodziców, w który wciągane było dziecko, opinie RODK przedstawiały obiektywną ocenę sytuacji dziecka i jego potrzeb oraz stanowiły istotną pomoc dla sądu orzekającego⁴⁹.

Jak wyżej wspomniano, ustawą z 5.08.2015 r. powołano do życia opiniodawcze zespoły sądowych specjalistów (dalej OZSS), które zastąpiły dotychczas funkcjonujące RODK. Uchwalenie ustawy spowodowane było wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z 28.10.2015 r.⁵⁰, w którym uznano rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 3.08.2001 r., w sprawie organizacji i zakresu działania rodzinnych ośrodków diagnostyczno-konsultacyjnych⁵¹, „w zakresie w jakim dotyczy wydawania przez rodzinne ośrodki diagnostyczno-konsultacyjne opinii w sprawach innych niż sprawy nieletnich”, za niezgodne z art. 84 § 3 ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich oraz art. 92 ust. 1 Konstytucji RP. Wykonując wyrok TK, ustawodawca nie zdecydował się na likwidację ośrodków jako organów pomocniczych sądu rodzinnego, ale zachował je. Dokonał zmiany nazwy oraz poszerzył zakres opiniowania o sprawy rodzinne i opiekuńcze⁵². Stanowisko ustawodawcy zasługuje na pełną aprobatę! Na konieczność zachowania RODK (w takiej czy innej postaci) trafnie zwracali uwagę eksperci⁵³.

Nie jest celem niniejszego artykułu szczegółowa analiza ustawy z 5.08.2015 r., a jedynie wskazanie na najistotniejsze kwestie nowej regulacji wprowadzonej tą ustawą. Przedmiotowa ustawa precyzuje w art. 1 i 2 zadania OZSS. Zespoły na zlecenie sądu lub prokuratora sporządzają opinie w sprawach rodzinnych i opiekuńczych oraz w sprawach nieletnich. Czynią to na podstawie przeprowadzonych badań psychologicznych, pedagogicznych lub lekarskich (art. 1 ustawy). Mogą także – na zlecenie sądu – prowadzić mediacje, przeprowadzać wywiady środowiskowe w sprawach nieletnich oraz prowadzić poradnictwo specjalistyczne dla małoletnich, nieletnich i ich rodzin (art. 2 ustawy). Zmianie uległa nie tylko sama nazwa, ale także status i warunki pracy omawianych zespołów. Zostały one ulokowane w strukturach sądów („w sądach okręgowych”), nie zaś „przy sądzie okręgowym”, jak to miało

⁴⁹Szerzej na ten temat por. A. Czerederecka, *Rodzinne ośrodki diagnostyczno-konsultacyjne na cenzurowanym, „Rodzina i Prawo”* 2013/24, s. 17 i n.; por. także E. Holewińska-Łapińska, *Opinia w sprawie potrzeby zmiany stanu prawnego normującego Rodzinne Ośrodki Diagnostyczno-Konsultacyjne*, Warszawa 2014, s. 20 i n.

⁵⁰Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 28.10.2015 r., U 6/13, OTK-A 2015/9, poz. 154.

⁵¹Dz.U. z 2001 r. Nr 97, poz. 1063.

⁵²Zgodnie z art. 25 ustawy z 5.08.2015 r. o opiniodawczych zespołach sądowych specjalistów (tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r. poz. 708 ze zm.), „Rodzinne ośrodki diagnostyczno-konsultacyjne z dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stają się opiniodawczymi zespołami sądowych specjalistów”.

⁵³Por. np. E. Holewińska-Łapińska, *Opinia...*, s. 41 i n.; J. Słyk, *Opinia prawna z 5 lutego 2015 r. dotycząca projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych oraz niektórych innych ustaw* (druk nr 3058), *Opinie Biura Analiz Sejmowych*, s. 5.

miejsce w przypadku RODK⁵⁴. W konsekwencji – jako pracownicy sądu – biegli zatrudnieni w OZSS zostali wyłączeni spod ustawy Karta Nauczyciela⁵⁵, co oznacza zmianę warunków pracy, a w praktyce – wprowadzenie tzw. „biegłego na etacie”⁵⁶.

Pozytywnie należy ocenić inicjatywę polegającą na zachowaniu idei opiniowania w sprawach rodzinnych, czego wyrazem jest w swej istocie omawiana ustawa z 5.08.2015 r. W literaturze pojawiły się pierwsze kompleksowe publikacje dotyczące praktyki funkcjonowania OZSS⁵⁷. Przedstawiane tam rezultaty badań wskazują na istnienie pewnych trudności w funkcjonowaniu zespołów, np. zwiększenie wymiaru tygodniowego czasu pracy, skrócenie czasu sporządzania opinii, brak możliwości awansu zawodowego, co w efekcie wpływa na efektywność pracy biegłych⁵⁸.

Wyniki przytoczonych wyżej badań skłaniają do kluczowego wniosku: potrzebne są kompleksowe, ogólnopolskie – najlepiej jakościowe (w postaci tzw. wywiadów pogłębionych) – badania pracowników OZSS w celu szczegółowej diagnozy sytuacji i określenia możliwych rozwiązań.

4. Uwagi końcowe i wnioski

Właściwe funkcjonowanie sądownictwa rodzinnego zakłada ścisłą współpracę sądu z jego organami pomocniczymi. Konieczność tej współpracy wynika ze specyfiki spraw rodzinnych i opiekuńczych oraz z rosnącego stopnia ich skomplikowania. Efektywność kooperacji jest pochodną wielu czynników, w tym ewolucji sądowych organów pomocniczych w zakresie ich zadań, kompetencji, struktury i organizacji pracy.

Pozytywnie należy ocenić postulowane zmiany w zakresie statusu kuratorów rodzinnych – jako organu postępowania wykonawczego – z doprecyzowaniem ich zadań w tym postępowaniu. Trafne i godne poparcia są postulaty płynące ze środowiska kuratorów dotyczące stworzenia odpowiednich warunków organizacyjnych w celu umożliwienia skoncentrowania się na ich właściwych zadaniach, w tym profesjonalizacji służby kuratorskiej.

W kontekście poszczególnych zadań kuratorów rodzinnych podkreślenia wymaga znaczenie dowodu z wywiadu środowiskowego. Postulat pełniejszego wykorzystania tego środka dowodowego w odniesieniu do spraw rozwodowych (w każdej sprawie, w której małżonkowie mają małoletnie dzieci) sformułowany został przed laty przez współautorkę niniejszego artykułu w wyniku prowadzonych przez nią badań nad ochroną dziecka w postępowaniu rozwodowym⁵⁹. Ciągły wzrost liczby spraw rozwodowych, jak również spraw z zakresu władzy rodzicielskiej, przekonują o pilnej potrzebie uwzględnienia tego postulatu.

⁵⁴ Por. J. Włodarczyk-Madejska, *Efektywność opiniodawczych zespołów sądowych specjalistów*, „Prawo w Działaniu” 2018/33, s. 254.

⁵⁵ Ustawa z 26.01.1982 r. – Karta Nauczyciela (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 1762 ze zm.).

⁵⁶ J. Włodarczyk-Madejska, *Efektywność...*, s. 255.

⁵⁷ Por. J. Włodarczyk-Madejska, *Efektywność...*, s. 260 i n.

⁵⁸ J. Włodarczyk-Madejska, *Efektywność...*, s. 288–290.

⁵⁹ W. Stojanowska, *Rozwód a dobro dziecka*, Warszawa 1979, s. 191.

Ogólnie pozytywnie należy także ocenić zmiany dotyczące OZSS, szczególnie w zakresie standardów opiniowania i praktyki. Pilnej interwencji wymaga jednak problem oczekiwania na opinię OZSS. Nie tyle chodzi tu o czas jej sporządzania, ile o czas oczekiwania na badanie, stanowiące podstawę opinii. Nie jest to kwestia tylko organizacyjna, lecz także – a nawet przede wszystkim – systemowa, powiązana z kompleksem zadań OZSS oraz wymaganiami rzetelnego opiniowania. Wartości te trzeba dobrze wyważyć, co zakłada ścisłą współpracę praktyków i podmiotów odpowiedzialnych za stanowienie prawa.

Aktualny pozostaje w tym kontekście także – sformułowany przed laty przez współautorkę niniejszego artykułu – postulat rozbudowania omawianego organu pomocniczego sądu rodzinnego, z uwzględnieniem nowego zakresu zadań⁶⁰. Postulat ten zbiega się z innym – również aktualnym – dotyczącym rozwoju poradnictwa małżeńskiego i rodzinnego⁶¹. O znaczeniu omawianych instytucji w zakresie skutecznej ochrony rodziny przekonują także wnioski z innych badań, przeprowadzonych przez współautorkę niniejszego artykułu, dotyczących przyczyn rozwodów i sposobów zapobiegania im⁶². Wynikająca z badań pilna konieczność rozwoju poradni rodzinnych ma szczególnie ciężar gatunkowy, ponieważ ich uczestnicy (ankietowani studenci) zostali bezpośrednio dotknięci skutkami konfliktu między rodzicami. Przedmiotowy postulat znajduje zatem uzasadnienie w ich osobistych doświadczeniach, co tym bardziej przemawia na jego korzyść. Rozwój poradnictwa rodzinnego stanowi w pewnym sensie dopełnienie tych form pomocy rodzinie, które wynikają z działalności kuratorów oraz specjalistów zatrudnionych w OZSS.

Nie ulega wątpliwości, że rola organów pomocniczych sądu rodzinnego będzie wzrastała wraz ze zmianami w obrębie struktury, wzorców i norm funkcjonowania rodzin, stopnia ich dezintegracji oraz sytuacji społeczno-ekonomicznej. Należy zatem kontynuować sprawdzone formy działalności tych organów i rozwijać nowe, pogłębiając i rozszerzając konieczną współpracę między nimi.

Bibliografia

1. Ancel M., *Le juge du divorce – Étude de politique judiciaire comparée*, Centre Français de Droit Comparé, 1977.
2. Bodio J. [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. A. Jakubecki, Warszawa 2012.
3. Czerederecka A., *Rodzinne ośrodki diagnostyczno-konsultacyjne na cenzurowanym*, Rodzina i Prawo 2013, nr 24.
4. Dorman D., *Formy działalności ośrodka diagnostyczno-selekcyjnego na podstawie doświadczeń Ośrodka Diagnostyczno-Selekcyjnego w Katowicach-Janowie*, Problemy Wymiaru Sprawiedliwości 1974, nr 6.

⁶⁰ Por. W. Stojanowska, *Ochrona dziecka przed negatywnymi skutkami konfliktu między jego rodzicami*, Warszawa 1997, s. 109.

⁶¹ W. Stojanowska, *Ochrona...*, s. 108.

⁶² Por. W. Stojanowska, *Zapobieganie rozwodom i ich przyczyny w świetle wyników badań audytoryjnych studentów*, „Prawo w Działaniu” 2020/44, s. 21.

5. Haak H., *Zadania kuratorów rodzinnych* [w:] *Zarys metodyki pracy kuratora sądowego*, red. K. Stasiak, Warszawa 2018.
6. Holewińska-Łapińska E., *Opinia w sprawie potrzeby zmiany stanu prawnego normującego Rodzinne Ośrodki Diagnostyczno-Konsultacyjne*, Warszawa 2014.
7. Iwaniuk T., *Działalność Rodzinnych Ośrodków Diagnostyczno-Konsultacyjnych w zakresie ochrony i umacniania rodziny oraz przeciwdziałania demoralizacji nieletnich*, Zeszyty Naukowe Instytutu Badania Prawa Sądowego 1991, nr 31.
8. Jedynak T., *Aktualny stan kurateli rodzinnej w Polsce. O potrzebie unormowań zadań kuratorów rodzinnych* [w:] *Dziewięćdziesięciolecie kurateli sądowej w Polsce. Historia – Teraźniejszość – Przyszłość. Materiały z I Kongresu Kuratorskiego*, red. K. Stasiak, Ł. Wirkus, P. Kozłowski, T. Jedynak, Kraków 2010.
9. Kosek M., *Prewencyjna i resocjalizacyjna funkcja rodziny a przestępczość nieletnich* [w:] *Przestępczość. Dowody. Prawo. Księga jubileuszowa Prof. Bronisława Młodziejewskiego*, red. J. Moszczyński, D. Solodov, I. Sołtyszewski, Olsztyn 2016.
10. Majer J., *Ośrodki diagnostyczno-selekcyjne. Potrzebne dziś – niezbędne jutro*, *Gazeta Sądowa i Penitencjarna* 1969, nr 21.
11. Ostaszewski P., *Opinia rodzinnego ośrodka diagnostyczno-konsultacyjnego w sprawach o ustalenie kontaktów dziecka z innymi osobami niż rodzice*, *Prawo w Działaniu* 2008, t. 4.
12. Ostaszewski P., *Opinie sporządzane przez rodzinne ośrodki diagnostyczno-konsultacyjne w sprawach opiekuńczych i rozwodowych*, *Prawo w Działaniu* 2013, t. 14.
13. Prusinowska-Marek A., *Skuteczność i celowość prowadzenia długotrwałych (trwających od co najmniej 3 lat) nadzorów wykonywanych przez kuratorską służbę sądową w sprawach małoletnich – raport z badań aktowych*, Warszawa 2016.
14. Skrętowicz E., Kielasińska A., *Wpływ opinii Rodzinnego Ośrodka Diagnostyczno-Konsultacyjnego (RODK) na zastosowanie przez sąd rodzinny środka wychowawczego lub poprawczego*, Zeszyty Naukowe Instytutu Badania Prawa Sądowego 1989, nr 31.
15. Słupska M., *Po pierwsze: ośrodki diagnostyczno-selekcyjne*, *Gazeta Sądowa i Penitencjarna* 1970, nr 15.
16. Słyk J., *Opinia prawna z 5 lutego 2015 r. dotycząca projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych oraz niektórych innych ustaw (druk nr 3058)*, *Opinie Biura Analiz Sejmowych*.
17. Stasiak K., *Ewolucja systemu kurateli sądowej w Polsce w latach 1919–2009 – kamienie milowe* [w:] *Dziewięćdziesięciolecie kurateli sądowej w Polsce. Historia – Teraźniejszość – Przyszłość. Materiały z I Kongresu Kuratorskiego*, red. K. Stasiak, Ł. Wirkus, P. Kozłowski, T. Jedynak, Kraków 2010.
18. Stasiak K., *Ustawa o kuratorach sądowych. Komentarz*, Warszawa 2021.
19. Stojanowska W., *Dowód z opinii Rodzinnego Ośrodka Diagnostyczno-Konsultacyjnego w sprawach o rozwód i jego wpływ na treść wyroku w świetle badań aktowych*, Zeszyty Prawnicze 2002, t. 2 nr 1.
20. Stojanowska W., *Ochrona dziecka przed negatywnymi skutkami konfliktu między jego rodzicami*, Warszawa 1997.
21. Stojanowska W., *Rozwód a dobro dziecka*, Warszawa 1979.

22. Stojanowska W., Strzembosz A., *O nowe zasady organizacji i postępowania przed sądem rodzinnym*, Zeszyty Naukowe Instytutu Badania Prawa Sądowego 1978, nr 10; przedruk: Rodzina i Prawo 2009, nr 11.
23. Stojanowska W., *Udział rodzinnych Ośrodków diagnostyczno-konsultacyjnych w działalności sądów rodzinnych w świetle badań ankietowych sędziów*, Zeszyty Naukowe Instytutu Badania Prawa Sądowego 1989, nr 31.
24. Stojanowska W., *Zapobieganie rozwodom i ich przyczyny w świetle wyników badań audytoryjnych studentów*, Prawo w Działaniu 2020, t. 44.
25. Walczak-Żochowska A., *Systemy postępowania z nieletnimi w państwach europejskich (studium prawno-porównawcze)*, Warszawa 1988.
26. Włodarczyk-Madejska J., *Efektywność opiniodawczych zespołów sądowych specjalistów*, Prawo w Działaniu 2018, t. 33.
27. Włodarczyk-Madejska J., *Efektywność opiniodawczych zespołów sądowych specjalistów*, Warszawa 2017.

Piotr Ryłski

System biegłych sądowych w sprawach cywilnych we Francji

The system of court experts in civil matters in France

Abstract

The aim of the study is to present the principles of the functioning of the system of court experts in France in relation to civil proceedings. The article discusses the systemic status of experts, the mechanism of appointing experts in civil proceedings and the role of the parties at this stage. The procedural possibilities of the parties' participation in the preparation of the expert opinion as well as the possibilities of its assessment and questioning were also presented. The method of financing expert opinions and awarding remuneration to experts was indicated. The rules for entering experts on the list of experts in France and the importance of this list for the system of appointing experts in this country were discussed in detail. The issue of advance payments by the parties for the remuneration of experts and the final method of their settlement was also presented. Attention was also drawn to the method of supervision over experts and the possibilities of disciplinary actions against them. The conclusions indicated those French regulations that could be used in other legal systems, including the one in Poland.

Keywords: Civil proceedings, expert evidence, evidence assessment, expert, French law

Streszczenie

Opracowanie ma na celu przybliżenie zasad funkcjonowania systemu biegłych sądowych we Francji, zwłaszcza w postępowaniach cywilnych. W ramach artykułu omówiono ustrojowy status biegłych, mechanizm powoływania biegłych w postępowaniu cywilnym i rolę stron na tym etapie. Przedstawiono także procesowe możliwości udziału stron w przygotowaniu opinii przez biegłego oraz jej ocenę i kwestionowanie. W szczegółowy sposób ukazano zasady sporządzania listy biegłych we Francji i znaczenie tej listy dla systemu powoływania biegłych w tym kraju. Nkreślono też kwestię uiszczania przez strony zaliczek na wynagrodzenie biegłych oraz ostateczny sposób ich rozliczania. Autor artykułu omawia ponadto nadzór nad biegłymi, a także możliwości ich dyscyplinowania. W konkluzjach wskazuje na te z francuskich uregulowań, które mogłyby być wykorzystane w innych systemach prawnych, w tym w Polsce.

Słowa kluczowe: postępowanie cywilne, dowód z opinii biegłych, ocena dowodów, biegły, prawo francuskie

Dr hab. Piotr Ryłski, prof. Uniwersytetu Warszawskiego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Warszawski, Polska, ORCID: 0000-0002-5399-1624, e-mail: p.rylski@wpia.uw.edu.pl
Data zgłoszenia tekstu przez autora: 24.02.2022 r. data zaakceptowania do publikacji: 31.03.2022 r.

Wprowadzenie

Opracowanie ma na celu przybliżenie zasad funkcjonowania systemu biegłych sądowych we Francji, zwłaszcza w odniesieniu do postępowań cywilnych. Ze względu na fakt, że system biegłych sądowych należy do zagadnień ustrojowych, w niezbędnym zakresie zostaną wskazane także wspólne rozwiązania przyjęte dla postępowania karnego i postępowania sądowoadministracyjnego.

Po pierwsze niniejsza praca zmierza do udzielenia odpowiedzi na następujące pytania: jaki kształt ma ustrojowy status biegłych? czy biegli sądowi są powoływani przez sądy jedynie na podstawie szczególnych list biegłych, czy też dominuje wariant biegłych spoza listy, ewentualnie model mieszany? Po drugie cel artykułu polega także na przedstawieniu mechanizmu powoływania biegłych w postępowaniu cywilnym i roli stron na tym etapie. Chodzi o ustalenie, czy występuje tu swobodna decyzja sądu, czy też sąd jest w tym zakresie związany regulacjami ustawowymi. Po trzecie zamiar autora to ukazanie procesowych możliwości udziału w przygotowaniu przez biegłego opinii oraz możliwość jej oceny i kwestionowania. Po czwarte warto zwrócić uwagę na sposób finansowania opinii biegłych i przyznawania biegłym wynagrodzenia. W szczególności odpowiedzi wymaga pytanie: czy stawki wynagrodzeń podlegają regulacjom urzędowym, czy zasadom wolnorynkowym? Ponadto jako ważną kwestię należy wymienić to, czy wynagrodzenie pokrywane jest z zaliczek uiszczonych przez strony, czy przez państwo. W tym aspekcie istotne okazuje się także ustalenie sposobu i zasad przyznawania wynagrodzenia biegłemu oraz określenie chwili, w której powstaje taki obowiązek. Jako ostatnie zagadnienie należy wskazać odpowiedzialność biegłych za nierzetelną lub niezupełną opinię.

Powyższe cele zostaną zrealizowane przez omówienie zasad funkcjonowania biegłych we Francji w pięciu rozdziałach merytorycznych i konkluzjach. Pierwszy rozdział prezentuje ogólne zagadnienia dotyczące biegłych, w tym przede wszystkim źródła obowiązującego prawa oraz podstawowe zasady prawa dowodowego w odniesieniu do opinii biegłych. Drugi rozdział przedstawia dopuszczenie dowodu z opinii biegłego w postępowaniu cywilnym. Wskazuje podstawową zasadę prawa francuskiego, zgodnie z którą to sąd podejmuje decyzję o powołaniu biegłego. Pojawia się tu także kwestia zaskarżalności tej decyzji. Autor artykułu omawia tu także treść postanowienia dowodowego nazwanego we Francji *la mission*. Rozdział trzeci porusza zagadnienia związane z wyborem osoby biegłego. Ukazuje, kto może zostać biegłym. Szczegółowo analizuje warunki wpisu na listy biegłych sądowych i znaczenie tych list dla systemu biegłych. W tym rozdziale znajdują się też rozważania o możliwości korzystania przez biegłego z wiedzy osób trzecich, o wyłączeniu i zmianie biegłego. W rozdziale czwartym omówione są warunki wykonywania przez biegłego swoich obowiązków. Chodzi o wskazanie na wymaganie bezstronności i rzetelności biegłego oraz sposobów zapewnienia tych gwarancji. Rozdział piąty dotyczy końcowej opinii biegłego, instytucji zastrzeżeń do opinii oraz zagadnień związanych z wynagrodzeniem biegłych i modelem finansowania go w postępowaniu cywilnym.

Przedstawienie wyżej wymienionych kwestii ma służyć poznaniu obcej regulacji prawnej i praktyce jej stosowania. Może również być przydatne w kontekście dyskusji

nad uregulowaniem zagadnień związanych z systemem biegłych w Polsce. Jak wiadomo, dyskusja nad nowym kształtem takiej regulacji już się bowiem rozpoczęła¹.

1. Ogólne zagadnienia dotyczące biegłych w prawie francuskim

1.1. Źródła prawa

Przepisy dotyczące dowodu z opinii biegłych są uregulowane przede wszystkim w przepisach procesowych, czyli kodeksie postępowania cywilnego (*Code de procédure civile*²), kodeksie postępowania karnego (*Code de procédure pénale*³) oraz kodeksie postępowania sądownoadministracyjnego (*Code de justice administrative*⁴). Dalsze rozważania zostaną poświęcone przede wszystkim opinii biegłych w postępowaniu cywilnym, chyba że specyfika danego zagadnienia ze względu na jej uniwersalny walor lub potrzebę wskazania różnic wymagać będzie odniesienia się także do innych procedur.

Istotne znaczenie należy przypisać także aktom ustrojowym dotyczącym biegłych. Kluczowe znaczenie ma tu ustawa z 29.06.1971 r. o biegłych sądowych⁵ oraz akt wykonawczy, którym jest dekret z 23.12.2004 r. o biegłych sądowych⁶. Oba te akty ustrojowe mają zastosowanie do postępowań przed sądami powszechnymi, czyli w sprawach cywilnych i karnych. Zbliżone regulacje dotyczące postępowań sądownoadministracyjnych znajdują się w CJA. W aktach tych uregulowano w szczególności zasady prowadzenia list biegłych, obowiązki biegłego oraz zasady jego odpowiedzialności dyscyplinarnej.

Powołane wyżej akty prawne podlegały w ostatnim czasie licznym zmianom w szczególności pod wpływem orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej ETPC) i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej TSUE). We Francji, w związku z zarzutami co do funkcjonowania systemu biegłych, powołano specjalne zespoły ministerialne, których zadanie polegało na opracowaniu kierunków zmian. Efektem tego było przygotowanie specjalnych raportów z zaleceniami⁷. Zmiany te doprowadziły do znacznego zbliżenia regulacji dotyczącej opinii biegłego i biegłych we wszystkich trzech rodzajach postępowania we Francji.

Warto wskazać, że poza powyższymi aktami prawnymi znaczenie we Francji mają także zalecenia i tzw. dobre praktyki dla opinii biegłych w sprawach cywilnych przygotowane w 2007 r. wskutek konferencji uzgodnieniowej zorganizowanej pod auspicjami Sądu Kasacyjnego⁸. Należy również pamiętać, że stowarzyszenia biegłych

¹ Por. m.in. J. Klimczak, *System biegłych sądowych w ocenie sędziów*, „Prawo w Działaniu” 2017/31, s. 177–201; J. Włodarczyk-Madejska, *Opinia biegłego w sprawach cywilnych w świetle badania aktowego*, „Prawo w Działaniu” 2017/31, s. 155–176; K. Joński, P. Ostaszewski, *The costs of maintaining the expert witness system*, „Prawo w Działaniu” 2017/31, s. 202–212.

² <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070716/> – dalej CPC.

³ <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006071154/> – dalej CPP.

⁴ <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070933/> – dalej CJA.

⁵ *Loi n° 71-498 du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires* – dalej ustawa z 1971 r.

⁶ *Décret n°2004-1463 du 23 décembre 2004 relatif aux experts judiciaires* – dalej dekret z 2004 r.

⁷ Efektem był m.in. raport z komisji pod przewodnictwem D. Chabanol z 2011 r. – *Rapport de la commission de réflexion sur l'expertise*, http://www.justice.gouv.fr/art_pix/rapp_com_reflexion_expertise.pdf (dostęp 15.12.2021 r.) – dalej *Rapport*.

⁸ https://www.expertcomptablejudiciaire.org/uploads/document/file/26/TXT_conference_consensus.pdf (dostęp 17.02.2022 r.) – dalej *Bonnes pratiques*.

sądowych poszczególnych dziedzin także przygotowały własne zasady deontologiczne oraz dobre praktyki, które mają istotne znaczenie praktyczne dla funkcjonowania systemu biegłych w poszczególnych specjalnościach⁹. Ponadto wskazuje się, że na bazie idei umownego kształtowania postępowania cywilnego wiele sądów, izb adwokackich i stowarzyszeń biegłych zawarło umowy w celu doprecyzowania sposobu i zasad sporządzania opinii w danym okręgu sądowym z zachowaniem przepisów prawa powszechnie obowiązującego¹⁰.

1.2. Podstawowe zasady dowodu z opinii biegłego

W prawie francuskim dowód z opinii biegłego (*la preuve par expertise*) definiuje się jako środek, którym zleceniodawca powierza innej osobie – biegłemu (*expert*) – zadanie wyjaśnienia zagadnienia technicznego lub naukowego, aby umożliwić lub ułatwić podjęcie należącej do niego decyzji¹¹.

Opinię biegłego zleca sąd w toku procesu. Wówczas określa się ją jako opinię sądową (*expertise judiciaire*). Według prawa francuskiego taka opinia może zostać zlecona przez sąd nie tylko w toku pierwszej instancji lub postępowania apelacyjnego, ale także przed wszczęciem postępowania sądowego w trybie szczególnego zabezpieczenia dowodu (dowód *in futurum*)¹². W przypadku roszczeń odszkodowawczych o znacznej wartości, jest to najczęściej spotykany sposób wyznaczania biegłego¹³. Zazwyczaj bowiem to przedsiębiorcy dążą do jak najpełniejszego zgromadzenia materiału dowodowego przed wytoczeniem powództwa. Często na podstawie takiej opinii biegłego i jego ustaleń co do odpowiedzialności (czy też jej braku) strony starają się negocjować wysokość należnego odszkodowania na etapie przedsądowym, co może ograniczać liczbę sporów.

Powyższa opinia nie może być mylona z opinią prywatną biegłego (*expertise de partie*) sporządzoną na zlecenie strony i przedstawioną w sądzie. Prawo francuskie generalnie nie wyklucza takiej opinii, choć traktuje ją jako dowód z dokumentu. Jej moc dowodowa jest zatem niższa niż opinii biegłego sądowego i nie w każdym przypadku taka opinia może zostać wykorzystana¹⁴. Niniejsze opracowanie porusza tematykę jedynie dotyczącą opinii biegłych sądowych¹⁵.

⁹Francuskie stowarzyszenie biegłych opublikowało kodeks etyki biegłego, por. <https://www.cncej.org/publications/public/actes> (dostęp: 14.06.2022 r.).

¹⁰Jako przykład wskazuje się umowę zawartą przez Sąd Pierwszej Instancji w Paryżu (*TGI de Paris*) dotyczącą określenia postępowania przy sporządzaniu opinii w sprawach cywilnych z maja 2006 r. lub przez Sąd Apelacyjny w Paryżu określającą sposób formułowania konkluzji końcowych opinii biegłych w postępowaniu cywilnym z czerwca 2009 r.

¹¹O. Leclerc [w:] *Droit de la preuve*, E. Vergès, G. Vial, O. Leclerc, Paris 2017, s. 669.

¹²Podstawę taką daje art. 145 CPC, według którego na wniosek każdego zainteresowanego sąd może przeprowadzić dowód przed wszczęciem jakiegokolwiek postępowania, jeśli istnieją uzasadnione przyczyny do zachowania dowodu lub ustalenia faktów niezbędnych dla przyszłego postępowania.

¹³Co ciekawe wedle badań francuskiego Ministerstwa Sprawiedliwości z 2003 r. aż 70% opinii biegłych było przeprowadzanych jeszcze przed wszczęciem postępowania (por. L. Leroy-Gissinger, *Le rôle du juge* [w:] *L'expertise en matière civile*, red. D. Loriferne, Paris 2013, s. 120).

¹⁴Por. szerzej O. Leclerc [w:] *Droit...*, s. 622–631.

¹⁵Na temat dowodu z prywatnej opinii biegłego w ujęciu porównawczym por. P. Ryłski, *Prywatna opinia biegłego w postępowaniu cywilnym – analiza prawnoporównawcza*, Warszawa 2009, <https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/08/P-Rylyski-Prywatna-opinia-bieg%C5%82ego-w-post%C4%99powaniu-cywilnym-2009.pdf> (dostęp: 17.02.2022 r.).

Trzeba też pamiętać, że we Francji wyróżnia się trzy formy udziału specjalisty (biegłego) w postępowaniu dowodowym: oględziny dokonywane przez specjalistę (*constatation*), konsultację (*consultation*) oraz opinię biegłego (*expertise*). W literaturze przyjmuje się, że szeroka gama tych trzech środków umożliwia uzyskanie przez sąd informacji szczególnych bez potrzeby angażowania w każdym przypadku długotrwałej i kosztownej procedury sporządzenia opinii przez biegłego. Zgodnie zatem z art. 263 CPC sąd może zarządzić sporządzenie przez biegłego opinii (*expertise*) tylko wtedy, gdy nie jest wystarczające przeprowadzenie przez niego oględzin lub zasięgnięcie konsultacji. Przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego zostało szczegółowo uregulowane przepisami kodeksu i z reguły wiąże się z potrzebą wyznaczenia biegłemu dłuższego czasu na przeprowadzenie właściwej analizy, o czym mowa w dalszej części opracowania.

2. Dopuszczenie dowodu z opinii biegłego

2.1. Swoboda wyboru biegłego przez sąd

Dowód z opinii biegłych jest regulowany ogólnymi przepisami CPC o dopuszczeniu i przeprowadzaniu dowodów przy udziale specjalistów (tzw. *techniciens*). Według tych reguł wyłącznie sąd orzekający podejmuje decyzję o dopuszczeniu tego dowodu, co może uczynić z urzędu, na wniosek strony lub prokuratora biorącego udział w postępowaniu cywilnym. To zatem jedynie do sądu należy suwerenna ocena przesłanek dopuszczenia tego dowodu, czyli ocena potrzeby wyjaśnienia określonej kwestii. Orzecznictwo daje zatem sądowi prawo do oddalenia wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego, jeśli sąd uzna, że jest już w posiadaniu niezbędnych informacji¹⁶. Sąd ma również możliwość zmiany pytań zadanych przez strony biegłemu¹⁷ czy wyboru jednego biegłego w miejsce kilku biegłych żądanych przez stronę¹⁸.

W orzeczeniach Sądu Kasacyjnego podkreśla się potrzebę uzasadnienia przez sąd postanowienia o odmowie uzupełnienia opinii biegłego lub sporządzenia kontropinii (*contre-expertise*), czyli nowej opinii w celu ponownej oceny zagadnienia ocenionego w pierwszej opinii¹⁹. W postępowaniu karnym, odmiennie niż w postępowaniu cywilnym, istnieje wyraźna podstawa prawna zobowiązująca do uzasadniania orzeczenia o odmowie przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego²⁰.

Od zasady swobodnej oceny przy dopuszczeniu dowodu wyróżnia się dwa istotne odstępstwa. Pierwsze z nich obejmuje przypadki dowodów biologicznych (*l'expertise biologique*) w sprawach o ustalenie lub zaprzeczenie ojcostwa lub macierzyństwa albo o alimenty. W tych sprawach Sąd Kasacyjny przyjął, że dowód z opinii biegłych jest prawem strony, chyba że istnieje uzasadniony powód jego nieprzeprowadzenia²¹. Sąd zatem musi zawsze taki dowód przeprowadzić na wniosek stron. Drugi wyjątek

¹⁶ W orzecznictwie Rady Stanu por. wyrok z 12.12.2007 r., nr 298155; wyrok z 23.10.2013 r., nr 360961.

¹⁷ Por. wyrok Sądu Kasacyjnego Izby karnej z 14.03.2012 r., nr 11–89.178.

¹⁸ Por. wyrok Sądu Kasacyjnego 2 Izby cywilnej z 13.07.2005 r., *Revue Dalloz* 2005, s. 2340.

¹⁹ Por. wyrok Sądu Kasacyjnego 2 Izby cywilnej z 26.06.2008 r., nr 07–13.875.

²⁰ Por. art. 156 CPP, wedle którego sąd powinien wydać odmowne postanowienie z uzasadnieniem w terminie miesiąca od złożenia wniosku przez stronę.

²¹ Por. wyrok Sądu Kasacyjnego 1 Izby cywilnej z 28.03.2000 r., nr 98–12806.

dotyczy obowiązku przeprowadzenia kontropinii na wniosek strony w niektórych przypadkach w postępowaniu karnym (np. w sytuacji podważania przez stronę opinii biegłego wskazującej stan jej poczytalności²²).

2.2. Zaskarżanie decyzji o powołaniu biegłego

Odmienne niż w przypadku innych środków dowodowych²³ postanowienie o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego, ze względu na swoją rangę, może być zaskarżone apelacją niezależną od zaskarżenia orzeczenia co do istoty sprawy (odpowiednik zażalenia w Polsce), jeśli wyrazi na to zgodę prezes sądu apelacyjnego i jeśli jest to uzasadnione ważnymi powodami²⁴.

W postępowaniu karnym zaskarżalność orzeczenia w przedmiocie dowodu z opinii biegłego zależy od tego, czy chodzi o odmowę przeprowadzenia tego dowodu przez sędziego śledczego (*juge d'instruction*), czy o orzeczenie oddalające wniosek o przeprowadzenie kontropinii lub przeprowadzenie opinii uzupełniającej. W pierwszym przypadku wymagana jest zgoda prezesa sądu na przeprowadzenie postępowania odwoławczego (art. 186–1 CPP). W drugim – taka zgoda nie jest wymagana, jeśli sędzia śledczy nie rozpoznał środka zaskarżenia w terminie miesiąca od jego wniesienia (art. 167 ust. 4 CPP).

2.3. Określenie zadań biegłego przez sąd (*la mission*)

W przypadku gdy sąd dopuszcza dowód z opinii biegłego, musi szczegółowo określić tezę dowodową, czyli precyzyjnie wskazać zadania, które ma wykonać biegły w postępowaniu. Orzeczenie takie jest nazywane powierzeniem biegłemu misji (*la mission*). Sąd ma swobodę w określeniu misji, choć podlega to kontroli Sądu Kasacyjnego²⁵.

Wyszczególnienie biegłemu zadań stanowi konieczność w celu odróżnienia opinii biegłego od innych czynności dowodowych z udziałem specjalistów. Jak już wspomniano w niniejszym artykule, według przepisów francuskiego postępowania dowodowego opinia biegłego powinna być dopuszczana jedynie w ostateczności (ma charakter subsydiarny), jeśli danych okoliczności nie można ustalić za pomocą konsultacji specjalistycznej (*consultation*) lub oględzin z udziałem specjalisty (*constataion*)²⁶.

Oględziny z udziałem biegłego, konsultacja specjalistyczna oraz opinia biegłego stanowią trzy środki o rosnącym stopniu zaangażowania wiedzy specjalistycznej²⁷. Cel oględzin z udziałem specjalisty to jedynie zaobserwowanie pewnego stanu faktycznego lub zjawiska (*relevé d'une situation*). Konsultacja polega natomiast na dostarczeniu przez biegłego aktualnego stanu wiedzy na zadany temat. W przypadku opinii biegłego dochodzi zaś do połączenia samego zaobserwowanego zjawiska

²² Por. art. 167–1 CPP zd. 3, według którego żądanie kontropinii jest prawem strony. W takim wypadku kontropinię sporządza dwóch biegłych.

²³ Według art. 150 CPC postanowienie o dopuszczeniu lub odmowie dopuszczenia dowodu nie jest zaskarżalne samodzielnym środkiem zaskarżenia, chyba że ustawa stanowi inaczej.

²⁴ Artykuł 272 ust. 1 CPC.

²⁵ Por. wyrok Sądu Kasacyjnego 1 Izby cywilnej z 26.11.1980 r., Bulletin des arrêts 1980/308.

²⁶ Według art. 263 CPC dowód z opinii biegłego może być dopuszczony jedynie w wypadku, gdy oględziny z udziałem specjalisty lub konsultacja specjalistyczna nie są wystarczające do wyjaśnienia stanu faktycznego.

²⁷ O. Leclerc [w:] *Droit...*, s. 676.

z wiedzą specjalistyczną niezbędną do ustalenia przyczyn zjawiska lub jego pełnego przebiegu, co ma prowadzić do konkluzji. W doktrynie podnosi się jednak, że rozróżnienie powyższych środków nie zawsze jest proste. Każdy z nich stanowi do pewnego stopnia połączenie wiedzy specjalistycznej i pewnych, koniecznych czynności. Stąd w praktyce podkreśla się, że sądy dają pierwszeństwo opinii biegłego²⁸.

Identyczna trudność pojawia się zresztą w przypadku instytucji znanej z postępowania karnego, czyli tzw. opinii specjalistycznej (*avis techniques*), do której sąd powinien się odwołać, gdy stan sprawy nie wymaga skomplikowanych ustaleń²⁹. Specjaliści wykorzystywani w takich czynnościach nie podlegają tym samym wymaganiom co biegli sądowi. Na tle instytucji *avis techniques* wypowiadał się Sąd Kasacyjny. Przyjął on, że art. 6 ust. 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka³⁰ nie sprzeciwia się temu, aby uznać, iż autor opinii specjalistycznej z postępowania karnego mógł pełnić rolę biegłego w późniejszym postępowaniu cywilnym co do tych samych faktów³¹. Wynika z tego, że nie istnieje sztywna i jednoznaczna linia podziału między omawianymi instytucjami, a stopień wymaganej wiedzy specjalistycznej jest często ocenny.

Zakres powierzonej biegłemu misji wyznacza granice podejmowanych przez niego czynności. Nie może on zatem ograniczyć swej misji ani wyjść poza jej ramy³². W postanowieniu o dopuszczeniu dowodu określa się ponadto termin, w którym biegły musi złożyć swoją opinię (*rapport*) w sądzie³³. Do dobrych praktyk zalicza się wymaganie, aby sąd spotkał się z biegłym i ze stronami na specjalnym posiedzeniu wstępnym, aby omówić zakres powierzonej biegłemu misji, dokumentów i innych dowodów, które mają być mu udostępnione, oraz ustalić terminy³⁴. W postępowaniu karnym ustawa wprost wskazuje, że prokurator i strony wnioskujące o dowód z opinii biegłego mogą sprecyzować pytania, które sąd powinien zadać biegłemu³⁵.

Rozpowszechnioną praktyką jest żądanie sądu, aby biegły sporządził opinię wstępną (*pré-rapport*). Biegły ma w niej obowiązek poinformować, jakie dotychczas wykonał czynności i jakie dotychczas sformułował wnioski lub ustalenia. Opinię wstępną doręcza się stronom. Mogą one wnosić zastrzeżenia lub uwagi, a ewentualnie

²⁸ *Rapport*, s. 7.

²⁹ Por. art. 60 CPP, wedle którego uprawnienie to przysługuje Policji w toku postępowania przygotowawczego.

³⁰ Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4.11.1950 r. (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284).

³¹ Por. wyrok Sądu Kasacyjnego 2 Izby cywilnej z 8.02.2006 r., nr 04-12.864 oraz 04-14.455.

³² Według art. 238 ust. 1 i 2 CPC biegły ma obowiązek udzielić odpowiedzi na wszystkie pytania mu zleczone. Nie może odnosić się do innych kwestii, chyba że strony wyrażą na to zgodę na piśmie.

³³ Według art. 239 CPC biegły jest obowiązany przestrzegać nałożonych na niego terminów (*„Le technicien doit respecter les délais qui lui sont impartis”*).

³⁴ Por. propozycje zawarte w *Bonnes pratiques*, s. 16. W praktyce proponuje się, aby odbyły się co najmniej trzy spotkania stron i biegłego. Pierwsze spotkanie ma na celu zaprezentowanie stron, biegłego i przedstawienie głównych punktów ekspertyzy. Kolejne spotkania pozwalają na wyjaśnienie kwestii spornych i niejasności, a także są okazją do przedstawienia stanowisk przez strony. Natomiast spotkanie końcowe służy najczęściej przedstawieniu wersji roboczej raportu, a także zebraniu dotyczących go uwag i pytań. Im bardziej skomplikowany stan faktyczny, tym więcej spotkań w ramach ekspertyzy (w dużych sprawach może być ich nawet kilkanaście lub więcej).

³⁵ Por. art. 156 ust. 1 CPP.

nawet wskazywać na potrzebę zmodyfikowania dotychczasowej oceny dokonanej przez biegłego³⁶.

Sąd, który zlecił biegłemu sporządzenie opinii, lub sędzia, który nadzoruje jej wykonanie, mogą zmienić zakres misji biegłego³⁷. Swoboda sądu w określeniu misji biegłego nie jest jednak nieograniczona. Po pierwsze powinna ona odnosić się jedynie do ustalenia faktów. W żadnym wypadku biegły nie może dokonywać oceny stanu prawnego. Zasada ta ma umocowanie ustawowe³⁸. Wynika to z założenia, że wypowiadanie się o kwestiach prawnych jest zastrzeżone dla sądu. Oczywiście praktyka i orzecznictwo wskazują, że niełatwo oddzielić sferę prawną od faktycznej. Jak podkreśla się w doktrynie, skoro biegły pomaga sądowi zakwalifikować pewne zdarzenia pod normę prawną, to dokonanie jej oceny może być niezbędne w drodze tzw. kwalifikacji wstępnej (*pré-qualification*). Dotyczy to zwłaszcza takich pojęć prawnych jak wina, interes dziecka czy zaburzenia psychiczne³⁹. Po drugie trzeba pamiętać, że w postępowaniu cywilnym biegły nie może otrzymać zadania polegającego na pojednaniu stron postępowania⁴⁰. Jednakże w orzecznictwie przyjęto, że biegły może stwierdzić zawarcie ugody lub pojednanie stron, jeśli doszło do tego w toku czynności z jego udziałem⁴¹. Samo to rozróżnienie jest jednak krytykowane w doktrynie jako sztuczne i nieodpowiadające potrzebom praktyki⁴².

Całkiem odmienne założenie przyjęto zaś we francuskim postępowaniu sądowo-administracyjnym, umożliwiając sądowi zakreślenie wśród zleconych mu zadań także przeprowadzenie mediacji⁴³.

3. Osoba biegłego

Sąd, który dopuścił dowód z opinii biegłego, ma możliwość wyboru, czy będzie to jeden biegły czy kilku biegłych⁴⁴. W doktrynie wskazuje się, że wymaga to oceny, na ile zwiększenie kosztów opinii i wydłużenie czasu w przypadku jej sporządzenia przez kilku biegłych rekompensują zmniejszenie ryzyka błędu w opinii przygotowanej przez jedną osobę⁴⁵.

³⁶ O. Leclerc [w:] *Droit...*, s. 677.

³⁷ Według art. 236 CPC sąd, który dopuścił dowód z opinii biegłego, lub sędzia, który nadzoruje jej sporządzenie, może rozszerzyć lub ograniczyć misję biegłego.

³⁸ Według art. 238 ust. 3 CPC biegły nie może oceniać stanu prawnego („*Il ne doit jamais porter d'appréciations d'ordre juridique*"). Zgodnie z art. 158 CPP misja biegłego może odnosić się tylko do kwestii natury technicznej wskazanej w postanowieniu o dopuszczeniu dowodu.

³⁹ Por. O. Leclerc, *Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, Paris 2005, s. 195.

⁴⁰ Wyraźny zakaz w tym zakresie przewiduje art. 240 CPC („*Le juge ne peut donner au technicien mission de concilier les parties*").

⁴¹ Por. wyrok Sądu Kasacyjnego 2 Izby cywilnej z 21.07.1986 r., *Bulletin des arrêts* nr 131.

⁴² O. Leclerc [w:] *Droit...*, s. 677.

⁴³ Por. art. R621-1 zd. 2 CJA, wedle którego misja biegłego może polegać na przeprowadzeniu mediacji („*L'expert peut se voir confier une mission de médiation*").

⁴⁴ Zgodnie z art. 264 CPC na biegłego powołuje się jedną osobę, chyba że sąd uzna za konieczne powołanie kilku biegłych („*Il n'est désigné qu'une seule personne à titre d'expert à moins que le juge n'estime nécessaire d'en nommer plusieurs*"). Podobne regulacje zawierają art. 159 CPP oraz art. R621-2 CJA.

⁴⁵ O. Leclerc [w:] *Droit...*, s. 678.

3.1. Listy biegłych

Wybór osoby biegłego przez sąd jest wolny. Prawo w tym zakresie nie ogranicza sądu żadnymi szczegółowymi wytycznymi. Jednakże, aby ułatwić znalezienie odpowiedniego biegłego z konkretnej specjalności, a przede wszystkim aby zapewnić niezbędny poziom kwalifikacji biegłych, sądy francuskie mają obowiązek prowadzenia dla swojego okręgu list biegłych sądowych⁴⁶. W przypadku postępowania cywilnego i karnego takie listy tworzy się dla obszaru sądów apelacyjnych. Natomiast lista ogólnokrajowa jest prowadzona przez Sąd Kasacyjny. Własne listy prowadzą także sądy administracyjne⁴⁷.

Biegli wpisani na listę mogą posługiwać się specjalnym tytułem biegłego sądowego przy Sądzie Kasacyjnym (*d'expert agréé par la Cour de cassation*) lub przy określonym sądzie apelacyjnym (*d'expert près la cour d'appel de...*)⁴⁸. Tytuł biegłego (*expert de justice*) podlega ochronie prawnej na mocy przepisów prawa karnego.

Biegli wpisani na listę są przyporządkowani do różnych organizacji zawodowych biegłych (*compagnies d'experts*) wedle ich specjalności. Biegłych z listy powołują nie tylko sądy, lecz także adwokaci lub organy administracji. Listy biegłych są powszechnie dostępne⁴⁹. We Francji zarejestrowanych jest od 8000 do 10.000 biegłych sądowych.

Prawo francuskie, mimo że nie zabrania sądom powoływania biegłych spoza listy (*hors liste*), to jest to w praktyce rzadkie. W pierwszej kolejności sąd powinien zatem wybrać biegłego z listy sądowej⁵⁰. W postępowaniu cywilnym sąd dopuszczając dowód z opinii biegłego, powinien uzasadnić, jakie wyjątkowe okoliczności stanowią przyczynę powołania biegłego spoza listy⁵¹. Podobnie wygląda to w postępowaniu sądowoadministracyjnym⁵² i karnym⁵³.

Jak widać, mimo że sądy nie są oficjalnie zobligowane do korzystania z list biegłych sądowych, to w praktyce mają one kluczowe znaczenie w doborze osób sporządzających opinie we Francji. Powoływanie biegłych spoza listy zdarza się sporadycznie⁵⁴.

3.1.1. Sporządzanie list biegłych

W aktualnym stanie prawnym sporządzanie list biegłych sądowych nie różni się w postępowaniach cywilnych, karnych i sądowoadministracyjnych. Zwłaszcza

⁴⁶O. Leclerc [w:] *Droit...*, s. 678.

⁴⁷Por. art. R221-9 CJA.

⁴⁸Artykuł 3 ustawy z 1971 r.

⁴⁹Por. przykładowo listę biegłych przy Sądzie Kasacyjnym https://www.courdecassation.fr/files/files/Vous%20%C3%AAtes/Experts/2021-06-18_CC%20_liste_experts.pdf (dostęp: 17.02.2022 r.).

⁵⁰Wynika to wprost z art. 1 ustawy z 1971 r., wedle którego z zastrzeżeniem innych przepisów sąd powinien powołać biegłego z listy biegłych, o której mowa w art. 2. Może jednak w konkretnym przypadku sięgnąć po inną osobę według własnego wyboru.

⁵¹Zgodnie z art. 265 ust. 1 CPC powołanie biegłego wymaga m.in. podania okoliczności, które wyjątkowo uzasadniały powołanie biegłego spoza listy.

⁵²Por. art. R531-1 CJA.

⁵³Według art. 157 ust. 2 CPP w wyjątkowych sytuacjach sąd może, wydając uzasadnione postanowienie, dopuścić dowód z opinii biegłego spoza osób znajdujących się na liście biegłych.

⁵⁴O. Leclerc [w:] *Droit...*, s. 679.

sytuacja w postępowaniu karnym od 2004 r. wygląda dokładnie tak samo jak w postępowaniu cywilnym⁵⁵.

Lista biegłych przy każdym sądzie apelacyjnym jest ustalana raz w roku przez zgromadzenie ogólne sędziów sądu apelacyjnego (*l'assemblée générale des magistrats du siège de la cour d'appel*) pod przewodnictwem pierwszego prezesa sądu apelacyjnego⁵⁶. W posiedzeniu uczestniczą także – przynajmniej po jednym przedstawicielu – sędziowie z sądów niższych szczebli znajdujących się w danej apelacji oraz sekretarz sądowy z sądu apelacyjnego, którego zadanie polega na sporządzeniu protokołu z obrad. Listę ogólnokrajową przygotowuje biuro organizacyjne Sądu Kasacyjnego. Sytuacja wygląda podobnie w postępowaniu sądowoadministracyjnym, gdzie raz w roku lista jest sporządzana przez prezesa sądu administracyjnego.

Biegłych wpisuje się na listę do różnych rubryk według ich specjalności. Przez długi czas dobór tych specjalności i formułowanie nazw rubryk były pozostawione sądom apelacyjnym, które kierowały się własnym uznaniem co do ich praktycznej przydatności. Od 2005 r. Ministerstwo Sprawiedliwości przygotowało jednolitą nomenklaturę specjalności biegłych, która ma obligatoryjne zastosowanie do wszystkich sądów powszechnych we Francji. W 2013 r. podobna nomenklatura została opracowana dla sądów administracyjnych. Obie listy nazw dziedzin są prawie identyczne. W obu występuje 8 głównych dziedzin (*branches*)⁵⁷ podzielonych na poddziedziny nazywane *rubriques* i *spécialités*.

O ile nazewnictwo specjalności kształtuje się obecnie jednolicie, o tyle poszczególne sądy mogą swobodnie decydować o kryteriach umieszczania danego biegłego w danej rubryce. W sprawach cywilnych i karnych ocenę taką dokonują zatem zgromadzenia sędziów apelacji, biorąc pod uwagę potrzeby danej apelacji. Muszą one także ocenić kwalifikacje poszczególnych kandydatów⁵⁸. W postępowaniu sądowoadministracyjnym ocenę taką dokonuje prezes sądu apelacyjnego po uprzednim zasięgnięciu opinii szczególnej komisji kwalifikacyjnej⁵⁹.

Decyzja o wpisaniu na listę biegłych lub o ponownym wpisaniu na taką listę po upływie kadencji ma istotne znaczenie dla biegłych z punktu widzenia ich kariery zawodowej i możliwości posługiwania się określonym tytułem. Stąd często decyzja ta jest przedmiotem sporów. W orzecznictwie Sądu Kasacyjnego przez lata utrwalił się pogląd, że odmowa wpisania na listę⁶⁰ lub odmowa ponownego wpisania na listę⁶¹ nie wymaga uzasadnienia. Wymienia się tu dwa powody: po pierwsze nie przewidywał tego żaden przepis prawa⁶², po drugie decyzja nie rozstrzyga o żadnym ograniczeniu praw podmiotowych. Zmianę w powyższej kwestii dokonano jednak w 2004 r., gdy

⁵⁵ Od reformy w 2004 r. art. 157 CPP odsyła – jeśli chodzi o sporządzanie listy biegłych – do przepisów postępowania cywilnego.

⁵⁶ Por. art. 8 dekretu z 2004 r.

⁵⁷ Główne dziedziny to: A. Rolnictwo, żywność, zwierzęta i leśnictwo; B. Sztuka, kultura, komunikacja i media oraz sport; C. Budownictwo, roboty publiczne, zarządzanie nieruchomościami; D. Ekonomia i finanse; E. Przemysł; F. Zdrowie; G. Medycyna sądowa, kryminalistyka; H. Językoznawstwo i tłumaczenia.

⁵⁸ Por. wyrok Sądu Kasacyjnego 2 Izby cywilnej z 21.09.2006 r., nr 05-21.978.

⁵⁹ Por. art. R221-9 ust. 2 CJA.

⁶⁰ Por. wyrok Sądu Kasacyjnego 2 Izby cywilnej z 22.05.2008 r., nr 08-11.807 oraz z 4.06.2009 r., nr 09-11.317.

⁶¹ Wyrok Sądu Kasacyjnego 2 Izby cywilnej z 13.10.2005 r., *Revue Dalloz* 2005, s. 2628.

⁶² Wymaganie takiego uzasadnienia następuje tylko w przypadku wpisania na listę pracowników społecznych, którzy przygotowują wywiad środowiskowy (*l'enquête sociale*). Wynika to z Dekretu nr 2009-285 z 13.03.2009 r.

nałożono obowiązek uzasadnienia odmowy ponownego wpisania na listę biegłych. Natomiast od 2012 r. konieczność uzasadnienia rozszerzono także na decyzję o niewpisaniu biegłego na listę po raz pierwszy. W postępowaniu sądowoadministracyjnym wymaganie takie wprowadzono w 2013 r. Od tego czasu zgromadzenia sędziów apelacji są zobligowane do uzasadnienia swoich decyzji o odmowie wpisu lub ponownego wpisu na listę biegłych⁶³, przy czym uzasadnienie nie może być ogólnikowe. Biegły, któremu odmówiono ponownego wpisania na listę, powinien – według Sądu Kasacyjnego – mieć możliwość zgłoszenia swoich uwag⁶⁴. Decyzja o wpisie lub ponownym wpisie na listę biegłych podlega zaskarżeniu do Sądu Kasacyjnego w terminie miesiąca od daty powiadomienia⁶⁵. Kontrola dokonywana przez Sąd Kasacyjny odnosi się tylko do zbadania prawidłowości postępowania związanego z oceną kandydatury biegłego. Sąd nie ocenia kwalifikacji zawodowych kandydata ani potrzeby dokonania wpisu na listę⁶⁶ z wyjątkiem rażąco błędnej oceny (*une erreur manifeste d'appréciation*)⁶⁷.

Wycofanie (*retrait*) lub skreślenie (*radiation*) z listy biegłych może nastąpić na podstawie decyzji organu, który dokonał wpisu. Następuje to na ogół jedynie w dwóch przypadkach: po pierwsze z powodu stanu zdrowia biegłego, a po drugie w związku z ubezwłasnowolnieniem biegłego lub popełnieniem przewinienia dyscyplinarnego (*faute disciplinaire*)⁶⁸. Rozstrzygnięcia te zgodnie z orzecznictwem Rady Stanu mają charakter orzeczniczy (*juridictionnelle*)⁶⁹. Mogą być zatem zaskarżone albo przed sądem apelacyjnym, albo przed Sądem Kasacyjnym⁷⁰ – w zależności, czy dotyczą listy sądu apelacyjnego czy listy ogólnokrajowej.

⁶³ Przykładowo w orzecznictwie wskazano na: „poważne trudności w relacjach biegłego ze stronami i ich pełnomocnikami, brak lojalności i uczciwości wymaganej od biegłego” (wyrok Sądu Kasacyjnego 2 Izby cywilnej z 21.09.2006 r., nr 06–10.852; tłumaczenie – P.R.). Ponadto „fakt, że biegły wykonywał wcześniej zlecenia dla towarzystwa ubezpieczeniowego nie stanowi sam z siebie działalności niedającej się pogodzić z niezależnością wymaganą od biegłego sądowego” (wyrok Sądu Kasacyjnego 2 Izby cywilnej z 22.05.2008 r., 08–10.840; tłumaczenie – P.R.).

⁶⁴ Wyrok Sądu Kasacyjnego 2 Izby cywilnej z 21.09.2006 r., *Revue Dalloz* 2006, s. 2480.

⁶⁵ Artykuł 20 dekretu z 2004 r.

⁶⁶ Wyrok Sądu Kasacyjnego 2 Izby cywilnej z 21.09.2006 r., *Bulletin des arrêts* nr 239.

⁶⁷ Wyrok Sądu Kasacyjnego 2 Izby cywilnej z 14.05.2009 r., nr 09–10.712.

⁶⁸ Przyczyny te szczegółowo wymienia art. 5 ustawy z 1971 r. Według tego przepisu na listę może być wpisana osoba, która:

- nie może mieć ukończonego 70. roku życia (w praktyce wymaga się, aby biegły rejestrowany w wykazie biegłych miał od 35 do 57–58 lat);
- posiada obywatelstwo Unii Europejskiej;
- nie dopuściła się w przeszłości niehonorowych i nieuczciwych działań ani działań stojących w sprzeczności z dobrymi obyczajami;
- nie była w przeszłości objęta sankcjami dyscyplinarnymi ani administracyjnymi skutkującymi jego odwołaniem, wykreśleniem z rejestru, wyłączeniem, wycofaniem udzielonej mu zgody lub cofnięciem udzielonego mu upoważnienia;
- nie została postawiona w stan upadłości ani poddana żadnej innej sankcji przewidzianej w kodeksie spółek handlowych;
- prowadziła działalność zawodową w obszarze swojej specjalizacji minimum przez określony okres;
- nie prowadziła w przeszłości żadnego rodzaju działalności sprzecznej z niezależnością niezbędną do pełnienia funkcji biegłego sądowego (prawnego);
- prowadziła działalność w okręgu leżącym w obszarze właściwości sądu.

⁶⁹ Wyrok Rady Stanu z 23.03.2012 r. nr 355151.

⁷⁰ Sprawy te są bardzo sporne. W 2012 roku w 2 Izbie cywilnej Sądu Kasacyjnego, która jest właściwa w tych sprawach, toczyło się około 100 spraw dotyczących wpisu lub wykreślenia z listy biegłych; por. L. Leroy-Gissinger, *L'expert judiciaire* [w:] *L'expertise en matière civile*, red. D. Loriforne, Paris 2013, s. 110.

3.1.2. Warunki wpisania na listę biegłych

Biegli sądowi nie stanowią we Francji oddzielnej grupy zawodowej. Wynika to wprost zarówno z doktryny⁷¹, jak i z aktów prawnych⁷². Z tego względu kompetencje niezbędne do wpisania na listę poszczególne sądy określają samodzielnie.

Dekret – z uwagi na potrzeby list biegłych przy sądach apelacyjnych w postępowaniu cywilnym i karnym – wymaga, aby osoba, która ma być wpisana na listę, wykonywała przez dostatecznie długi czas zawód lub czynności zawodowe niezbędne dla danej specjalności⁷³ oraz aby wypełniała je w stopniu wystarczającym do powierzenia jej zadań biegłego⁷⁴. Podobnie sytuacja wygląda w postępowaniu sądowoadministracyjnym – osoba fizyczna, aby zostać wpisana na listę, musi przez co najmniej 10 nieprzerwanych lat wykonywać zawód lub inne czynności zawodowe w ramach specjalności, w której ma uzyskać wpis⁷⁵.

Ustawy wymagają także, aby wykonywana dotąd aktywność biegłego nie pozostawała w sprzeczności z niezbędną – w przypadku biegłego sądowego – niezależnością⁷⁶. W postępowaniu sądowoadministracyjnym w tym celu dodatkowo nakazuje się, aby do wniosku o wpis na listę dołączyć oświadczenia kandydata na biegłego o istnieniu pośrednich lub bezpośrednich powiązań ze wszystkimi podmiotami prawa publicznego i prywatnego w zakresie swojej specjalności oraz o innych okolicznościach mogących podważać niezależność biegłego⁷⁷.

Brak ustanowienia oddzielnej profesji biegłych sądowych w praktyce wywołuje różnicowanie pod względem tego, jak często poszczególni biegli są powoływani do sporządzania opinii przez sądy. Powoduje to, że przeważająca liczba tych najczęściej powoływanych utrzymuje się właśnie z wykonywania czynności biegłego sądowego i nie funkcjonuje na rynku. Biegli ci tracą wówczas kontakt z zawodem, będącym ich specjalnością, i ograniczają się jedynie do oceny pracy zawodowej innych osób⁷⁸. Inni biegli natomiast zajmują się opiniami sądowymi jedynie dorywczo⁷⁹. Mimo że dostrzeżono to zjawisko oraz różnicowanie częstotliwości powoływania danych osób do sporządzania opinii nie znaleziono dotychczas żadnego konstruktywnego rozwiązania⁸⁰.

W wyniku orzeczenia TSUE z 17.03.2011 r. w sprawie *Peñarroja* uznano biegłego za podmiot świadczący usługi w rozumieniu prawa Unii Europejskiej (dalej UE). W związku z tym od 2012 r. akty prawne we Francji zrównały wymaganie dotyczące doświadczenia uzyskanego za granicą w innych krajach UE z doświadczeniem

⁷¹ Por. O. Leclerc [w:] *Droit...*, s. 682.

⁷² Według okólnika Ministra Sprawiedliwości z 16.11.2005 r. „Biegli sądowi współpracują z wymiarem sprawiedliwości, ale nie stanowią grupy zawodowej, ani nie należą do tzw. zawodów regulowanych” (tłumaczenie – P.R.; *profession réglementée*).

⁷³ Por. art. 2 pkt 4 dekretu z 2004 r. („*Exercer ou avoir exercé pendant un temps suffisant une profession ou une activité en rapport avec sa spécialité*”).

⁷⁴ Por. art. 2 pkt 5 dekretu z 2004 r. („*Exercer ou avoir exercé cette profession ou cette activité dans des conditions conférant une qualification suffisante*”).

⁷⁵ Por. art. R221-11 CJA.

⁷⁶ Por. art. 2 pkt 6 dekretu z 2004 r.

⁷⁷ Por. art. R221-12 ust. 2 CJA.

⁷⁸ L. Leroy-Gissinger, *L'expert...*, s. 112.

⁷⁹ Por. L. Dumoulin, *L'expert dans la justice. De la genèse d'une figure à ses usages*, Paris 2007, s. 161 i n.

⁸⁰ Por. *Bonnes pratiques*, pkt 6-3.

uzyskanym we Francji. Obecnie wprost wynika to z art. 2 ust. III ustawy z 1971 r. co do spraw cywilnych i karnych i art. R221-11 pkt 1 CJA co do postępowania sądowoadministracyjnego⁸¹.

Oprócz kwalifikacji wymagania dodatkowo związane z wpisaniem na listę dotyczą: dotychczasowego stosownego zachowania i moralności⁸², określonego wieku⁸³, a w przypadku gdy biegłym wpisanym na listę ma być osoba prawna⁸⁴ – dysponowania odpowiednimi środkami technicznymi i personelem⁸⁵.

Procedura wpisania na listę rozpoczyna się wnioskiem skierowanym do prokuratora działającego przy danym sądzie apelacyjnym lub przy Sądzie Kasacyjnym. Prokurator sprawdza poprawność formalną wniosku. Może także zbierać niezbędne informacje w jego przedmiocie⁸⁶. Następnie wniosek jest oceniany przez specjalną komisję złożoną częściowo z sędziów, a częściowo z biegłych, choć liczba sędziów w komisji przeważa nad liczbą biegłych⁸⁷. Skład ma oddawać mieszany charakter oceny dokonywanej wobec biegłych, czyli nie tylko ich kompetencji zawodowych, lecz także znajomości przepisów prawa i postępowania w zakresie sporządzania opinii. Wskazuje się jednak, że przewaga sędziów w komisji prowadzi do większego uwzględnienia przy ocenie znajomości przepisów prawa niż samych kwalifikacji zawodowych⁸⁸. Opinia komisji jest przekazywana zgromadzeniu sędziów, mających dokonać wyboru biegłych, oraz samemu kandydatowi⁸⁹. Członkowie komisji nie mogą następnie zasiadać w zgromadzeniu dokonującym wyboru biegłych⁹⁰.

Po wybraniu biegłego przez zgromadzenie jest on wpisywany na listę na próbny okres wynoszący 3 lata⁹¹. Po upływie tego czasu komisja ponownie ocenia biegłego i po wyborze przez zgromadzenie biegły może zostać wpisany na listę na kolejne 5 lat podlegające dalszemu przedłużeniu⁹². Tym samym ustawodawca francuski od 2004 r. zrezygnował z bezterminowego wpisywania biegłych na listę. Jak się wskazuje, umożliwia to kontrolę kwalifikacji biegłych sądowych i spełnienia przez

⁸¹ Przepisy wskazują na zrównanie z kwalifikacjami uzyskanymi we Francji kwalifikacji uzyskanych w innych państwach UE (*„les qualifications acquises ou les activités exercées dans un Etat membre de l'Union européenne autre que la France”*).

⁸² Artykuł 2 pkt 1 i 2 dekretu z 2004 r. wymagają, aby biegły nie uchybił dobrym obyczajom ani aby nie był karany dyscyplinarnie.

⁸³ Według art. 2 pkt 7 dekretu z 2004 r. biegły nie powinien przekraczać 70 lat. Wyjątek dotyczy biegłych wpisywanych na listę przy Sądzie Kasacyjnym (por. art. 18 dekretu z 2004 r.). Biegli specjalizujący się w tłumaczeniach, którzy występują o wpisanie ich na listę, muszą wykonywać zawód w okręgu, dla którego dany sąd jest właściwy, lub zamieszkiwać w tym okręgu, jeżeli przeszli już na emeryturę.

⁸⁴ W postępowaniu cywilnym i karnym biegłym może być osoba prawna, ale w takim wypadku wymagania dotyczące niezależności biegłego musi spełniać osoba kierująca daną jednostką (por. art. 3 dekretu z 2004 r.).

⁸⁵ Artykuł 3 pkt 4 dekretu z 2004 r.

⁸⁶ Por. art. 7 ust. 1 dekretu z 2004 r.

⁸⁷ Por. art. 12 dekretu z 2004 r. W komisji zasiada 12 sędziów, natomiast biegłych – 5.

⁸⁸ Por. O. Leclerc, *Le juge...*, s. 308.

⁸⁹ Wyrok Sądu Kasacyjnego 2 Izby cywilnej z 21.09.2006 r., *Revue Dalloz* 2006, s. 2480.

⁹⁰ Artykuł 15 ust. 2 dekretu z 2004 r.

⁹¹ Por. art. 2 ust. II ustawy z 1971 r.

⁹² Por. art. 2 ust. II ustawy z 1971 r., wedle którego przy ponownej kwalifikacji należy ocenić doświadczenie kandydata, które uzyskał w zakresie zasad postępowania i regulacji prawnych w zakresie sporządzania i przeprowadzania dowodu z opinii biegłego.

nich kryterium rzetelności zawodowej⁹³. Od 2013 r. ten sam model został przyjęty w przypadku dokonywania wpisów na listę biegłych w postępowaniach sądowoadministracyjnych⁹⁴. Na listę ogólnokrajową przy Sądzie Kasacyjnym mogą być wpisani jedynie tacy biegli, którzy widnieli na listach sądów apelacyjnych przez okres co najmniej 5 lat⁹⁵.

Po wpisaniu na listę biegły składa przyrzeczenie⁹⁶. Zwalnia go to z konieczności czynienia tego po każdym powołaniu na biegłego w konkretnej sprawie. Natomiast biegli powołani spoza listy muszą składać takie przyrzeczenie w każdej sprawie⁹⁷.

Biegły wpisany na listę jest zobligowany co roku przedstawiać sprawozdanie, w którym wskazuje liczbę sporządzanych opinii sądowych oraz informuje, czy złożono je w terminie. Ponadto zawiadamia, czy w tym okresie uczestniczył w podnoszeniu kwalifikacji zawodowych, a jeśli tak, jakie podmioty prowadziły te szkolenia. Biegły ma także obowiązek wykupienia polisy ubezpieczeniowej od ewentualnej odpowiedzialności zawodowej. Ubezpieczenie obejmuje odpowiedzialność cywilną i zawodową biegłego, w tym czynności podejmowane przez niego w innych państwach członkowskich UE.

3.2. Posługiwanie się biegłego innymi osobami

Na ogół biegły jest obowiązany przy sporządzaniu opinii wykonywać wszystkie czynności osobiście. Także w sytuacji gdy biegłym jest osoba prawna, przedstawiciel takiej osoby powinien za zgodą sądu wskazać osoby uprawnione do wykonania czynności w ramach opinii biegłego⁹⁸. Biegły z reguły nie może zatem delegować swych zadań na inne podmioty ani opierać się na opiniach sporządzonych przez osoby trzecie⁹⁹. W orzecznictwie przyjęto, że brak osobistego sporządzenia opinii przez biegłego może być przyczyną stwierdzenia nieważności prawnej opinii, jeśli zostanie wykazany wpływ tego uchybienia na treść opinii¹⁰⁰. Stanowi to także podstawę do skreślenia biegłego z listy biegłych sądowych¹⁰¹.

Prawo dopuszcza jednak skorzystanie przez biegłego – z własnej inicjatywy¹⁰² lub za zgodą sądu¹⁰³ – z pomocy specjalisty, którego zadaniem jest wyjaśnienie pewnych

⁹³ L. Leroy-Gissinger, *L'expert...*, s. 111.

⁹⁴ Por. art. R221-12 CJA, zgodnie z którym w czasie trwania okresu próbnego można na biegłego nałożyć obowiązek uzyskania dodatkowego wykształcenia z zakresu postępowania sądowoadministracyjnego i specyfiki opinii z tego zakresu.

⁹⁵ Artykuł 2 ust. III ustawy z 1971 r., wedle którego z wymaganiem tym zrównane jest wykonywanie czynności biegłego sądowego w innym kraju UE.

⁹⁶ Artykuł 22 ust. 1 ustawy z 2004 r.

⁹⁷ Artykuł 6 ust. 3 ustawy z 1971 r.

⁹⁸ Artykuł 233 ust. 2 CPC oraz art. 157-1 CPP, wskazujące, że jeśli biegły jest osobą prawną, to osoba zarządzająca musi wskazać dane osób wykonujących czynności na potrzeby sporządzenia opinii.

⁹⁹ Dopuszcza się delegację pewnych czynności na rzecz komornika lub drugiego z biegłych w ramach opinii wspólnej.

¹⁰⁰ Por. wyrok Sadu Kasacyjnego 2 Izby cywilnej z 27.04.2000 r., *Revue Dalloz* 2000, s. 158.

¹⁰¹ Wyrok Sądu Kasacyjnego z 10.04.1996 r., *Bulletin des arrêts* nr 174.

¹⁰² W postępowaniu cywilnym wedle art. 278 CPC biegły może z własnej inicjatywy uzyskać opinie innego specjalisty, ale wyłącznie z dziedziny innej niż jego własna.

¹⁰³ W postępowaniu karnym i sądowoadministracyjnym w celu sięgnięcia po opinię innego specjalisty biegły musi uzyskać zgodę sądu (por. art. 162 ust. 1 CPP oraz art. R621-2 CJA).

okoliczności lub udział w czynnościach (*l'éclairer* lub *l'assister*) niezbędnych do sporządzenia opinii. Osobę taką określa się mianem *sapiteur*. Nie musi ona być wpisana na listę biegłych¹⁰⁴. Podlega jednak bardzo surowym ograniczeniom. Po pierwsze reprezentuje wyłącznie specjalność odmienną od tej, z której powołano biegłego. Po drugie nie może w żadnym stopniu wykonywać czynności powierzonych biegłemu w ramach misji¹⁰⁵. Po trzecie, nie wolno jej – zamiast biegłego – sporządzać opinii końcowej. Ponadto biegły pod własnym nadzorem, na własną odpowiedzialność i wedle własnego wyboru może posługiwać się innymi osobami, które będą pomagały mu lub uczestniczyły w wykonywaniu czynności¹⁰⁶. Może on również pozyskiwać informacje ustne lub pisemne od każdej osoby (zwanej *sachant*) pod warunkiem, że zostanie dokładnie wskazane jej nazwisko i – w razie potrzeby – jej związek prawny z osobą biegłego¹⁰⁷. Stanowiska i opinie, które wyraża zarówno *sapiteur*, jak i *sachant*, są obowiązkowo dołączane do opinii biegłego¹⁰⁸, tak aby strony mogły się z nimi zapoznać i zgłosić ewentualne uwagi lub zastrzeżenia. Nie wymaga się jednak udziału stron podczas czynności tych podmiotów.

3.3. Wyłączenie lub zmiana biegłego

Biegły podlega wyłączeniu (*récusation*) oraz może zostać zmieniony (*remplacement*) w toku postępowania.

O wyłączeniu biegłego orzeka sąd, który dopuścił biegłego, lub sędziego nadzorujący czynności biegłego. Powinno dojść do tego przed podjęciem przez biegłego czynności lub niezwłocznie po uzyskaniu przez sąd informacji o przyczynie wyłączenia. Istnieje możliwość zakończenia czynności biegłego, którego podejrzewa się o brak bezstronności. Na ogół biegły podlega wyłączeniu z tych samych powodów co sędzia. Należą do nich zatem przede wszystkim relacje osobiste lub zawodowe ze stronami postępowania. Lista przyczyn nie jest jednak zamknięta. Wyłączenie może zostać orzeczone na podstawie każdej innej okoliczności uzasadniającej brak bezstronności biegłego. Biegły nie stanowi strony postępowania o wyłączenie, a więc nie jest zawiadamiany o posiedzeniu w tym przedmiocie¹⁰⁹ ani nie wolno mu wnieść środków zaskarżenia¹¹⁰.

Zmiana biegłego może mieć miejsce, gdy zaniedbuje on swoje obowiązki¹¹¹. Sąd powinien wysłuchać biegłego przed powzięciem decyzji o jego zmianie¹¹², ale decyzję tę podejmuje samodzielnie¹¹³.

¹⁰⁴ Por. wyrok Sądu Kasacyjnego 3 Izby cywilnej z 17.07.1985 r., *Revue Dalloz* 1986, s. 225.

¹⁰⁵ O. Leclerc [w:] *Droit...*, s. 686.

¹⁰⁶ Por. art. 278-1 CPC.

¹⁰⁷ Por. art. 242 zd. 1 CPC oraz art. 164 CPP.

¹⁰⁸ Artykuł 282 ust. 3 CPC.

¹⁰⁹ Por. wyrok sądu Kasacyjnego 2 Izby cywilnej z 2.01.2010, nr 08-19.1.29.

¹¹⁰ Wyrok Sądu Kasacyjnego 2 Izby cywilnej z 24.06.2004 r., nr 07-10.921.

¹¹¹ Zgodnie z art. 235 CPC do zmiany biegłego dochodzi także w razie uprzedniego wyłączenia, odmowy podjęcia czynności przez biegłego lub innej usprawiedliwionej przyczyny.

¹¹² Wyrok Sądu Kasacyjnego 2 Izby cywilnej z 15.12.2005 r., *Revue Dalloz* 2006, s. 99.

¹¹³ Wyrok Sądu Kasacyjnego 2 Izby cywilnej z 15.11.2007 r., nr 07-10.921.

4. Warunki wykonywania misji przez biegłego

Opinia biegłego to środek służący prawidłowemu ustaleniu stanu faktycznego niezbędnego do wydania wyroku. Z tego względu biegły jest zobligowany do zachowania standardów rzetelnego procesu¹¹⁴. Wykonuje swoje czynności pod kontrolą sądu, który dopuścił ten dowód, lub specjalnego sędziego wyznaczonego do nadzorowania czynności dowodowych¹¹⁵.

4.1. Niezależność, bezstronność i obiektywizm biegłego

Biegły powinien wykonywać swoje obowiązki profesjonalnie, obiektywnie i bezstronnie¹¹⁶. Gdy je narusza, naraża się na skreślenie z listy lub zmianę na innego biegłego, a nawet na odpowiedzialność dyscyplinarną i cywilną. Aby zagwarantować powyższe warunki, ustawa wymaga złożenia przyrzeczenia, w którego rocie biegły zobowiązuje się do wykonywania czynności honorowo i według najlepszej swej wiedzy. W tym celu przed wpisaniem na listę biegły ponadto składa deklarację o bezstronności i swych powiązaniach z podmiotami publicznymi i prywatnymi¹¹⁷. W ramach dobrych praktyk proponuje się jednak, aby każdy biegły przed powołaniem go do czynności sądowych przedstawiał stosowne oświadczenie o konflikcie interesów¹¹⁸.

4.2. Udział stron przy czynnościach biegłego

W doktrynie francuskiej podnosi się, że zasada prawa do wysłuchania w kontekście opinii biegłego nie powinna dotyczyć tylko samej możliwości zgłaszania zastrzeżeń do opinii końcowej, ale powinna też oznaczać możliwość udziału stron w czynnościach biegłego w toku przygotowywania opinii¹¹⁹.

Pod wpływem wielu orzeczeń ETPC obowiązek zapewnienia stronom udziału w tych czynnościach stał się ważnym elementem postępowania w przedmiocie sporządzenia opinii przez biegłego. W orzecznictwie Sądu Kasacyjnego utrwaliło się zatem zapatrywanie, że nie wystarczy poddanie ocenie ostatecznego raportu biegłego, ale należy stronom zapewnić udział w przygotowaniu tego raportu. Oznacza to przede wszystkim obowiązek powiadamiania stron i ich pełnomocników o terminach i czynnościach biegłego¹²⁰. Ma to dotyczyć nie tylko posiedzeń sądowych, w tym pierwszego posiedzenia zwoływanego dla określenia szczegółów misji biegłego, ale także innych czynności biegłego dokonywanych poza sądem. Jeśli zatem biegły sporządzi na żądanie sądu opinię wstępną (*pré-rapport*), strony powinny ją otrzymać i należy

¹¹⁴ O. Leclerc [w:] *Droit...*, s. 687.

¹¹⁵ Według art. 155-1 CPC prezes sądu może dla dobra wymiaru sprawiedliwości wyznaczyć specjalnego sędziego w ramach danego sądu, który będzie zobowiązany do nadzorowania czynności biegłych i innych specjalistów.

¹¹⁶ Artykuł 237 CPC („*Le technicien commis doit accomplir sa mission avec conscience, objectivité et impartialité*”).

¹¹⁷ W stosunku do biegłych spoza listy obowiązek podania wszystkich związków ze stronami postępowania zawiera art. 242 CPC. Na żądanie stron sąd może zarządzić przesłuchanie wskazanych przez biegłego osób.

¹¹⁸ Por. *Bonnes pratiques*, nr 6-2.

¹¹⁹ O. Leclerc [w:] *Droit...*, s. 688.

¹²⁰ Wyrok Sądu Kasacyjnego 3 Izby cywilnej z 7.02.2007 r., *Revue Dalloz* 2007, s. 806.

im wyznaczyć termin na zgłaszanie zastrzeżeń i uwag zanim zostanie przygotowana opinia końcowa¹²¹. Jeżeli zaś biegły posługuje się innymi osobami lub zasięga opinii innych specjalistów, powinien powiadomić o tym strony i podać im dane tych osób, aby umożliwić odniesienie się do czynności przed ostatecznym przygotowaniem opinii. Nie wystarczy jedynie dołączenie tych opinii, zeznań lub dokumentów do opinii¹²².

Skutkiem niezachowania prawa do wysłuchania stron w trakcie dowodu z opinii biegłego może być nieważność opinii lub możliwość jej zaskarżenia. Następuje to w wyniku specjalnej skargi służącej ustaleniu bezskuteczności czynności procesowej ze względu na uchybienia formalne.

4.3. Uwagi stron zgłaszane podczas wykonywania opinii

Strony mogą zgłaszać swoje uwagi (*observations*) w trakcie sporządzania opinii i czynności dokonywanych przez biegłego. Zgodnie z przepisami postępowania cywilnego strony mają możliwość uczestniczenia w czynnościach biegłego¹²³. Podkreśla się, że biegły powinien wziąć pod uwagę spostrzeżenia i uwagi stron uczestniczących w czynnościach. Na żądanie stron ma on obowiązek dołączyć te uwagi do opinii, o ile zostały one zgłoszone na piśmie. W przypadku gdy biegły wyznaczył jednak stronom termin na przedstawienie uwag, może je pominąć, jeśli zostały zgłoszone po jego upływie. Biegły w swojej opinii powinien odnieść się do uwag stron¹²⁴.

4.4. Uprawnienia biegłego w zakresie pozyskiwania informacji

Strony są obowiązane dostarczyć biegłemu wszystkie dokumenty potrzebne do sporządzenia opinii¹²⁵. Składają je w sekretariacie sądowym. Przedstawienie tych dokumentów może nastąpić podczas specjalnego posiedzenia wyznaczonego dla ustalenia zakresu misji powierzonej biegłemu¹²⁶. Biegły ma możliwość zapoznania się z nimi jeszcze przed podjęciem się wykonania opinii¹²⁷. W orzecznictwie przyjęto, że strony nie mogą powołać się wobec biegłego na tajemnicę zawodową w celu odmowy przedstawienia mu dokumentów¹²⁸.

¹²¹ Wyrok Sądu Kasacyjnego Izby handlowej z 4.11.2008 r., nr 07-18.147.

¹²² Wyrok Sądu Kasacyjnego 2 Izby cywilnej z 4.06.1993 r., Revue Dalloz 1993, s. 183.

¹²³ Por. art. 161 ust. 1 CPC („*Les parties peuvent se faire assister lors de l'exécution d'une mesure d'instruction*”). Przepis ten ma charakter ogólny i dotyczy wszystkich środków dowodowych, które są przeprowadzane z udziałem osób trzecich (np. dotyczy też zeznań świadka).

¹²⁴ Por. art. 276 CPC.

¹²⁵ Artykuł 275 CPC nie tylko nakłada na strony wymóg dostarczenia niezbędnych dokumentów, ale także upoważnia biegłego w razie zwłoki stron do zwrócenia się do sądu, aby zobowiązał strony do dostarczenia niezbędnych dokumentów pod rygorem grzywny lub przygotowania opinii z pominięciem tych dokumentów. Sąd może wyciągnąć według własnego uznania konsekwencje z braku przedstawienia przez strony dokumentów.

¹²⁶ Por. art. 266 CPC, który przewiduje, że postanowienie o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego może zawierać wskazanie daty przeprowadzenia posiedzenia w celu ustalenia szczegółów realizacji misji przez biegłego.

¹²⁷ Artykuł 268 CPC.

¹²⁸ Wyrok Sądu Kasacyjnego 2 Izby cywilnej z 16.07.1979 r., Bulletin des arrêts nr 220.

Biegły nie dysponuje żadnymi własnymi środkami, które zmusiłyby strony do dostarczenia niezbędnych informacji. Może jedynie zwrócić się do sądu, aby ten wydał wobec stron postanowienie o zagrożeniu grzywną w razie zwłoki w przedstawieniu dokumentów. Biegły nie ma możliwości samodzielnego przesłuchiwania świadków lub stron¹²⁹. Uprawnienia takie przysługują wyłącznie sądowni. W postępowaniu karnym sąd może jednak upoważnić biegłego do odebrania zeznań od osób trzecich lub stron, jeśli jest to niezbędne do wykonania jego misji¹³⁰.

5. Opinia biegłego i wynagrodzenie biegłego

Biegły ma obowiązek sporządzić pisemną opinię, określaną mianem *rapport*, i złożyć ją w sekretariacie sądowym. Zawiera ona odpowiedzi i konkluzje biegłego co do kwestii powierzonych mu w misji zleconej przez sąd. Na ogół opinia musi zawsze przybrać formę pisemną, chyba że sąd upoważni biegłego do przedstawienia swych wniosków na rozprawie¹³¹. Jeśli zarządzono opinię kilku biegłych, sporządza się jeden raport, choć mogą w nim znajdować się zróżnicowane stanowiska biegłych¹³².

Prawo nie przewiduje żadnych szczególnych wymagań dotyczących struktury opinii biegłych, choć podjęto pewne inicjatywy w celu uzupełnienia tej luki na poziomie dobrych praktyk sądowych i umów między sądami a organizacjami biegłych. Z tego względu przyjąć można, że opinia biegłego musi:

- zawierać szczegółowe uzasadnienie;
- wskazywać dokumenty, na podstawie których ją sporządzono;
- odnosić się do oświadczeń stron;
- obejmować kompletny wykaz dokumentów przekazanych stronom.

5.1. Zgłaszanie zastrzeżeń do opinii i ocena opinii biegłego

Jak każdy dowód opinia biegłego podlega ocenie stron i sądu. Strony mają prawo zgłaszania swych zastrzeżeń do opinii. Brakuje szczegółowego rozwiązania ustawowego w tym zakresie w postępowaniu cywilnym. W postępowaniu sądowoadministracyjnym istnieje zaś wyraźna regulacja prawna. Zgodnie z nią sąd wyznacza stronom termin jednego miesiąca (który może zostać przedłużony) od otrzymania kopii opinii na zgłoszenie zastrzeżeń¹³³. Podobnie w postępowaniu karnym – gdy sąd doręcza stronom opinię, wyznacza im termin zgłaszania zastrzeżeń i uwag, ewentualnie żądania kontropinii¹³⁴.

¹²⁹ O. Leclerc [w:] *Droit...*, s. 694.

¹³⁰ Artykuł 164 CPP.

¹³¹ Por. art. 282 ust. 1 CPC, wedle którego, jeśli stanowisko biegłego nie wymaga rozwinięcia w formie pisemnej, sąd może zobowiązać biegłego do przedstawienia tego stanowiska na posiedzeniu, z którego sporządza się protokół.

¹³² O. Leclerc [w:] *Droit...*, s. 686.

¹³³ Por. art. R621-9 ust. 3 CJA.

¹³⁴ Artykuł 167 ust. 3 zd. 1 CPP.

W postępowaniu cywilnym sąd może zawsze zażądać dodatkowych wyjaśnień od biegłego¹³⁵. Dzięki tej instytucji na bieżąco poznaje stanowiska stron i biegłego co do kwestii wątpliwych. W doktrynie uznaje się to za trafne rozwiązanie, które umożliwia lepszą analizę i ocenę opinii biegłego¹³⁶.

Zgodnie z postanowieniami CPC sąd nie jest związany ustaleniami i wnioskami przedstawionymi przez biegłego¹³⁷. Musi zatem swobodnie ocenić ten dowód, w tym w szczególności, czy nie doszło do tzw. *dénaturation*, czyli wypaczenia istoty tego dowodu przez biegłego. Sąd może zatem zarówno oprzeć się na opinii biegłego, jak i ją ostatecznie w swoim wyroku pominąć¹³⁸. W praktyce sytuacja taka występuje jednak rzadko, a kwestia oceny przez sąd opinii biegłych jest powodem licznych kontrowersji. Sądowi trudno jest bowiem zakwestionować moc dowodową takiej opinii, jeśli sam nie posiada niezbędnej wiedzy. Mimo prowadzonych badań praktyki sądowej trudno jest ocenić rzeczywisty wpływ opinii biegłych na treść zapadłych orzeczeń. Potwierdza się jednak teza, że sądy najczęściej opierają się na treści przedstawionych opinii¹³⁹.

5.2. Wynagrodzenie biegłego

Złożenie opinii, czyli raportu końcowego, stanowi warunek otrzymania przez biegłego wynagrodzenia. W postępowaniu sądownoadministracyjnym i cywilnym na ogół to strony są zobligowane pokryć wynagrodzenie biegłego. Środki na ten cel pochodzą z zaliczek uiszczonych przez strony. Sąd w czasie dopuszczania dowodu z opinii biegłego (lub wyjątkowo w trakcie wykonywania czynności przez biegłego) określa kwotę zaliczki, która powinna być możliwie najbardziej zbliżona do szacunkowego wynagrodzenia końcowego. Jednocześnie wskazuje stronę lub strony, które muszą uiścić zaliczkę, oraz ustala termin, w którym powinna być ona wniesiona. Jeśli obie strony mają pokryć zaliczkę, sąd określa także stosunek, w jakim ten obowiązek obciąża każdą ze stron¹⁴⁰.

Jeżeli zaliczka nie zostanie uiszczona w terminie, sąd odstąpi od przeprowadzenia dowodu, chyba że strony wskażą uzasadniony powód, aby przedłużyć termin wniesienia żądanych sum. Sąd może wyciągnąć inne konsekwencje z niewuiszczenia zaliczki w określonym czasie¹⁴¹.

W celu zagwarantowania niezależności i uniknięcia nacisków finansowych ustawodawca francuski nałożył na strony zakaz wypłacania biegłemu wynagrodzenia w jakiegokolwiek formie, nawet tytułem zwrotu poniesionych kosztów, chyba że wynika to z decyzji sądu.

¹³⁵ Artykuł 283 CPC. Jeśli sąd nie znalazł w opinii dostatecznych wyjaśnień, może wysłuchać biegłego w obecności stron lub po ich zawiadomieniu.

¹³⁶ O. Leclerc [w:] *Droit...*, s. 686.

¹³⁷ Por. art. 246 CPC („Le juge n'est pas lié par les constatations ou les conclusions du technicien”).

¹³⁸ Por. wyrok Sądu Kasacyjnego 2 Izby cywilnej z 15.05.2008 r., nr 06-22.171.

¹³⁹ Por. L. Dumoulin, *L'expert...*, s. 103.

¹⁴⁰ Por. art. 269 CPC.

¹⁴¹ Artykuł 271 CPC.

Biegły może jednak w toku postępowania żądać wypłacenia mu części wynagrodzenia z uiszczonych zaliczek, jeśli uzasadnia to stan wykonanej pracy i stopień skomplikowania sprawy. W sytuacji gdy pobrana zaliczka jest rażąco niska w stosunku do przewidywanego wynagrodzenia, biegły może wystąpić do sądu o podwyższenie wpłaconej zaliczki. W takim wypadku sąd nakłada na stronę lub strony obowiązek uiszczenia dodatkowej zaliczki. W razie niewykonania tego obowiązku w terminie i w razie braku podstaw do przedłużenia terminu biegły składa opinię w takim zakresie, w jakim została dotychczas wykonana (*rapport en l'état*)¹⁴².

W postępowaniu karnym (inaczej niż w postępowaniu cywilnym) zawsze Skarb Państwa pokrywa wynagrodzenie biegłego. Różnica ta jest istotna przy określaniu stawek wynagrodzenia biegłych.

W postępowaniu cywilnym i sadowoadministracyjnym to ostatecznie sąd, po zgłoszeniu przez strony zastrzeżeń do opinii, swobodnie określa wynagrodzenie biegłego, biorąc pod uwagę staranność wykonanej pracy, przestrzeganie przez biegłego terminów i jakość opinii¹⁴³. Sąd w takim wypadku upoważnia biegłego do uzyskania należnej kwoty z wpłaconej zaliczki, zdeponowanej w sekretariacie sądowym. Może także zarządzić, w zależności od przypadku, albo zapłatę biegłemu dodatkowego wynagrodzenia, wskazując stronę lub strony odpowiedzialne za nie, albo zwrot stronom wpłaconych nadwyżek, jeśli zaliczka przekracza ostateczne wynagrodzenie¹⁴⁴. Jeżeli sąd planuje ustalić wynagrodzenie biegłego w kwocie niższej niż wnioskowana przez niego, musi umożliwić biegłemu przedstawienie uwag w tym zakresie¹⁴⁵.

Sądy w praktyce, określając wynagrodzenie, często opierają się na stawkach wynagrodzenia ustalonych w danej apelacji, choć nie pozostają nimi formalnie związane¹⁴⁶. Problemem jest brak podstawy prawnej do konstruowania takich stawek. Ponadto stawki różnią się znacząco w każdej apelacji sądowej. Powoduje to ciągłe wątpliwości i spory w praktyce¹⁴⁷. W pewnych apelacjach wyznacza się wyłącznie stawki uzależnione od czasu pracy¹⁴⁸, a w innych dodatkowo określa się minimalne i maksymalne wynagrodzenie dla danej kategorii biegłych. Jedynie w postępowaniu karnym, gdzie koszty wynagrodzenia zalicza się do kosztów ponoszonych przez wymiar sprawiedliwości, stawki wynagrodzenia są ustalone na podstawie aktu powszechnie obowiązującego (rozporządzenia) i mają walor normatywny¹⁴⁹.

Konkluzje

1. Zagadnienie, które należy uznać za cenne wskazanie z prawa francuskiego, to subsydiarność dowodu z opinii biegłych. Prawo francuskie zna bowiem różne

¹⁴² Artykuł 280 CPC.

¹⁴³ Artykuł 284 ust. 1 CPC.

¹⁴⁴ Artykuł 284 ust. 2 CPC.

¹⁴⁵ Por. art. 284 ust. 3 CPC.

¹⁴⁶ Por. wyrok Sadu Kasacyjnego 2 Izby cywilnej z 14.09.2006 r., nr 05-12.143.

¹⁴⁷ O. Leclerc [w:] *Droit...*, s. 686.

¹⁴⁸ W sprawach cywilnych wysokość wynagrodzenia oblicza się zasadniczo na podstawie liczby godzin spędzonych przez biegłego nad daną sprawą przemnożonych przez stawkę godzinową, które powiększa się następnie o poniesione wydatki i stawkę VAT.

¹⁴⁹ Por. art. R116-R120-2 CPP.

środki zaangażowania specjalisty, które wykorzystuje się w sytuacjach, gdy formalne sporządzenie opinii nie stanowi konieczności. Konsultacja specjalistyczna lub oględziny z udziałem biegłego jako inne środki z udziałem specjalisty mają dostarczyć sądowi fachowej wiedzy bez konieczności spełnienia przez opinię wszystkich niezbędnych elementów formalnych. Czynności te są zatem tańsze i mniej pracochłonne.

2. We Francji dominuje model powoływania biegłych z listy. Istnieje jednak możliwość powołania biegłego spoza niej (*hors liste*), ale sąd powinien w takim wypadku wyraźnie wyjaśnić przyczynę sięgnięcia po takiego biegłego. Niewątpliwie system ten służy uzyskaniu transparentności w dostępie do biegłych i daje możliwość weryfikacji biegłych przy okazji wpisania na listę sądową lub wykreślenia z niej.
3. Postępowanie o wpis na listę biegłych jest szczegółowo uregulowane przez prawo, co służy zapewnieniu najwyższej jakości ich poziomu merytorycznego. Choć o wpisie decydują poszczególne zgromadzenia sędziów sądów apelacyjnych lub biuro organizacyjne Sądu Kasacyjnego, to szczegółowe uregulowanie postępowania przed komisją powołaną do oceny kwalifikacji wydaje się rozwiązaniem pożytecznym.
4. Ciekawym rozwiązaniem jest równoległe funkcjonowanie list sądów apelacyjnych i listy ogólnokrajowej prowadzonej przy Sądzie Kasacyjnym. Kryteria wpisu na listę ogólnokrajową postrzega się jako surowsze, gdyż wymagają one udokumentowania co najmniej 5 lat figurowania biegłego na liście sądu apelacyjnego.
5. Duże znaczenie w zapewnieniu wysokiego poziomu biegłych ma system wpisu na okres próbny i potrzeba uzyskiwania kolejnych okresowych wpisów. Każdy biegły, który został wpisany na listę po raz pierwszy, jest zobligowany do wystąpienia o ponowny wpis po upływie trzech lat. Następnie czynność tę powtarza co 5 lat. Trzeba jednak pamiętać, że decyzja o odmowie wpisu biegłego na listę musi zawierać uzasadnienie i podlega zaskarżeniu. Biegły może zostać wykreślony z listy w rezultacie postępowania dyscyplinarnego prowadzonego przez sąd apelacyjny. Istnieje możliwość zaskarżenia takiej decyzji.
6. Jeśli chodzi o kwestie związane z postępowaniem, warto zwrócić uwagę na sporządzenie przez biegłych opinii wstępnej i opinii końcowej. Sporządzenie wstępnej opinii biegłego jest nieobowiązkowe, jednak – zdecydowanie zalecane i często wyraźnie wymagane przez sądy. Jeżeli sąd zwrócił się z żądaniem sporządzenia opinii wstępnej, biegły przekazuje taką opinię stronom, aby zapewnić im możliwość złożenia oświadczeń. Końcowa opinia musi zawierać odpowiedź na wszystkie pytania zadane przez sąd i uwzględniać wszelkie uwagi stron skierowane do biegłego w toku postępowania z jego udziałem.
7. Istotna kwestia to możliwość udziału stron w czynnościach biegłego, jeszcze przed sporządzeniem opinii końcowej. W postępowaniu cywilnym strony są w znacznym stopniu zaangażowane w czynności podejmowane przez biegłego. Strony mają obowiązek współpracować z biegłym i udostępniać dokumenty na każde jego żądanie. Mogą zadawać biegłemu bezpośrednie pytania w toku rozprawy o charakterze kontradyktoryjnym i zwracać się do biegłego o odniesienie się do ich uwag.

8. Interesujący jest stały nadzór nad wykonywaniem opinii przez biegłego. Sąd monitoruje postęp czynności podejmowanych przez biegłego. Zadanie to powierza się konkretnemu sędziemu w sądzie pierwszej instancji.
9. We Francji w postępowaniu cywilnym wynagrodzenie biegłego jest finansowane wyłącznie z zaliczek uiszczonych przez strony. Można jednak uzyskać pomoc prawną na pokrycie kosztów postępowania z udziałem biegłego. Sąd samodzielnie określa należne wynagrodzenie, nie będąc związany ani wnioskiem biegłego, ani oficjalnymi stawkami wynagrodzenia. Funkcjonujące zaś w poszczególnych apelacjach tabele ze stawkami nie mają charakteru oficjalnego, lecz służą wsparciu podczas szacowania należnego wynagrodzenia.
10. Sąd postanawia o wynagrodzeniu biegłego, biorąc pod uwagę to, czy opinia została wydana na czas, a także oceniając jakość opinii i staranność, z jaką biegły wywiązywał się z powierzonych mu obowiązków.

Bibliografia

1. Dumoulin L., *L'expert dans la justice. De la genèse d'une figure à ses usages*, Paris 2007.
2. Joński K., Ostaszewski P., *The costs of maintaining the expert witness system*, Prawo w Działaniu 2017, t. 31.
3. Klimczak J., *System biegłych sądowych w ocenie sędziów*, Prawo w Działaniu 2017, t. 31.
4. Leclerc O. [w:] *Droit de la preuve*, E. Vergès, G. Vial, O. Leclerc, Paris 2017.
5. Leclerc O., *Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, Paris 2005.
6. Leroy-Gissinger L., *L'expert judiciaire* [w:] *L'expertise en matière civile*, red. D. Loriferne, Paris 2013.
7. Leroy-Gissinger L., *Le rôle du juge* [w:] *L'expertise en matière civile*, red. D. Loriferne, Paris 2013.
8. *Rapport de la commission de réflexion sur l'expertise*, http://www.justice.gouv.fr/art_pix/rapp_com_reflexion_expertise.pdf.
9. Ryłski P., *Prywatna opinia biegłego w postępowaniu cywilnym – analiza prawnoporównawcza*, Warszawa 2009, <https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/08/P-Rylyski-Prywatna-opinia-bieg%C5%82ego-w-post%C4%99powaniu-cywilnym-2009.pdf>.
10. Włodarczyk-Madejska J., *Opinia biegłego w sprawach cywilnych w świetle badania aktowego*, Prawo w Działaniu 2017, t. 31.

Katarzyna Stelmasiak, Marek Świerczyński,
Zbigniew Więckowski

Badania kliniczne wyrobów medycznych wykorzystujących inteligentne algorytmy – wstęp do dyskusji

*Clinical trials of medical devices using intelligent algorithms
– introduction to the discussion*

Abstract

The authors of the paper carry out a preliminary assessment of the new regulation on clinical trials of medical devices in the context of software based on intelligent algorithms (so-called AI systems). The primary source of law here is the EU Medical Device Regulation (MDR). The study highlights the need to take into account the regulations on artificial intelligence systems when conducting clinical trials. It is justified by their close relationship with the EU provisions on medical devices. The main difficulty in making a legal and ethical assessment of new solutions used in medical devices is the application of various, sometimes divergent, regulations in the field of new technologies and medical law. The study contains preliminary, necessarily balanced and careful, bearing in mind the need to protect patients - research participants (and other people), conclusions on the application of the above provisions in the conduct of clinical trials.

Keywords: clinical trials, medical devices, artificial intelligence, algorithms

Lek. Katarzyna Stelmasiak, specjalista neurologii, Katedra i Klinika Neurologii Uniwersytetu Medycznego w Lublinie, Polska, ORCID: 0000-0002-4932-5370, e-mail: katarzyna.stelmasiak@spsk4.lublin.pl

Dr hab. Marek Świerczyński, prof. uczelni, adwokat, członek Terenowej Komisji Bioetycznej przy Narodowym Instytucie Kardiologii, profesor w Instytucie Nauk Prawnych Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego, Polska, ORCID: 0000-0002-4079-0487, e-mail: m.swierczynski@uksw.edu.pl

Dr Zbigniew Więckowski, adiunkt w Katedrze Prawa Cywilnego i Prawa Prywatnego Międzynarodowego Instytutu Nauk Prawnych Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego, Zastępca Dyrektora Instytutu Nauk Prawnych Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego, Polska, ORCID: 0000-0001-7753-3743, e-mail: z.wieckowski@uksw.edu.pl

Data zgłoszenia tekstu przez autorów: 15.02.2022 r. data zaakceptowania do publikacji: 31.03.2022 r.

Streszczenie

Autorzy przeprowadzają wstępną ocenę nowej regulacji o badaniach klinicznych wyrobów medycznych w kontekście oprogramowania opartego na inteligentnych algorytmach (tzw. systemów AI). Podstawowym źródłem prawa jest unijne rozporządzenie o wyrobach medycznych (Medical Device Regulation). W opracowaniu zwrócono uwagę na potrzebę uwzględnienia regulacji dotyczących systemów sztucznej inteligencji przy prowadzeniu badań klinicznych. Jest to uzasadnione ich ścisłym związkiem z przepisami unijnymi o wyrobach medycznych. Podstawową trudność przy dokonaniu oceny prawnej oraz etycznej nowych rozwiązań stosowanych w wyrobach medycznych sprawia zastosowanie różnych, czasem rozbieżnych przepisów z dziedziny nowych technologii oraz prawa medycznego. Opracowanie zawiera wstępne, z konieczności zbalansowane i ostrożne, z uwagi na potrzebę ochrony pacjentów – uczestników badań (oraz innych osób), wnioski w zakresie stosowania powyższych przepisów podczas prowadzenia badań klinicznych.

Słowa kluczowe: badania kliniczne, wyroby medyczne, sztuczna inteligencja, algorytmy

1. Wprowadzenie

Rozporządzenie Unii Europejskiej (dalej UE) 2017/745 z 5.04.2017 r. (*Medical Device Regulation* – dalej rozporządzenie MDR)¹ stanowi przykład współczesnej regulacji w zakresie nowych technologii². Zauważyć można, że ustawodawca unijny wzorował się na nim podczas projektowania przepisów o systemach sztucznej inteligencji (dalej rozporządzenie AIA)³. Nie powinno to dziwić, skoro coraz więcej nowych wyrobów medycznych opiera się na oprogramowaniu komputerowym⁴. Elementem takiego oprogramowania mogą być tzw. inteligentne algorytmy, potocznie nazywane sztuczną inteligencją (dalej AI). Cel niniejszego opracowania polega na wstępnej ocenie tej części rozporządzenia MDR, która odnosi się do oceny klinicznej wyrobów medycznych opartych na inteligentnych algorytmach. Przedstawione przez nas wnioski siłą rzeczy muszą mieć charakter wstępny i zbalansowany oraz ostrożny, skoro w chwili przygotowania niniejszego opracowania brakowało szeregu przepisów

¹ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/745 z dnia 5.04.2017 r. w sprawie wyrobów medycznych, zmiany dyrektywy 2001/83/WE, rozporządzenia (WE) nr 178/2002 i rozporządzenia (WE) nr 1223/2009 oraz uchylenia dyrektyw Rady 90/385/EWG i 93/42/EWG (Dz. Urz. UE L 117 z 5.05.2017 r., s. 1 ze zm.), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pl/TXT/?uri=CELEX%3A32017R0745> (dostęp 10.10.2021 r.).

² H. Zenner, M. Bożić, *Clinical Evaluation of Medical Devices in Europe* [w:] *Personalized Medicine in Healthcare Systems*, red. N. Bodiřoga, D. Vukobrat, K. Rukavina, G. Pavelić, G. Sander, Cham 2019, s. 21–22, DOI: 10.1007/978-3-030-16465-2_2 (dostęp: 11.10.2021 r.).

³ Projekt Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiające zharmonizowane przepisy dotyczące sztucznej inteligencji (akt w sprawie sztucznej inteligencji) i zmieniające niektóre akty ustawodawcze Unii, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0206&from=EN> (dostęp: 10.10.2021 r.).

⁴ Priorytetowym obszarem działań Agencji Badań Medycznych na 2022 rok będzie konkurs dedykowany wyrobom medycznym z wykorzystaniem sztucznej inteligencji: *Agencja Badań Medycznych podsumowała dotychczasowe działania i ogłosiła plany na 2022 rok*, <https://www.abm.gov.pl/pl/aktualnosci/1184,Agencja-Badan-Medycznych-podsumowala-dotychczasowe-dzialania-i-oglosila-plan-y-na.html> (dostęp: 14.02.2022 r.). Zob. K. Hell, *Intelligente Medizinprodukte: Ist der geltende Rechtsrahmen noch aktuell?*, „Medizinrecht” 2020/38, s. 993.

regulujących zarówno organizacyjne aspekty prowadzenia badań klinicznych, jak i szczegółowe prawa pacjentów – uczestników badań klinicznych (oraz innych osób biorących udział w badaniu). Ponadto nie doszło jeszcze do uchwalenia nowej ustawy o wyrobach medycznych⁵.

Wydaje się, że na obecnym etapie rozwoju przepisów dotyczących badań klinicznych możemy jednak postawić wstępną tezę, że do ich prowadzenia konieczne jest zastosowanie szeregu nowych przepisów, regulacji oraz standardów, w zakresie znacznie wykraczającym poza dotychczas stosowaną praktykę⁶. Innymi słowy, w celu prowadzenia badań klinicznych zgodnie z prawem i zasadami etyki (ang. *compliance*) nie wystarczy już – jak zwykle miało to miejsce – oparcie dokumentacji tych badań wyłącznie na przepisach o badaniach klinicznych. Konieczne należy dokonać szczegółowej analizy ryzyka oraz bezpieczeństwa (ang. *risk and safety assessment*) związanego z zastosowanymi w badanych wyrobach technologiami informatycznymi, co jest szczególnie istotne, gdy takie wyroby można zakwalifikować jako systemy AI⁷.

Aby uzasadnić powyższą tezę, przedstawimy zarówno zmiany wprowadzone przez rozporządzenie MDR, jak i ich relacje z projektowanymi przepisami dotyczącymi systemów sztucznej inteligencji (rozporządzenie AIA). Mamy nadzieję, że niniejsze opracowanie posłuży jako wstęp do dalszej dyskusji dotyczącej prawnego uregulowania wyrobów medycznych wykorzystujących inteligentne algorytmy.

2. Znaczenie wyrobów medycznych wykorzystujących inteligentne algorytmy w praktyce medycznej.

Trwająca już od wielu lat cyfrowa rewolucja w dziedzinie ochrony zdrowia została dodatkowo przyspieszona przez pandemię COVID-19, co skutkuje m.in. rozwojem telemedycyny⁸ czy szybszym opracowywaniem nowych substancji leczniczych⁹. Systemy AI mają swoje stałe miejsce w codziennej pracy służby ochrony zdrowia w Polsce¹⁰. Odgrywają istotną rolę w analizie stanu zdrowia, stawianiu diagnozy czy monitorowaniu terapeutycznego procesu pacjenta. Tym samym istotnie redukują

⁵ W czasie powstania artykułu projekt ustawy znajdował się po pierwszym czytaniu: <https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=1764> (dostęp: 10.02.2022 r.).

⁶ Zob. szerzej T. Bächle, *On the ethical challenges of innovation in digital health [w:] The futures of health: social, ethical and legal challenges*, red. T. Bächle, A. Wernick, Berlin 2019.

⁷ K. Hell, *Intelligente...*, s. 999–1000. Zob. także opracowanie *Academy of Royal Medical Colleges, Artificial intelligence in healthcare*, 2019, s. 3 oraz 6–7, https://www.aomrc.org.uk/wp-content/uploads/2019/01/Artificial_intelligence_in_healthcare_0119.pdf (dostęp: 14.02.2022 r.).

⁸ K. Libront, *Oprogramowanie jako wyrób medyczny – ważny wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE*, 5.01.2018 r., <http://traple.pl/blog/oprogramowanie-jako-wyrob-medyczny-wazny-wyrok-trybunalu-sprawiedliwosci-ue/> (dostęp: 10.10.2021 r.); J. Mantas, A. Hasman, M.S. Househ, P. Gallos, E. Zoulias [red.], *The Importance of Health Informatics in Public Health During a Pandemic*, Amsterdam 2020.

⁹ D. Paul, G. Sanap, S. Shenoy, D. Kalyane, K. Kalia, R.K. Tekade, *Artificial intelligence in drug discovery and development*, „Drug Discovery Today” 2021/26(1), s. 80–93, DOI:10.1016/j.drudis.2020.10.010 (dostęp: 15.02.2022 r.).

¹⁰ Fundacja AI LAW TECH, Microsoft Polska, *Iloraz sztucznej inteligencji vol. 4, Potencjał Sztucznej Inteligencji w sektorze ochrony zdrowia*, wrzesień 2021, https://news.microsoft.com/wp-content/uploads/prod/sites/58/2021/09/RAPORT_Sztuczna-Inteligencja-W-Sektorze-Ochrony-Zdrowia-09.2021.pdf?fbclid=I-wAR0vhWTFtZBS9AfcfnM81iYaQjdcZ6scsqloC9MU-OoONfP6xmpM_j8ut1E (dostęp: 11.10.2021 r.).

ryzyko popełnienia błędu medycznego¹¹. Okazują się pomocne w weryfikacji podejrzenia nowotworu podczas oceny podejrzanych zmian skórnych, interpretacji wyników badania mammograficznego, rentgenogramu klatki piersiowej¹², a ostatnio także badania tomograficznego klatki piersiowej pod kątem obecności zmian w przebiegu COVID-19¹³. Powodują, że praca lekarza staje się znacznie łatwiejsza, gdyż systemy AI analizujące tysiące przypadków pacjentów z daną jednostką chorobową przyspieszają postawienie trafnej diagnozy, a dzięki temu zastosowanie odpowiedniej terapii. Jest to szczególnie przydatne w neurologii, gdzie jak wiadomo „czas to mózg”, co wynika z faktu, że często najbardziej istotna w uzyskaniu poprawy stanu chorego okazuje się szybka diagnoza, gdyż tylko ona może skutkować wdrożeniem odpowiedniego leczenia. Systemy sztucznej inteligencji aktywnie uczą się rozpoznawać najbardziej typowe przypadki danych jednostek chorobowych. Oczywiście należy od razu zastrzec, że w sytuacjach bardziej złożonych powinny służyć jedynie jako wsparcie dla lekarza.

Terapia chorych jest natomiast wspomagana np. szeroko znanym systemem DaVinci, który za pomocą robotycznych ramion umożliwia wykonywanie zabiegów o niespotykanej dotąd precyzji¹⁴. Rehabilitacja chorych po przebytych udarach mózgu, operacjach neurochirurgicznych i ortopedycznych może być wspomagana i skuteczniejsza dzięki użyciu nowoczesnych urządzeń do rehabilitacji, często działających w połączeniu z aplikacją mobilną¹⁵.

W wybranych ośrodkach w Polsce neurologrzy mogą korzystać z systemów oceny objętości ogniska zawałowego w mózgu. Okazuje się to niezwykle przydatne w pierwszych godzinach udaru, kiedy można zastosować leczenie reperfuzyjne. Obecne wytyczne są zgodne co do zasadności leczenia trombolitycznego w ciągu pierwszych 4,5 godzin i leczenia metodą trombektomii mechanicznej w ciągu pierwszych 6 godzin od zachorowania, przy braku przeciwwskazań¹⁶. Spełnienie tych wymogów czasu pozostaje jednak trudne do osiągnięcia, gdy większość chorych stanowią seniorzy, często mieszkający samotnie. Kolejne badania kliniczne wykazują skuteczność wcześniej wymienionych terapii w dłuższym oknie czasowym przy

¹¹ Oczywiście poza wieloma korzyściami stosowanie AI rodzi także wyzwania, szczególnie w obszarze etyki i zasad odpowiedzialności. Więcej: F. Molnár-Gábor, *Artificial Intelligence in Healthcare: Doctors, Patients and Liabilities* [w:] *Regulating Artificial Intelligence*, red. T. Wischmeyer, T. Rademacher, Cham 2020, DOI: 10.1007/978-3-030-32361-5_15 (dostęp: 12.10.2021 r.).

¹² M.P. Recht, M. Dewey, K. Dreyer, C. Langlotz, W. Niessen, B. Prainsack, J.J. Smith, *Integrating artificial intelligence into the clinical practice of radiology: challenges and recommendations*, „European Radiology” 2020/30(6), s. 3576–3584.

¹³ Więcej: K. Libront, *Nowe technologie w umowach nienazwanych na przykładzie rynku wyrobów medycznych*, Warszawa 2020, s. 277; K. Libront, *Oprogramowanie jako wyrób medyczny – ważny wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE*, 5.01.2018 r., <http://traple.pl/blog/oprogramowanie-jako-wyrob-medyczny-wazny-wyrok-trybunalu-sprawiedliwosci-ue/> (dostęp: 13.01.2022 r.).

¹⁴ W. Witkiewicz, *Przyszłość należy do da Vinci* (rozm. przepr. L. Krysiak), „Gazeta Lekarska” 2021/2, s. 57–59.

¹⁵ Zob. P. Hassanaly, J.C. Dufour, *Analysis of the Regulatory, Legal, and Medical Conditions for the Prescription of Mobile Health Applications in the United States, The European Union, and France*, „Medical Devices: Evidence & Research” 2021/14, s. 389–409.

¹⁶ Zob. E. Berge, W. Whiteley, H. Audebert, G.M. De Marchis, A.C. Fonseca, C. Padiglioni, N. Pérez de la Ossa, D. Strbian, G. Tsivgoulis, G. Turc, *Wytyczne European Stroke Organisation dotyczące stosowania trombolizy dożylniej w leczeniu świeżego udaru niedokrwiennego* (tłum. M. Bodzioch), „Medycyna Praktyczna Neurologia” 2021/5–6(71–72), s. 18–30.

braku zmian lub bardzo niewielkich zmianach niedokrwiennych obecnych w mózgu, co jest możliwe do stwierdzenia przy pomocy neuroobrazowania¹⁷. Neurologzy specjalizujący się szczególnie w leczeniu chorób naczyniowych mózgu potrafią uzyskać wysoką trafność w interpretacji obrazu tomograficznego, jednak wymaga to wielu lat doświadczenia. W określonych przypadkach można wspomóc się również obrazem MRI mózgu, szczególnie w sekwencji DWI (*diffusion-weighted imaging*), FLAIR (*fluid inversion recovery*) oraz różnicy pomiędzy nimi, jak również SE (*spin echo*) i TSE (*turbo spin echo*). Jakkolwiek badanie MRI jest dobrą metodą pomocniczą oraz metodą z wyboru przy diagnostyce udarów niedokrwiennych tylnej jamy, większość ośrodków w Polsce nie dysponuje całodobowym dostępem do pracowni MRI. Bardzo przydatne i znacznie szerzej dostępne jest badanie perfuzji tomografii komputerowej, podczas którego można ocenić przepływ środka kontrastującego przez tkankę mózgowia, a w konsekwencji ocenić zakres obszaru o zaburzonej perfuzji i dzięki temu wnioskować o wielkości aktualnego obszaru niedokrwienia i penumbry. Penumbra nazywamy każdy obszar mózgu o obniżonej perfuzji, zagrożony wystąpieniem trwałego niedokrwienia, który może zostać przed tym skutecznie uchroniony za pomocą wspomnianych wcześniej metod reperfuzyjnych. Dlatego wielkość penumbry to jeden z najbardziej istotnych czynników mających znaczenie przy podejmowaniu decyzji przez lekarza o zastosowaniu lub odstąpieniu od leczenia interwencyjnego u chorych zarówno w oknie, jak i poza oknem czasowym¹⁸. Dokonuje się tego za pomocą pomiarów CBF (*cerebral blood flow*, tj. ilościowy przepływ mózgowy), MTT (*mean transit time*, tzn. średni czas przejścia), TTP (*time to peak*, czyli czas dotarcia środka kontrastowego do ocenianego obszaru) i CBV (*cerebral blood volume*, tj. objętość krwi w ocenianym obszarze), które po analizie są prezentowane jako tzw. kolorowe mapy perfuzji¹⁹. Interpretacja wyników badań neuroobrazowych przez systemy AI okazuje się trafna i przydatna w codziennej praktyce klinicznej. Systemy AI precyzyjnie oceniają objętość penumbry i ogniska dokonanego zawału mózgu, dzięki czemu ułatwiają podjęcie decyzji o odpowiedniej formie terapii. Istotne, że wynik obliczeń lekarz otrzymuje w ciągu kilku minut i jest on dostępny w aplikacji mobilnej²⁰. Należy pamiętać, że wiek i obciążenia chorobowe pacjenta mogą znacząco wpływać na wydolność krążenia i tym samym na wielkość i lokalizację obszarów interpretowanych przez AI jako obszary o obniżonej perfuzji. Niejednokrotnie systemy sztucznej inteligencji interpretowały obecne śródczaszkowo zwapnienia jako obszary krwi. Następowo to z powodu podobnej gęstości radiologicznej. Rozróżnienie tych patologii bywa wyzwaniem dla radiologów. Należy jednak pamiętać o tym,

¹⁷ Zob. W. Żukowicz, K. Markiet, A. Gójska-Grymajło, B. Regent, B. Baścik, E. Szurawska, B. Karaszewski, *Obrazowanie naczyń tętniczych we wczesnej fazie udaru niedokrwinnego mózgu w erze leczenia wewnątrznaczyniowego*, „Neurologia Praktyczna” 2019/2(107), s. 7–17.

¹⁸ M. Nicolas-Jilwan, M. Wintermark, *Automated Brain Perfusion Imaging in Acute Ischemic Stroke: Interpretation Pearls and Pitfalls*, „Stroke” 2021/52(11), s. 3728–3738.

¹⁹ M. Wiszniewska, A. Członkowska, *Ostry udar niedokrwienno i przemijające niedokrwienie mózgu – diagnostyka i leczenie*, „Neurologia po Dyplomie” 2020/1(15), s. 26–38.

²⁰ Zob. C. Krusche, C. Rio Bartulos, M. Abu-Mugheisib, M. Haimerl, P. Wiggermann, *Dynamic perfusion analysis in acute ischemic stroke: A comparative study of two different softwares*, „Clinical Hemorheology and Microcirculation” 2021/79(1), s. 55–63.

że krwawienie śródczaszkowe jest bezwzględnym przeciwwskazaniem do leczenia reperfuzyjnego, dlatego ocena badania nie może pozostawiać wątpliwości. Systemy sztucznej inteligencji obliczają również punktację w skali ASPECTS (ang. *Alberta Stroke Program Early CT Score*), która jest podstawowym narzędziem w klasyfikacji chorych do odpowiedniej metody leczenia udaru mózgu²¹. Skala opiera się na wyniku badania CT głowy bez kontrastu i dotyczy udarów przedniej jamy, ale mimo powszechności tego zagadnienia medycznego jest trudna do oceny m.in. z powodu obecności artefaktów czy jakości konsoli używanej przez lekarza. Dokonanie poprawnej oceny przez doświadczonego lekarza wymaga spokoju i odpowiedniego czasu, czego jednak brakuje w szpitalnym oddziale ratunkowym. Nie wolno jednak tego zaniedbywać, gdyż ocena własna doświadczonego lekarza okazuje się nadal mieć wyższość nad obliczeniami systemów sztucznej inteligencji²². Niestety, trudne i złożone przypadki wielochorobowości zdarzają się częściej niż można sobie tego życzyć. W takich sytuacjach systemy sztucznej inteligencji okazują się cennym, choć tylko pomocniczym narzędziem dla lekarza.

Do najistotniejszych korzyści płynących z zastosowania wyrobów medycznych wykorzystujących inteligentne algorytmy należą zatem:

- 1) efektywniejsza diagnostyka (trafna diagnoza wymaga starannej analizy złożonych informacji o pacjencie; algorytmy sztucznej inteligencji potrafią szybko przetwarzać miliony danych i pomagają wyeliminować ludzkie błędy);
- 2) większa szansa na wykrycie rzadkiego lub nietypowego stanu zdrowotnego pacjenta (nawet najbardziej przeszkoleni i doświadczeni lekarze mogą nie rozpoznać rzadkiego stanu zdrowotnego pacjenta; systemy sztucznej inteligencji umożliwiają porównanie uzyskanych wyników z wynikami milionów innych pacjentów);
- 3) możliwość ostrzeżenia o zbliżającym się stanie krytycznym (dzięki stałemu monitoringowi istnieje szansa na zidentyfikowanie zagrożenia z wyprzedzeniem);
- 4) lepszy dostęp do zaawansowanej opieki zdalnej (możliwość zapewnienia wysokiej jakości opieki zdrowotnej pacjentom znajdującym się poza placówką – mowa tu nie tylko o wideokonferencji, ale wykorzystywaniu technologii medycznych zintegrowanych z funkcją sztucznej inteligencji)²³.

W ramach badań klinicznych wyrobów medycznych dochodzi także coraz częściej do wykorzystania elektronicznych zasobów danych medycznych pozyskiwanych za pomocą inteligentnych algorytmów (np. w zakresie *data mining*)²⁴. W związku z tym komisje bioetyczne coraz częściej dokonują oceny zaawansowanych funkcji wyrobów medycznych, takich jak zdalny monitoring parametrów życiowych, który wymaga specjalistycznego oprogramowania. Szybki rozwój tej dziedziny ochrony zdrowia

²¹ P. Sobolewski, G. Kozera, *Diagnostyka obrazowa u chorych w ostrej fazie udaru niedokrwionnego mózgu*, „Neurologia po Dyplomie” 2019/5(14), s. 5–16.

²² Zob. N.M. Murray, M. Unberath, G.D. Hager, F.K. Hui, *Artificial intelligence to diagnose ischemic stroke and identify large vessel occlusions: a systematic review*, „Journal of Neurointerventional Surgery” 2020/12(2), s. 156–164.

²³ *Artificial Intelligence in Medical Devices – Verifying and validating AI-based medical devices*, <https://www.tuvsud.com/en/resource-centre/white-papers/artificial-intelligence-in-medical-devices> (dostęp: 12.10.2021 r.).

²⁴ P. Kościelniak, *Badania kliniczne ze wsparciem sztucznej inteligencji*, <http://forumездrowia.pl/info/aktualnosci/badania-kliniczne-ze-wsparciem-sztucznej-inteligencji/> (dostęp: 12.10.2021 r.).

wynika ze zwiększającej się dostępności technologii telekomunikacyjnych oraz digitalizacji wielu aspektów diagnostyki medycznej. Zauważyć można też przenikanie się świata codziennego z medycznym. Przykładem jest stosowanie oprogramowania stanowiącego wyroby medyczne w codziennych przedmiotach, takich jak smartwatch czy smartfon. Urządzenia typu *wearables* umożliwiają m.in. monitoring pracy serca, pomiar snu lub pomiar poziomu cukru²⁵.

3. Zmiany dotyczące badań klinicznych wprowadzone rozporządzeniem MDR

Rozporządzenie MDR zmienia zasady prowadzenia badań klinicznych wyrobów medycznych²⁶. Zmiany w przepisach są podyktowane nie tylko niedostatkami poprzednio obowiązujących dyrektyw 93/42/EEC i 90/385/EWG, ale przede wszystkim wynikają z rozwoju nowych technologii w dziedzinie wyrobów medycznych, w tym stanowiących systemy AI. Prawidłowa ocena wyrobów stanowiących samodzielne oprogramowanie (ang. *Stand-alone software*) budzi wątpliwości prawne już od wielu lat²⁷. Z tych względów wytwórcy otrzymali na podstawie rozporządzenia MDR bardziej szczegółowe przepisy dotyczące samej klasyfikacji, jak i wymagań przewidzianych dla takich wyrobów.

Zmiany są na tyle istotne, że wymagania przewidziane w rozporządzeniu MDR wprowadza się sukcesywnie do 2025 r. Podstawowe przepisy obejmujące m.in. badania kliniczne zaczęły obowiązywać 26.05.2020 r.²⁸

Przyjęcie nowej regulacji w postaci rozporządzania unijnego zamiast dyrektywy zapobiega rozbieżnościom we wdrożeniu oraz interpretacji nowych przepisów w poszczególnych państwach członkowskich UE. Temu samemu celowi służy powołanie Grupy Koordynacyjnej ds. Wyrobów Medycznych z urzędów rejestracyjnych w poszczególnych krajach (MDCG)²⁹. Jak wiadomo, dyrektywa jest aktem prawnym, który wyznacza cel, który muszą osiągnąć wszystkie kraje UE. Jednak to od poszczególnych państw zależy sposób implementacji do prawa krajowego. Rozporządzenie, w przeciwieństwie do dyrektywy, stanowi wiążący akt prawny, który musi być w pełni stosowany w całej UE w dniu jego wejścia w życie. Państwa członkowskie, udzielając sponsorom badań klinicznych pozwoleń na ich prowadzenie i nadzorując

²⁵ Więcej: K. Kokocińska [red.], *Innowacyjne technologie w ochronie zdrowia. Aspekty prawne*, Warszawa 2020; J. Król-Calkowska, *E-dokumentacja medyczna i telemedycyna. Aspekty prawne*, Warszawa 2021; T. Bruno, *Wearable Technology*, Rowman & Littlefield 2015.

²⁶ D.-A. Olimid, A.P. Olimid, F.I. Chen, *Ethical governance of the medical research: clinical investigation and informed consent under the new EU Medical Devices Regulation (2017/745)*, „Romanian Journal of Morphology & Embryology” 2018/59(4), s. 1305–1310; E. Ivanovska, J. Tonic-Ribarska, J. Lazova, N. Popstefanova, M. Davcheva-Jovanoska, S. Trajković-Jolevska, *Providing clinical evidence under the MDR 2017/745: New challenges for manufacturers in medical device industry*, „Arhiv za Farmaciju” 2019/69(1), s. 39–49, DOI: 10.5937/arhifarm1901039, (dostęp: 13.10.2021 r.); H. Zenner, M. Božić, *Clinical...*, s. 24–25.

²⁷ S. Jabri, *Artificial Intelligence and Healthcare: Products and Procedures [w:] Regulating Artificial Intelligence*, red. T. Wischmeyer, T. Rademacher, Cham 2020, DOI: 10.1007/978-3-030-32361-5_14 (dostęp: 11.10.2021 r.).

²⁸ Zob. O. Luty, *Czekają nas rewolucyjne zmiany w branży wyrobów medycznych*, 28.10.2019 r., Prawo.pl (dostęp: 11.02.2022 r.).

²⁹ <https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j9vvik7m1c3gyxp/vkxk77llly9> (dostęp: 1.12.2021 r.).

ich przebieg, powinny więc opierać swoje oceny i decyzje na tych samych zasadach (co inne państwa członkowskie). Jest to szczególnie istotne w przypadku wykorzystania nowych technologii w wyrobach medycznych. Właśnie z tych powodów ustawodawca unijny wiele miejsca w rozporządzeniu MDR poświęcił problematyce wyrobów najwyższych klas, których ocena zgodności, a zwłaszcza ocena kliniczna wymaga znacznej wiedzy eksperckiej³⁰.

Na podstawie nowych przepisów, częściej niż ma to miejsce dotychczas, konieczne będzie przeprowadzenie badania klinicznego³¹. Dlatego też rozporządzenie MDR szczegółowo określa, w jaki sposób powinno się przeprowadzać oceny kliniczne i badania kliniczne. Ocena kliniczna wyrobów medycznych stanowi część dokumentacji technicznej dotyczącej wyrobu medycznego. Jednocześnie wytwórca musi przedstawić plan rozwoju klinicznego, w tym plan obserwacji klinicznej po wprowadzeniu wyrobu do obrotu. Powinno to przełożyć się także na bardziej sprzyjające warunki dla prowadzenia badań klinicznych, a jednocześnie pozwolić na zachowanie najwyższych standardów bezpieczeństwa pacjentów. Nie tylko zharmonizuje to decyzje dopuszczające do prowadzenia badań, ale również będzie sprzyjać podziałowi pracy i współpracy między państwami członkowskimi oraz zwiększy przejrzystość tych badań.

Nie oznacza to jednak pełnego ujednolicenia przepisów. W przypadku niektórych badań klinicznych sponsor nadal musi sprawdzić i przestrzegać wszelkich szczególnych przepisów krajowych, które mogą mieć zastosowanie (wynika to m.in. z art. 70 ust. 7 lit. A oraz art. 82 ust. 2 rozporządzenia MDR). Odnosi się to również do oceny etycznej takich badań klinicznych.

Samo wydanie rozporządzenia unijnego nie wystarczy. Konieczne jest dostosowanie krajowych przepisów dotyczących wyrobów medycznych, takich jak ustawa o wyrobach medycznych w Polsce czy *Medizinproduktegesetz* (MPG) w Niemczech. Przy tworzeniu przepisów krajowych (uzupełniających rozporządzenie unijne) należy zachować ostrożność w zakresie relacji występujących pomiędzy badaniami klinicznymi i eksperymentami medycznymi. Stosunkowo niedawno znowelizowano przepisy regulujące eksperyment medyczny w ustawie o zawodzie lekarza i lekarza dentystry³². Trzeba podkreślić, że również po rozpoczęciu stosowania nowych przepisów unijnych badanie kliniczne wyrobu medycznego należy kwalifikować jako eksperyment medyczny z użyciem wyrobu medycznego przeprowadzany na ludziach w rozumieniu ww. przepisów.

Rozporządzenie MDR jest bardziej szczegółowe niż dyrektywa, co wynika z wdrożenia aspektów związanych z dobrą praktyką kliniczną, z których wiele obowiązywało wcześniej w formie wytycznych i zestandaryzowanych dokumentów. W mocy pozostają kluczowe standardy oceny klinicznej wyrobów medycznych³³. Obejmują

³⁰ B. Handorn, *Die Reform des Medizinprodukterechts in Deutschland und der EU* [w:] *Aktuelle Fragen des Medizinrechts. MedR Schriftenreihe Medizinrecht*, red. A. Spickhoff, V. Kossak, Berlin 2019, s. 93–101.

³¹ H. Zenner, M. Bożić, *Clinical...*, s. 27.

³² Ustawa z 5.12.1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 790 ze zm.).

³³ H. Zenner, M. Bożić, *Clinical...*, s. 29.

one ustanowione wytyczne MEDDEV³⁴. Do tego wykazu dojdą niebawem regulacje sektorowe obejmujące systemy sztucznej inteligencji.

Należy też mieć na uwadze, że przepisy odnoszące się do badań klinicznych powinny pozostać zgodne z ugruntowanymi, międzynarodowymi wytycznymi w tej dziedzinie, takimi jak norma międzynarodowa ISO 14155:2011 dotycząca dobrych praktyk klinicznych w zakresie prowadzonych na ludziach badań klinicznych wyrobów medycznych. Cel polega na tym, aby wyniki badań klinicznych przeprowadzanych w UE były łatwiej akceptowane jako dokumentacja poza jej granicami i aby wyniki badań klinicznych przeprowadzanych poza UE – zgodnie z międzynarodowymi wytycznymi – były łatwiej akceptowane w UE³⁵.

Niezależnie od wskazanych standardów ocena przeprowadzana przez komisje bioetyczne powinna uwzględniać Deklarację Helsińską Światowego Stowarzyszenia Lekarzy w sprawie etycznych zasad prowadzenia badań medycznych z udziałem ludzi³⁶. Do państwa członkowskiego, w którym ma być prowadzone badanie kliniczne, powinno należeć wyznaczenie odpowiedniego organu biorącego udział w ocenie wniosku o pozwolenie na przeprowadzenie badania klinicznego oraz zorganizowanie udziału komisji etycznych w terminach przewidzianych na pozwolenie na to badanie kliniczne, określonych w rozporządzeniu MDR.

Powyższe wyliczenie podstawowych norm prawnych, standardów oraz wymogów etycznych wskazuje na potrzebę kompleksowego podejścia podczas dokonywania oceny nowych technologii medycznych opartych na systemach sztucznej inteligencji. W niektórych przypadkach pomocne może okazać się sięgnięcie do nowych przepisów o badaniach klinicznych produktów leczniczych, ponieważ są one bardziej rozbudowane niż przepisy o wyrobach medycznych i praktyka ich stosowania również jest większa³⁷. Jako przykład można wskazać kwestię odpowiedzialności za szkody wyrządzone w związku z prowadzeniem badań klinicznych, co może okazać się kluczowym aspektem prawnym w przypadku dalszego rozwoju technologii medycznych opartych na systemach sztucznej inteligencji³⁸.

³⁴ Lista wytycznych MEDDEV znajduje się na stronie: https://ec.europa.eu/growth/sectors/medical-devices/guidance_en (dostęp: 22.09.2021 r.).

³⁵ Wymagania normy EN ISO 14155 są porównywalne z wymaganiami Międzynarodowej Konferencji ds. Harmonizacji Wymagań Technicznych dla Rejestracji Produktów Farmaceutycznych Stosowanych u Ludzi – Wytycznych Dobrej Praktyki Klinicznej (ICH-GCP) dla badań klinicznych produktów leczniczych.

³⁶ https://nil.org.pl/uploaded_files/art_1585807090_deklaracja-helsinska-przyjeta-na-64-zo-wma-pazdziernik-2013-pelny-tekst.pdf (dostęp: 14.12.2021 r.).

³⁷ R. Billiones, K.B. Thomas, *Medicinal products and medical devices in clinical trials conduct and disclosure – and never the twain shall meet!*, „Medical Writing” 2019/28(2), s. 74–80.

³⁸ Zob. szerzej L. Bosek, *Perspektywy rozwoju odpowiedzialności cywilnej za inteligentne roboty*, „Forum Prawnicze” 2019/2, s. 3–17. Autor zwraca uwagę, że funkcjonalna interpretacja przepisów o odpowiedzialności cywilnej pozwalała przez ostatnie dziesięciolecia na skuteczne pokonywanie ograniczeń wynikających z niedostosowania prawa do szybko zmieniającej się rzeczywistości społeczno-gospodarczej, co przejawiało się choćby w adaptacyjnej wykładni niektórych przepisów o odpowiedzialności cywilnej, w tym tych kreujących podstawy odpowiedzialności na zasadzie ryzyka (s. 4). Zob. też kontrowersyjny dokument roboczy Komisji Europejskiej *Liability for emerging digital technologies*, SWD(2018) 137 final. Zagadnienie odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez systemy AI nie stanowi przedmiotu analizy w niniejszym opracowaniu i będzie jeszcze objęte pracami legislacyjnymi w UE (wstępny projekt przepisów ma zostać przedstawiony w drugiej połowie 2022 r.).

4. Ścieżka badania klinicznego wyrobów medycznych opartych na inteligentnych algorytmach

Badanie kliniczne zostało zdefiniowane w rozporządzeniu MDR jako każde systematyczne badanie z udziałem co najmniej jednego uczestnika populacji ludzkiej, podjęte w celu oceny bezpieczeństwa lub działania wyrobu (art. 2 ust. 45 rozporządzenia MDR). Zgodnie z rozporządzeniem MDR działanie wyrobu to jego zdolność do osiągnięcia przewidzianego celu zgodnie z oświadczeniem wytwórcy. Działanie kliniczne wyrobu medycznego to zdolność wyrobu do osiągnięcia przewidzianego zastosowania, prowadząca tym samym do korzyści klinicznej, gdy jest on używany zgodnie z przeznaczeniem. Korzyść kliniczna oznacza natomiast pozytywny wpływ wyrobu na zdrowie danej osoby, wyrażony jako znaczący, wymierny, istotny dla pacjenta wynik kliniczny (wyniki kliniczne), w tym wynik (wyniki) związany z diagnozą lub z dodatnim oddziaływaniem na pacjenta lub na zdrowie publiczne.

Z rozporządzenia MDR wynika jednoznacznie, że badania kliniczne przeprowadzane w ramach oceny klinicznej do celów oceny zgodności muszą być planowane, zatwierdzane, przeprowadzane, rejestrowane oraz zgłaszane zgodnie z jego przepisami. Istnieje jeden lub więcej celów badań klinicznych, np. ustalenie i weryfikacja działania, korzyści kliniczne, bezpieczeństwo kliniczne i ustalenie wszelkich niepożądanych skutków ubocznych.

Obowiązkiem sponsora badania klinicznego jest określenie właściwej ścieżki regulacyjnej swojego badania klinicznego. W kontekście systemów AI warto zwrócić uwagę na wymóg rozporządzenia MDR, aby wytwórcy mieli dostęp do osoby odpowiedzialnej za zgodność z przepisami (art. 15 rozporządzenia MDR). Nowe przepisy zachęcają sponsorów do dokumentowania swoich ocen i wyborów ścieżek regulacyjnych. Jeżeli sponsor nie ma pewności, którą ścieżkę należy zastosować w przypadku konkretnego badania klinicznego, może skonsultować się z właściwym organem krajowym. Rozwiązanie takie trzeba rekomendować również w przypadku wykorzystania inteligentnych algorytmów w wyrobach medycznych³⁹.

5. Ocena kliniczna wyrobów medycznych opartych na inteligentnych algorytmach

W przeciwieństwie do prawa farmaceutycznego przepisy regulujące dopuszczanie wyrobów medycznych do obrotu mają na celu ochronę nie tylko pacjenta, lecz także użytkowników oraz osoby trzecie. Zakres ochrony jest szerszy, co wymaga zwykle większego wysiłku związanego z oceną ryzyka klinicznego wyrobów medycznych. W związku z tym warto podkreślić, że – w odróżnieniu od dotychczasowych przepisów – w rozporządzeniu MDR nie wskazano wprost, jakie przypadki umożliwiają odstępianie od oceny klinicznej.

³⁹ Warto także mieć na uwadze specyfikę przetwarzania danych osobowych w takich badaniach – zob. szerzej T. Hoeren, M. Niehoff, *Artificial intelligence in medical diagnoses and the right to explanation*, „European Data Protection Law Review” 2018/4, s. 308.

Wydaje się jednak, że ocena kliniczna przeprowadzana bez zebrania danych klinicznych mogłaby mieć zastosowanie do niektórych produktów niekrytycznych. Taki wyjątek można uzasadnić oceną kliniczną wykazującą zgodność z zasadniczymi wymogami. Wykorzystuje się wówczas ocenę działania technicznego, badanie produktu i ocenę przedkliniczną, z uwzględnieniem cech interakcji ciało-produkt, zamierzonego działania klinicznego i informacji producenta. Obecnie skorzystanie ze wspomnianego wyjątku nie wydaje się możliwe w przypadku większości wyrobów medycznych wykorzystujących inteligentne algorytmy (z uwagi na wyższy poziom ryzyka ich stosowania⁴⁰). Sytuacja powinna ulec zmianie w wyniku rozwoju certyfikacji systemów AI, jak również projektowanego stworzenia rejestrów systemów AI o większym ryzyku ich zastosowania.

Jeżeli nie są dostępne wystarczające dowody kliniczne, aby wykazać wymagane bezpieczeństwo kliniczne i działanie produktu, należy przeprowadzić badania kliniczne. Produkty nowe, wyroby medyczne do implantacji oraz wyroby klasy III muszą zawsze zostać poddane badaniu klinicznemu. W szczególnych przypadkach można odstąpić od tego wymogu, jeżeli istniejące dane kliniczne są wystarczające.

Nowe rozporządzenie unijne znacznie za pomocą oceny klinicznej zwiększa wymagania dotyczące ciężaru dowodu w zakresie bezpieczeństwa i skuteczności. Zgodnie z rozporządzeniem MDR ten dowód skuteczności klinicznej wyrobu medycznego i bezpieczeństwa pacjenta jest przeprowadzany przez osobę posiadającą wiedzę specjalistyczną w zakresie danej klasy wyrobów medycznych (a więc również ewentualnych wymogów informatycznych związanych z ich wykorzystaniem). Należy podkreślić, że ocena kliniczna wyrobów medycznych stanowi istotną część dokumentacji technicznej każdego wyrobu medycznego.

Finalnym etapem oceny jest ocena akceptowalności stosunku korzyści do ryzyka. W tym końcowym rozważaniu pożądanym wnioskiem brzmi, że korzyści muszą wyraźnie przeważać nad ryzykiem. W przypadku wyrobów medycznych wykorzystujących inteligentne algorytmy można więc sięgnąć do sprawdzonych już instrumentów analizy ryzyka, jak np. analizy typu *privacy assessment impact*.

Wyniki oceny klinicznej w istotny sposób wpływają na zarządzanie ryzykiem. Tylko ocena kliniczna może potwierdzić założenia dotyczące korzyści, a tym samym akceptację stosunku korzyści do ryzyka przedstawionego w dokumentacji zarządzania ryzykiem. Ocena kliniczna musi również potwierdzać założenia dotyczące ryzyka, zawarte w dokumentacji zarządzania ryzykiem. Wyniki obserwacji klinicznej po wprowadzeniu wyrobu do obrotu powinny być również uwzględnione w ocenie klinicznej i zarządzaniu ryzykiem.

⁴⁰ Por. P. Keane, E. Topol, *With an eye to AI and autonomous diagnosis*, „NPJ Digital Medicine” 2018/1, s. 40; A. Kiseleva, *Decisions made by AI versus transparency: who wins in healthcare?* [w:] *The futures of health: social, ethical and legal challenges*, red. T. Bachle, A. Wernick, Berlin 2019.

6. Nowe przepisy dotyczące systemów sztucznej inteligencji a wyroby medyczne wykorzystujące inteligentne algorytmy

Aktywność legislacyjna Unii Europejskiej w dziedzinie sztucznej inteligencji wyróżnia się pozytywnie na tle innych organizacji regionalnych oraz międzynarodowych (z wyjątkiem Rady Europy). Komisji Europejskiej udało się przedstawić w miarę spójny projekt rozporządzenia ustanawiającego zharmonizowane przepisy dotyczące sztucznej inteligencji (akt w sprawie sztucznej inteligencji)⁴¹. Zamiar wprowadzenia jednolitej regulacji unijnej w postaci rozporządzenia (analogicznie jak w przypadku rozporządzenia MDR) jest prawidłowy. Rozporządzenie AIA może stać się pierwszym tego typu aktem prawnym na świecie i stanowić wzór dla innych państw (podobnie jak RODO⁴²)⁴³.

Propozycja Komisji Europejskiej jest konsekwencją podejmowanych na przestrzeni ostatnich lat w UE inicjatyw związanych z prawnym uregulowaniem systemów sztucznej inteligencji⁴⁴. Projekt rozporządzenia powiela humanocentryczną wizję rozwoju sztucznej inteligencji. Projektowane przepisy mają na celu zapewnienie skutecznej ochrony praw podstawowych oraz stworzenie przyjaznych warunków do inwestycji w celu dalszego rozwoju systemów sztucznej inteligencji. Stworzenie tego rodzaju regulacji nie jest łatwym zadaniem i wymaga dokonywania trudnych wyborów.

Wprowadzenie nowych przepisów w tej dziedzinie wiąże się z ryzykiem powielania dotychczasowych regulacji oraz wprowadzenia sprzecznych obowiązków. Zakres rozporządzenia AIA należy doprecyzować w taki sposób, aby rozporządzenie nie wyłączało bądź powtarzało obowiązujących treści lub planowanych aktów prawnych, a je uzupełniało. Z perspektywy tematu niniejszego opracowania konieczne jest zapewnienie spójności nowej regulacji z funkcjonującym w UE systemem NLF (*New Legislative Framework* – Ramy prawne wyznaczone decyzją 768/2008/WE⁴⁵ oraz rozporządzeniem 765/2008⁴⁶), przepisami wspomnianego już

⁴¹ Wniosek Komisji Europejskiej z 21.04.2021 r. – rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiające zharmonizowane przepisy dotyczące sztucznej inteligencji (akt w sprawie sztucznej inteligencji) i zmieniające niektóre akty ustawodawcze Unii, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206>.

⁴² Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z 27.04.2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) – Dz.Urz. UE L 119 z 4.05.2016 r., s. 1.

⁴³ W USA trwają podobne prace legislacyjne. Agencja ds. Żywności i Leków (FDA) opublikowała w styczniu 2021 r. plan działania przedstawiający proponowane ramy dla regulacji i nadzoru nad wyrobami medycznymi i oprogramowaniem wykorzystujących technologie AI, <https://www.fda.gov/news-events/press-announcements/fda-releases-artificial-intelligencemachine-learning-action-plan> (dostęp: 12.01.2022 r.).

⁴⁴ M. Świerczyński, Z. Więckowski, *Prawo do zdrowia a sztuczna inteligencja w systemie ochronnym tworzonym przez organizacje międzynarodowe* [w:] Internet. Cyberpandemia. Cyberpandemic, red. A. Gryszczyńska, G. Szpor, Warszawa 2020, s. 313–314.

⁴⁵ Decyzja Parlamentu Europejskiego i Rady 768/2008/WE z 9.07.2008 r. w sprawie wspólnych ram dotyczących wprowadzania produktów do obrotu, uchylająca decyzję Rady 93/465/EWG (Dz.Urz. UE L 218 z 13.08.2008 r., s. 82).

⁴⁶ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) 765/2008 z 9.07.2008 r. ustanawiające wymagania w zakresie akredytacji i uchylające rozporządzenie (EWG) nr 339/93 (Dz.Urz. UE L 218 z 13.08.2008 r., s. 30 ze zm.).

ogólnego rozporządzenia o ochronie danych, przepisami dyrektywy w sprawie egzekwowania prawa (dyrektywa 2016/680)⁴⁷ oraz przepisami dotyczącymi ochrony konsumenta⁴⁸.

Na szczególną uwagę zasługuje zgodność rozporządzenia AIA z przepisami unijnymi dotyczącymi wyrobów medycznych. W naszej ocenie przedstawiony projekt rozporządzenia powiela szereg przepisów rozporządzenia MDR. Poważne wątpliwości co do prawnego statusu wyrobów medycznych stanowiących oprogramowanie są również konsekwencją wad zaproponowanej definicji systemu sztucznej inteligencji. Z literalnego brzmienia definicji proponowanej w projektowanym rozporządzeniu wynika, że znaczna część oprogramowania może zostać uznana za system sztucznej inteligencji. Jeżeli jednocześnie uwzględni się projektowane w rozporządzeniu AIA zasady klasyfikacji systemów AI, to prawie każdy tego typu wyrób medyczny oparty na oprogramowaniu stanowiłby system wysokiego ryzyka, co nie wydaje się prawidłowe. Projekt nie uwzględnia wszystkich konsekwencji przyjętych zasad klasyfikowania do grupy systemów sztucznej inteligencji wysokiego ryzyka związanych z regułami klasyfikacji wyrobów medycznych określonymi w rozporządzeniu MDR. Projekt rozporządzenia AIA musi w tej części zostać poprawiony.

Warto podkreślić, że projektowane przepisy regulują przede wszystkim sposób, w jaki systemy AI są wykorzystywane. Wydaje się to zbieżne z regułami klasyfikacji przyjętymi w rozporządzeniu MDR. Zaproponowano cztery poziomy ryzyka, jakie niesie ze sobą konkretny sposób użycia danego systemu AI (*risk-based approach*):

- 1) minimalne – poza regulacją rozporządzenia;
- 2) ograniczone – rozporządzenie nakłada wyłącznie obowiązki informacyjne i konieczność spełniania określonych wymogów przejrzystości;
- 3) wysokie – przepisy projektu rozporządzenia AIA nakładają wiele obowiązków na producentów, dystrybutorów i użytkowników (jest to uzasadnione ryzykiem nadmiernej ingerencji w życie ludzi);
- 4) nieakceptowalne – systemy zakazane.

Jednocześnie należy podkreślić, że w projekcie rozporządzenia brakuje klarownych zasad klasyfikacji systemów sztucznej inteligencji wysokiego ryzyka. Budzi to szczególne wątpliwości na tle reguł klasyfikacyjnych wynikających z obowiązujących już przepisów o wyrobach medycznych (MDR).

⁴⁷ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/680 z 27.04.2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych przez właściwe organy do celów zapobiegania przestępczości, prowadzenia postępowań przygotowawczych, wykrywania i ścigania czynów zabronionych i wykonywania kar, w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchyłająca decyzję ramową Rady 2008/977/WSiSW (Dz.Urz. UE L 119 z 4.05.2016 r., s. 89).

⁴⁸ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z 25.10.2011 r. w sprawie praw konsumentów, zmieniająca dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchyłająca dyrektywę Rady 85/577/EWG i dyrektywę 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz.Urz. UE L 304 z 22.11.2011, s. 64).

Zgodnie z projektem rozporządzenia AIA system wysokiego ryzyka to system sztucznej inteligencji, który jest:

- 1) określony w projektowanym załączniku III do rozporządzenia AIA,
- 2) przeznaczony do wykorzystywania jako związany z bezpieczeństwem element produktu objętego unijnym prawodawstwem harmonizacyjnym wymienionym w załączniku II (lub sam jest takim produktem),
- 3) produktem, którego element związany z bezpieczeństwem stanowi system sztucznej inteligencji (lub sam system sztucznej inteligencji jako produkt podlega – na podstawie unijnego prawodawstwa harmonizacyjnego wymienionego w załączniku II – ocenie zgodności przeprowadzanej przez osobę trzecią w celu wprowadzenia tego produktu do obrotu lub oddania go do użytku).

Takie zasady klasyfikacji oznaczają, że systemy sztucznej inteligencji będące wyrobami medycznymi albo elementami bezpieczeństwa wyrobów medycznych zostaną uznane za system sztucznej inteligencji wysokiego ryzyka.

Należy zatem zwrócić uwagę na zagadnienia, które wymagają korekty w rozporządzeniu AIA. Po pierwsze, konieczne jest precyzyjne uregulowanie statusu „wypożyczenia wyrobów medycznych” stanowiącego oprogramowanie. Wątpliwości budzi treść wytycznych MDCG przyjętych w 2019 roku⁴⁹, które odmiennie niż dyspozycja art. 2 pkt 2 rozporządzenia MDR przyjęły szeroką definicję wyposażenia. Objęły nim również wyposażenie, które pozostaje wyłącznie w pośredniej relacji z wyrobem medycznym oraz wpływa także na inne – oprócz medycznej – funkcjonalności wyrobu medycznego. Po drugie, na podstawie projektowanego rozporządzenia AIA klasyfikacja do grupy systemów sztucznej inteligencji wysokiego ryzyka powinna opierać się na zasadach klasyfikacji określonych w rozporządzeniu MDR. Z uwagi na wadliwą definicję systemu sztucznej inteligencji oraz brak w rozporządzeniu MDR definicji legalnej oprogramowania niemal każdy wyrób medyczny może zostać zakwalifikowany jako system wysokiego ryzyka. Niezbędne jest zatem precyzyjne określenie kryteriów klasyfikacji systemów AI do systemów wysokiego ryzyka. Brak działania w tym zakresie może doprowadzić do istotnych problemów interpretacyjnych w przyszłości.

Nie ulega wątpliwości, że definicje zaproponowane w projekcie rozporządzenia AIA wymagają zmiany. Poniżej odniesiemy się szczegółowo do tych, które pozostają w ścisłym związku z wyrobami medycznymi.

W art. 3 pkt 1 projektu rozporządzenia AIA sformułowano pojęcie „system sztucznej inteligencji”. W nowej wersji projektu proponujemy zdefiniowanie systemu sztucznej inteligencji w sposób bardziej opisowy, wskazujący na pewne atrybuty sztucznej inteligencji, sposoby czy cele działania takiego systemu, bez odwoływania się do konkretnych metod i technik. Z uwagi na zdiagnozowane wady pierwotnej definicji istnieje uzasadnione ryzyko powstania istotnych wątpliwości co do statusu regulacyjnego wyrobów medycznych, które są oprogramowaniem. Jak wskazaliśmy powyżej, na podstawie aktualnej wersji rozporządzenia AIA właściwie każdy

⁴⁹ *Guidance on Qualification and Classification of Software in Regulation (EU) 2017/745 – MDR and Regulation (EU) 2017/746 – IVDR*, <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/37581> (dostęp: 13.01.2022 r.).

rodzaj oprogramowania medycznego mógłby zostać uznany za system sztucznej inteligencji. Ponadto każdy wyrób medyczny stanowiący oprogramowanie byłby systemem sztucznej inteligencji, a z uwagi na zasady klasyfikacji każdy taki wyrób zostałby uznany za system sztucznej inteligencji wysokiego ryzyka, co niesłoby za sobą wszystkie związane z tym konsekwencje regulacyjne.

W celu uniknięcia problemów interpretacyjnych należy zredefiniować pojęcie „poważnego incydentu”. Projekt rozporządzenia AIA objaśnia bowiem ten termin odmiennie niż rozporządzenie MDR⁵⁰. Różnice w zakresie definicyjnym określenia „poważny incydent” mogą skutkować znacznymi wątpliwościami, gdy wystąpi konieczność raportowania incydentów. Do rozważenia pozostaje dodanie w art. 3 definicji „incydentu”, który mógłby oznaczać np. wadliwe działanie systemu sztucznej inteligencji⁵¹.

Warto podkreślić, że obecny projekt rozporządzenia AIA (odmiennie niż rozporządzenie MDR) nie zawiera legalnej definicji „ryzyka”. Proponujemy, aby definicja terminu „ryzyko” przyjęta na potrzeby projektu rozporządzenia była tożsama z definicją przyjętą w rozporządzeniu MDR, czyli aby brzmiała następująco: „połączenie prawdopodobieństwa wystąpienia szkody oraz jej stopnia ciężkości” (art. 2 pkt 23 rozporządzenia MDR). W obecnej sytuacji istnieje uzasadniona obawa, że producenci wyrobów medycznych musieliby zapewnić dwa niezależne, równoległe systemy zarządzania ryzykiem.

7. Podsumowanie i wnioski

Jesteśmy świadkami cyfrowej rewolucji (przyspieszonej przez pandemię COVID-19) w obszarze ochrony zdrowia. Powstają rozwiązania telemedyczne, a systemy AI stawiają coraz bardziej trafne diagnozy. Inteligentne algorytmy wykorzystuje się również podczas pozyskiwania elektronicznych zasobów danych medycznych w celu prowadzonych badań klinicznych. Komisje bioetyczne coraz częściej poddają ocenie zaawansowane funkcje wyrobów medycznych, takie jak zdalny monitoring parametrów życiowych, który wymaga specjalistycznego oprogramowania. Pojawia się zatem konieczność zastosowania szeregu przepisów, standardów i norm etycznych.

Rozporządzenie unijne dotyczące wyrobów medycznych (MDR) stanowi przykład regulacji nowego typu, która we właściwy sposób uwzględnia postęp technologiczny.

⁵⁰ Z art. 2 pkt 65 rozporządzenia MDR wynika, że „poważny incydent” to incydent, który bezpośrednio lub pośrednio doprowadził, mógł doprowadzić lub może doprowadzić do któregośkolwiek z niżej wymienionych zdarzeń: a) zgon pacjenta, użytkownika lub innej osoby; b) czasowe lub trwale poważne pogorszenie stanu zdrowia pacjenta, użytkownika lub innej osoby; c) poważne zagrożenie zdrowia publicznego. Z kolei art. 3 pkt 44 projektu rozporządzenia AIA wskazuje, że „poważny incydent” to każdy incydent, który bezpośrednio lub pośrednio prowadzi, mógł prowadzić lub może prowadzić do któregośkolwiek z poniższych zdarzeń: a) śmierci osoby lub poważnego uszczerbku na zdrowiu osoby, uszkodzenia mienia lub szkody dla środowiska, b) poważnego i nieodwracalnego zakłócenia w zarządzaniu infrastrukturą krytyczną i jej funkcjonowaniu.

⁵¹ Alternatywnie można byłoby posiłkować się definicją incydentu zawartą w art. 4 pkt 7 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/1148 z 16.07.2016 r. w sprawie środków na rzecz wysokiego wspólnego poziomu bezpieczeństwa sieci i systemów informatycznych na terytorium Unii (Dz.Urz. UE L 194 z 19.07.2016 r., s. 1).

Na rozporządzeniu tym wzorowano przepisy dotyczące systemów sztucznej inteligencji (rozporządzenie AIA). Rozporządzenie MDR formułuje liczne zmiany w prowadzeniu badań klinicznych wyrobów medycznych. Dzięki tym uregulowaniom istnieje wysokie prawdopodobieństwo uniknięcia rozbieżnych interpretacji i niejednolitego wdrożenia nowych przepisów w poszczególnych krajach członkowskich. Na mocy rozporządzenia MDR częściej niż dotychczas należy wykonywać badania kliniczne. Dlatego rozporządzenie to szczegółowo określa sposób przeprowadzania oceny klinicznej i badania klinicznego.

W obecnej wersji projektu unijnych przepisów dotyczących sztucznej inteligencji (rozporządzenie AIA) zauważyć można nieprawidłowe powielanie przepisów z rozporządzenia MDR. Poważne wątpliwości co do prawnego statusu wyrobów medycznych stanowiących oprogramowanie budzą wady definicji „systemu sztucznej inteligencji”. Istnieje konieczność szczegółowego uregulowania statusu „wyposażenia wyrobów medycznych” będącego oprogramowaniem, a także doprecyzowanie kryteriów klasyfikacji wyrobów medycznych stanowiących systemy AI jako systemów wysokiego ryzyka.

Podsumowując, należy podkreślić, że technologie oparte na sztucznej inteligencji już teraz kształtują nasz świat⁵², w tym systemy ochrony zdrowia. Rosnące znaczenie wyrobów medycznych wykorzystujących inteligentne algorytmy to tylko jeden z aspektów globalnej transformacji. Kierunek rozwoju nowych technologii uzależniony jest od rozwoju standardów i regulacji zaprojektowanych dla oceny inteligentnych algorytmów.

Bibliografia

1. *Artificial intelligence in healthcare*, 2019, https://www.aomrc.org.uk/wp-content/uploads/2019/01/Artificial_intelligence_in_healthcare_0119.pdf.
2. *Artificial Intelligence in Medical Devices – Verifying and validating AI-based medical devices*, <https://www.tuvsud.com/en/resource-centre/white-papers/artificial-intelligence-in-medical-devices>.
3. Bächle T., *On the ethical challenges of innovation in digital health* [w:] *The futures of health: social, ethical and legal challenges*, red. T. Bächle, A. Wernick, Berlin 2019.
4. Berge E., Whiteley W., Audebert H., De Marchis G.M., Fonseca A.C., Padiglioni C., Pérez de la Ossa N., Strbian D., Tsvigoulis G., Turc G., *Wytyczne European Stroke Organisation dotyczące stosowania trombolizy dożylniej w leczeniu świeżego udaru niedokrwinnego* (tłum. M. Bodzioch), *Medycyna Praktyczna Neurologia* 2021, nr 5–6 (71–72).
5. Billiones R., Thomas K.B., *Medicinal products and medical devices in clinical trials conduct and disclosure – and never the twain shall meet!*, *Medical Writing* 2019, vol. 28 issue 2.
6. Bosek L., *Perspektywy rozwoju odpowiedzialności cywilnej za inteligentne roboty*, *Forum Prawnicze* 2019, nr 2.

⁵² R. Walters, M. Novak, *Artificial Intelligence and Law* [w:] *Cyber Security, Artificial Intelligence, Data Protection & the Law*, Singapore 2021, DOI: 10.1007/978-981-16-1665-5_3 (dostęp: 01.02.2022 r.).

7. Bruno T., *Wearable Technology*, Rowman & Littlefield 2015.
8. Handorn B., *Die Reform des Medizinprodukterechts in Deutschland und der EU [w:] Aktuelle Fragen des Medizinrechts. MedR Schriftenreihe Medizinrecht*, red. A. Spickhoff, V. Kossak, Berlin 2019.
9. Hassanaly P., Dufour J.C., *Analysis of the Regulatory, Legal, and Medical Conditions for the Prescription of Mobile Health Applications in the United States, The European Union, and France*, Medical Devices: Evidence & Research, 2021, vol. 14.
10. Hell K., *Intelligente Medizinprodukte: Ist der geltende Rechtsrahmen noch aktuell?*, Medizinrecht 2020, vol. 38.
11. Hoeren T., Niehoff M., *Artificial intelligence in medical diagnoses and the right to explanation*, European Data Protection Law Review 2018, vol. 4.
12. Ivanovska E., Tonic-Ribarska J., Lazova J., Popstefanova N., Davcheva-Jovanoska M., Trajković-Jolevska S., *Providing clinical evidence under the MDR 2017/745: New challenges for manufacturers in medical device industry*, Arhiv za Farmaciju 2019, vol. 69 issue 1, DOI: 10.5937/arhfarm1901039.
13. Jabri S., *Artificial Intelligence and Healthcare: Products and Procedures [w:] Regulating Artificial Intelligence*, red. T. Wischmeyer, T. Rademacher, Cham 2020, DOI: 10.1007/978-3-030-32361-5_14.
14. Keane P., Topol E., *With an eye to AI and autonomous diagnosis*, NPJ Digital Medicine 2018, vol. 1.
15. Kiseleva A., *Decisions made by AI versus transparency: who wins in healthcare? [w:] The futures of health: social, ethical and legal challenges*, red. T. Bachle, A. Wernick, Berlin 2019.
16. Kokocińska K. [red.], *Innowacyjne technologie w ochronie zdrowia. Aspekty prawne*, Warszawa 2020.
17. Kościelniak P., *Badania kliniczne ze wsparciem sztucznej inteligencji*, <http://forum-zdrowia.pl/info/aktualnosci/badania-kliniczne-ze-wsparciem-sztucznej-inteligencji/>.
18. Król-Całkowska J., *E-dokumentacja medyczna i telemedycyna. Aspekty prawne*, Warszawa 2021.
19. Krusche C., Rio Bartulos C., Abu-Mugheisib M., Haimerl M., Wiggermann P., *Dynamic perfusion analysis in acute ischemic stroke: A comparative study of two different softwares*, Clinical Hemorheology and Microcirculation 2021, vol. 79 issue 1.
20. Libront K., *Nowe technologie w umowach nienazwanych na przykładzie rynku wyrobów medycznych*, Warszawa 2020 (rozprawa doktorska).
21. Libront K., *Oprogramowanie jako wyrób medyczny – ważny wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE*, <http://traple.pl/blog/oprogramowanie-jako-wyrob-medyczny-wazny-wyrok-trybunalu-sprawiedliwosci-ue/>.
22. Luty O., *Czekają nas rewolucyjne zmiany w branży wyrobów medycznych*, Prawo.pl.
23. Mantas J., Hasman A., Househ M.S., Gallos P., Zoulias E. [red.], *The Importance of Health Informatics in Public Health During a Pandemic*, Amsterdam 2020.
24. Molnár-Gábor F., *Artificial Intelligence in Healthcare: Doctors, Patients and Liabilities [w:] Regulating Artificial Intelligence*, red. T. Wischmeyer, T. Rademacher, Cham 2020, DOI: 10.1007/978-3-030-32361-5_15.

25. Murray N.M., Unberath M., Hager G.D., Hui F.K., *Artificial intelligence to diagnose ischemic stroke and identify large vessel occlusions: a systematic review*, Journal of Neurointerventional Surgery 2020, vol. 12 issue 2.
26. Nicolas-Jilwan M., Wintermark M., *Automated Brain Perfusion Imaging in Acute Ischemic Stroke: Interpretation Pearls and Pitfalls*, Stroke 2021, vol. 52 issue 11.
27. Olimid D.-A., Olimid A.P., Chen F.I., *Ethical governance of the medical research: clinical investigation and informed consent under the new EU Medical Devices Regulation (2017/745)*, Romanian Journal of Morphology & Embryology 2018, vol. 59 issue 4.
28. Paul D., Sanap G., Shenoy S., Kalyane D., Kalia K., Tekade R.K., *Artificial intelligence in drug discovery and development*, Drug Discovery Today 2021, vol. 26 issue 1, DOI: 10.1016/j.drudis.2020.10.010.
29. Recht M.P., Dewey M., Dreyer K., Langlotz C., Niessen W., Prainsack B., Smith J.J., *Integrating artificial intelligence into the clinical practice of radiology: challenges and recommendations*, European Radiology 2020, vol. 30 issue 6.
30. Sobolewski P., Kozera G., *Diagnostyka obrazowa u chorych w ostrej fazie udaru niedokrwiennego mózgu*, Neurologia po Dyplomie 2019, nr 5 t. 14.
31. Świerczyński M., Więckowski Z., *Prawo do zdrowia a sztuczna inteligencja w systemie ochronnym tworzonym przez organizację międzynarodowe [w:] Internet. Cyberpandemia. Cyberpandemic*, red. A. Gryszczyńska, G. Szpor, Warszawa 2020.
32. Walters R., Novak M., *Artificial Intelligence and Law [w:] Cyber Security, Artificial Intelligence, Data Protection & the Law*, Singapore 2021, DOI: 10.1007/978-981-16-1665-5_3.
33. Wiszniewska M., Członkowska A., *Ostry udar niedokrwieny i przemijające niedokrwienie mózgu – diagnostyka i leczenie*, Neurologia po Dyplomie 2020, nr 1 t. 15.
34. Witkiewicz W., *Przyszłość należy do da Vinci* (rozm. przepr. L. Krysiak), Gazeta Lekarska 2021, nr 2.
35. Zenner H., Božić M., *Clinical Evaluation of Medical Devices in Europe [w:] Personalized Medicine in Healthcare Systems*, red. N. Bodiřoga, D. Vukobrat, K. Rukavina, G. Pavelić, G. Sander, Cham 2019, DOI: 10.1007/978-3-030-16465-2_2.
36. Żukowicz W., Markiet K., Gójska-Grymajło A., Regent B., Baścik B., Szurowska E., Karaszewski B., *Obrazowanie naczyń tętniczych we wczesnej fazie udaru niedokrwienego mózgu w erze leczenia wewnątrznaczyniowego*, Neurologia Praktyczna 2019, nr 2 (107).

Barbara Jelonek-Jarco

O konieczności regulacji prawnej umowy franczyzy – uwagi do raportu „Faktyczna nierówność stron umowy franczyzy w Polsce”¹

On the necessity of legal regulation of the franchise agreement – comments to the report “The actual inequality of parties to the franchise agreement in Poland”

Abstract

The aim of the paper is to find the answer to the question whether franchise agreement should be regulated under Polish law. At the moment franchise agreement is a so called unnamed contract not regulated by Polish law. Taking into account analysis of the case law and the court files concerning franchise agreement, one may say that the regulation of franchise agreement is needed due to the fact that franchisee is the weaker party to the contract and it should be protected in a far better way than it is done at the moment. The regulation however should be well balanced and should not inhibit entering into the franchise agreements in Poland.

Keywords: franchise agreement, inequality of the parties to the contract, unnamed contract

Streszczenie

Celem artykułu jest sformułowanie odpowiedzi na pytanie, czy umowa franczyzy powinna zostać uregulowana w prawie polskim. W chwili obecnej umowa ta jest tzw. umową nienazwaną, nieuregulowaną przez polskie prawo. Biorąc pod uwagę analizę orzecznictwa i akt sądowych dotyczących przedmiotowej umowy, można stwierdzić, że regulacja umowy franczyzy jest konieczna głównie ze względu na to, że franczyzobiorca stanowi słabszą stronę umowy i należy mu zapewnić odpowiednią ochronę. Regulacja powinna być jednak wyważona i nie może utrudniać zawierania umów franczyzy w Polsce.

Słowa kluczowe: franczyza, nierówność stron umowy, umowa nienazwana

Dr Barbara Jelonek-Jarco, Uniwersytet Jagielloński, Polska, ORCID: 0000-0003-0418-2414, e-mail: barbara.jelonek-jarco@uj.edu.pl.

Data zgłoszenia tekstu przez autora: 29.06.2021 r.; data zaakceptowania do publikacji: 30.05.2022 r.

¹ R. Adamus, *Faktyczna nierówność stron umowy franczyzy w Polsce*, https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2020/10/IWS_Adamus-R_Faktyczna-nier%C3%B3wno%C5%9B%C4%87-stron-umowy-franczyzy-w-Polsce.pdf (dostęp: 23.06.2022 r.). W niniejszym opracowaniu nie omówiono kolejnego projektu ustawy opublikowanego przez R. Adamusa: <https://adamusrafal.pl/projekt-ustawy-o-dzialalnosci-franczyzowej> (dostęp: 23.06.2022 r.) – będzie to bowiem przedmiotem innego artykułu.

Wprowadzenie

Umowy franczyzy są często zawierane w obrocie i z tego względu mają bardzo duże znaczenie praktyczne. Jak wynika z „Raportu o rynku franczyzy 2019/2020 roku”², przygotowanego przez ekspertów portalu Franchising.pl oraz Profit system, w 2020 r. w Polsce działało 1310 sieci franczyzowych i 83.000 franczyzobiorców. Na rynku franczyzy dominują polskie podmioty. W Polsce 8 na 10 francyz to krajowe marki, w ramach których działa również większość (ponad 85%) jednostek franczyzowych³. Częste są też spory (przy czym nie wszystkie z nich znajdują rozwiązanie w sądzie) powstające na gruncie takich umów. W szczególności dotyczą one zapłaty kar umownych zastrzeżonych w umowie na rzecz francyzodawcy. Natomiast w sytuacji gdy planowane w formule franczyzy przedsięwzięcie nie przynosi oczekiwanych rezultatów, niezadowolona strona (co do zasady franczyzobiorca) kwestionuje ważność umowy i próbuje się uchylić od wszystkich jej skutków.

Asumptem do przygotowania niniejszego opracowania było badanie akt spraw sądowych dotyczących sporów powstałych na gruncie umów franczyzy w apelacji krakowskiej, a także opublikowanie raportu „Faktyczna nierówność stron umowy franczyzy w Polsce”. Ciągłe aktualne pozostaje bowiem pytanie, czy konieczne jest uregulowanie umowy franczyzy w prawie polskim, a jeśli tak, to jaki kształt powinna przybrać ta regulacja⁴.

1. Charakter i definicja umowy franczyzy

Nie budzi wątpliwości, że umowa franczyzy jest umową nienazwaną⁵, ale należy pamiętać o tym, że niejednokrotnie umowa taka zawiera elementy umów nazwanych,

²R. Adamus, *Faktyczna...*

³M. Kurda, *Dojrzały rynek franczyzy*, <https://franchising.pl/arttykul/11553/dojrzały-rynek-franczyzy/> (dostęp: 23.06.2022 r.).

⁴W opracowaniu został pominięty wątek antykonkurencyjny umów franczyzy. Por. przykładowo wyrok Sądu Apelacyjnego (dalej: SA) w Warszawie z 10.01.2018 r., VII AGA 828/18, niepubl., i wyrok Sądu Najwyższego (dalej: SN) z 9.10.2019 r., I NSK 89/18, LEX nr 2727399 (zob. K. Kohutek, *Ujednolicanie cen w ramach franczyzy jako porozumienie mające antykonkurencyjny cel – uwagi krytyczne do wyroków Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 10.01.2018 r., VII AGA 828/18, i Sądu Najwyższego z 9.10.2019 r., I NSK 89/18*, „Głosa” 2020/3, s. 76–90). Ze względu na ramy niniejszego opracowania nie przedstawiono także stanu regulacji umowy franczyzy w innych krajach europejskich. Omawia go autorka publikacji: A. Wiewiórowska-Domagalska, *Franchising – Study for the IMCO Committee*, IP/ A/IMCO/2015–05 (2016), [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/578978/IPOL_STU\(2016\)578978_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/578978/IPOL_STU(2016)578978_EN.pdf) (dostęp: 23.06.2022 r.). Zob. także E. Rott-Pietrzyk, M. Grochowski, *Struktura regulacji umów o pośrednictwo handlowe (wnioski prawno-porównawcze i propozycje legislacyjne)*, „Studia Prawa Prywatnego” 2018/1, Legalis; R. Adamus, *W sprawie potrzeby uregulowania umowy franczyzy w Polsce*, „Prawo w Działaniu” 2021/48, s. 132–138.

⁵M.J. Ziolkowska, *Franczyza. Nowoczesny model rozwoju biznesu*, Warszawa 2020, s. 70 i 90; P. Antoszak, E. Fladrowska, A. Hulisz, *Funkcjonowanie franczyzy na przykładzie wybranego przedsiębiorstwa*, „Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Gospodarki” 2016/28, seria: „Ekonomia” 2016/8, s. 32; I. Maciuszek, *Regulacja umowy franchisingu w polskim systemie prawnym* [w:] *Nauki społeczne i ekonomiczne wobec problemów współczesności. Wybrane zagadnienia*, red. K. Pujer, Wrocław 2017, s. 19; R. Adamus, *W sprawie...*, s. 123. Na temat historii franczyzy – zob. J. Fila, R. Witczak, *Podatkowe aspekty franchisingu jako formy finansowania przedsiębiorstw w globalizującej się gospodarce*, *Acta Universitatis Lodzianensis. Folia Oeconomica* 2011/260, s. 296. O etymologii słowa „franczyza” zob. P. Antoszak, E. Fladrowska, A. Hulisz, *Funkcjonowanie...*, s. 9. Przesłanki uznania umowy za nienazwaną wymienia W.J. Katner [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 9. *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane*, red. W.J. Katner, Warszawa 2018, s. 15.

np. umowy o dzieło (na temat skutków prawnych takiego ukształtowania umowy franczyzy zob. pkt 2. niniejszego artykułu)⁶.

Umowa franczyzy może zostać określona jako umowa adhezyjna ze względu na to, że możliwość jej negocjowania jest znaczenie ograniczona (a czasem wręcz całkowicie wyłączona – w zależności od pozycji francyzodawcy na rynku). Z reguły francyzodawcy dążą bowiem do tego, by wszystkie umowy zawierane w tworzonej przez nich sieci miały takie same brzmienie (a w konsekwencji, by wszyscy francyzobiorcy mieli taką samą pozycję prawną w stosunku do francyzodawcy).

W literaturze przedstawiono liczne definicje umowy franczyzy. Warto przytoczyć definicję sformułowaną przez Leopolda Steckiego. Zgodnie z nią jest to umowa, na mocy której francyzodawca zobowiązuje się wobec francyzobiorcy do udostępnienia mu (umożliwia mu wykorzystywanie) symboli, logo, patentów, wynalazków, znaków towarowych, wzorów użytkowych i zdobniczych, *know-how*, koncepcji i technik prowadzenia określonej działalności gospodarczej z zachowaniem stosowanego przez francyzodawcę zewnętrznego i wewnętrznego wyposażenia i aranżacji lokalu oraz do udzielania francyzobiorcy stosownej pomocy, zaś francyzobiorca zobowiązuje się do prowadzenia określonej działalności gospodarczej oraz do zapłaty określonego wynagrodzenia⁷. Natomiast Andrzej Koch przedstawił najpierw definicję franchisingu, określając go jako metodę rozszerzenia rynków zbytu określonego rodzaju aktywności gospodarczej przez organizowanie sieci jednolitych placówek, prowadzących tę aktywność na terenach oddalonych od siedziby jej organizatora⁸, a następnie na jej podstawie zbudował definicję umowy franczyzy. To ona właśnie w ocenie autora stanowi jurydyczny instrument realizacji ekonomicznych założeń metody franchisingowej: „[j]est to umowa, mocą której jedna strona (organizator sieci) udziela drugiej zezwolenia na stosowanie określonej metody działalności gospodarczej, jak na przykład na posługiwanie się wynalazkiem lub *know-how* z zakresu pewnego typu działalności, na wykorzystanie informacji i doświadczeń oraz na posługiwanie się znakami towarowymi, godłami, emblematami i innymi oznaczeniami, zobowiązując się do udzielania pomocy przy stosowaniu tej metody, a druga strona (beneficjent zezwolenia franchisingowego) zobowiązuje się do prowadzenia we własnym imieniu i na własny rachunek określonej działalności gospodarczej, przy wykorzystaniu udzielanego zezwolenia ściśle według zaleceń organizatora sieci oraz do zapłaty uzgodnionego wynagrodzenia”⁹.

Podkreślenia wymaga to, że umowa franczyzy jest umową długoterminową, dwustronnie zobowiązującą, odpłatną, wzajemną oraz – co szczególnie istotne – umową szczególnego zaufania¹⁰.

⁶ Agnieszka Malarewicz-Jakubów określa umowę franczyzy jako umowę mieszaną, ale wskazuje, że nie zawsze umowa ta musi zawierać elementy innych umów (A. Malarewicz-Jakubów, *Po co kodyfikować umowę franchisingu* [w:] 50 lat Kodeksu cywilnego, red. P. Stec, M. Załucki, Warszawa 2015, s. 258). Stąd teza ta budzi wątpliwości.

⁷ L. Stecki, *Franchising*, Toruń 1997, s. 69.

⁸ A. Koch, *Umowa franchisingowa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1980/3, s. 57.

⁹ A. Koch, *Umowa...*, s. 57; R. Adamus, *W sprawie...*, s. 138–139.

¹⁰ M.J. Ziółkowska, *Franczyza...*, s. 71. Na temat wzajemnego charakteru umowy franczyzy zob. wyrok SA w Poznaniu z 29.11.2005 r., I ACa 1026/05, LEX nr 203653. Skarga kasacyjna od tego wyroku została oddalona przez SN wyrokiem z 7.03.2007 r., II CSK 348/06, LEX nr 1455721 (przedmiotem analizy w tym wyroku była również kwestia zgodności postanowień umowy franczyzy z istotą stosunku zobowiązaniowego). Umowy franczyzy zawieranej w sieci tego samego francyzodawcy dotyczy również wyrok SN z 8.10.2004 r., V CK 670/03, LEX nr 154206.

Istotę umowy franczyzy trafnie określa się jako „transfer sukcesu” osiągniętego przez francyzodawcę, który umożliwia francyzobiorcy korzystanie z niego, a równocześnie sam intensyfikuje korzyści wynikające z rozwoju sieci („kapitalizacja wartości niematerialnych”)¹¹.

Definicja umowy franczyzy jest zawarta w Europejskim Kodeksie Etyki Franczyzy Europejskiej Federacji Franczyzy¹² (zob. szerzej pkt 3. niniejszego artykułu). Zgodnie z nią „[f]ranczyza to system sprzedaży towarów, usług lub technologii, który opiera się na bliskiej, a także ciągłej współpracy pomiędzy prawnie i finansowo odrębnymi i niezależnymi przedsiębiorstwami (Francyzodawcą i jego indywidualnymi Francyzobiorcami), w ramach którego Francyzodawca udziela indywidualnemu Francyzobiorcy prawa oraz nakłada na niego obowiązek prowadzenia działalności zgodnie z koncepcją Francyzodawcy. I tak indywidualny Francyzobiorca jest uprawniony i zobowiązany, w zamian za bezpośrednie lub pośrednie świadczenia finansowe, do korzystania z nazwy handlowej, znaku towarowego lub znaku usługowego, *know-how*, metod biznesowych i technicznych, systemu procedur oraz innych praw własności przemysłowej lub intelektualnej Francyzodawcy, popartych ciągłym świadczeniem pomocy handlowej i technicznej, w ramach oraz przez okres obowiązywania pisemnej umowy franczyzowej zawartej w tym celu między stronami”.

Jak wynika z powyższych przykładowych definicji, istotny obowiązek francyzodawcy (organizatora) polega na udzielaniu pomocy francyzobiorcy. Co szczególnie interesujące, w żadnej z nich nie został wyeksponowany obowiązek lojalności.

Definicja legalna istoty omawianej umowy zawarta jest w przepisach prawa publicznego gospodarczego. Mianowicie zgodnie z § 3 pkt 6 rozporządzenia Rady Ministrów z 30.03.2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję¹³ przez system dystrybucji franchisingowej rozumie się system dystrybucji, w którym dystrybutor bezpośrednio lub pośrednio zobowiązuje się odsprzedać zakupione od dostawcy towary objęte porozumieniem wertykalnym, wykorzystując udostępnione przez niego – w zamian za wynagrodzenie – prawa własności intelektualnej i przemysłowej lub *know-how*. Zgodnie natomiast z art. 4 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 16.02.2007 r.¹⁴ przez towary rozumie się „rzeczy, jak również energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane”.

W literaturze można spotkać wiele klasyfikacji typów i rodzajów franczyzy. Franczyzę można klasyfikować w zależności m.in. od przedmiotu działalności, sposobu powiązania podmiotów, zasięgu umowy, formy działalności gospodarczej,

¹¹ L. Stecki, *Franchising...*, s. 71; M. Ziółkowska, *Franczyza jako strategia wzrostu wartości przedsiębiorstwa*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego” 2011/46, s. 305 i 309; U. Promińska, *Umowa franchisingu jako umowa nienazwana* [w:] *Czynić postęp w prawie. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Birucie Lewaszkiewicz-Petrykowskiej*, red. W. Robaczyński, Łódź 2017, s. 146.

¹² <https://franczyza.org.pl/europejski-kodeks-etyki-udzielania-franczyzy/> (dostęp: 23.06.2022 r.).

¹³ Tekst jedn.: Dz.U. z 2014 r. poz. 1012.

¹⁴ Tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 275.

strategii działalności, struktury podporządkowania stron umowy¹⁵. Jednym z istotniejszych podziałów jest podział według segmentów rynku – segment: usługowy, dystrybucyjny, przemysłowy (produkcyjny) oraz mieszany¹⁶.

2. Przepisy znajdujące zastosowanie do umowy franczyzy i najczęstsze przyczyny sporów sądowych

Mimo braku szczególnej regulacji dotyczącej franczyzy strony nie mają zupełnej dowolności w kształtowaniu jej postanowień. Zgodnie bowiem z art. 353¹ Kodeksu cywilnego¹⁷: „strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współzycia społecznego”¹⁸. Wskazuje się, że chodzi tu o takie zasady współzycia społecznego jak: zasada słuszności kontraktowej, zasada lojalności, równej pozycji stron, uczciwości¹⁹.

Do umowy franczyzy znajdują zastosowanie przepisy części ogólnej Kodeksu cywilnego (np. o wadach oświadczeń woli), przepisy ogólne o zobowiązaniach, w szczególności art. 354 i art. 355 k.c. Ma to istotne znaczenie w kontekście obowiązku lojalności i świadczenia pomocy przez organizatora sieci.

W przypadku umowy franczyzy stosuje się również przepisy o niewykonaniu umów (w tym odpowiedzialności odszkodowawczej), a w razie wprowadzenia do niej dodatkowych klauzul umownych (np. kar umownych) – także przepisy regulujące te instytucje. Jak już podkreślono, niejednokrotnie umowa franczyzy zawiera elementy umów nazwanych, np. umowy o dzieło. W takiej sytuacji do umowy franczyzy znajdują zastosowanie ogólne przepisy o zobowiązaniach, ale również te regulujące daną umowę nazwaną²⁰. W literaturze brakuje zgody co do tego, czy można sięgać do przepisów o zleceniu²¹. Podobnie – sporna jest kwestia zastosowania w drodze analogii do umowy

¹⁵ M.J. Ziółkowska, *Franchiza...*, s. 31–48.

¹⁶ J. Ignaczewski, *Umowy nienazwane*, Warszawa 2004, s. 186. Zob. też B. Rzeźniowiecka, *Franchising [w:] Od auditingu do sponsoringu w rachunkowości*, red. K. Czubakowska, Warszawa 2007, s. 142; A. Malarewicz-Jakubów, *Po co...*, s. 259; J. Wrzesińska, *Rozwój systemów franczyzowych w Polsce*, „Zeszyty Naukowe Szkoły Głównej Gospodarstwa Wiejskiego w Warszawie. Ekonomia i Organizacja Gospodarki Żywnościowej” 2011/93, s. 189–192.

¹⁷ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.) – dalej k.c.

¹⁸ A. Malarewicz-Jakubów, *Po co...*, s. 258; wyrok SN z 7.02.2008 r., V CSK 397/07, LEX nr 457791. Na temat badania zgodności umowy nienazwanej z naturą stosunku prawnego zob. E. Traple, *Ochrona słabszej strony umowy a kontrola treści umowy ze względu na przekroczenie granic swobody umów i sposób zawarcia umowy*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 1997/2, s. 235–236. O ocenie zgodności umowy franczyzy z granicami swobody umów zob. U. Promińska, *Umowa...*, s. 146, 148–151.

¹⁹ R. Adamus, *W sprawie...*, s. 127.

²⁰ Wyrok SN z 7.02.2008 r., V CSK 397/07, LEX nr 457791 (sąd dopuścił stosowanie przepisów o umowie dzierżawy). Spornym może być, czy przepisy te należy stosować wprost czy w drodze analogii – por. B. Gawlik, *Umowy mieszane – konstrukcja i ocena prawna*, „Palestra” 1974/5, s. 30–31. Natomiast należy odrzucić stanowisko SA w Szczecinie (wyrok z 24.09.2019 r., I AGa 40/19, LEX nr 2729393), zgodnie z którym zakwalifikowanie zobowiązania dotyczącego dostarczenia mebli jako elementu umowy franczyzy oznacza „niemożność stosowania w tym zakresie przepisów właściwych dla umowy o dzieło”.

²¹ Stanowisko przeciwne można odnaleźć w pozycji: A. Koch, *Umowa...*, s. 60. Autor tej publikacji proponował natomiast stosowanie do umowy franczyzy – w drodze ostrożnej analogii – przepisów o spółce jawnej zawartych w rozporządzeniu Prezydenta Rzeczypospolitej z 27.06.1934 r. – Kodeks handlowy (Dz.U. z 1934 r. Nr 57, poz. 502 ze zm.; dalej k.h.) dotyczących obowiązku lojalności (art. 110–111 k.h.) oraz ustania spółki (art. 112, 113, 116, 118 k.h.); A. Koch, *Umowa...*, s. 62. Natomiast Bernadetta Fuchs

franczyzy, jako umowy nienazwanej, przepisów o umowach nazwanych. Przeciwno stosowaniu analogii wymienia się argument, że odwoływanie się do wnioskovania *per analogiam* w celu przenoszenia rozwiązań z umów nazwanych do umów nienazwanych wywołuje poważne wątpliwości. Skoro bowiem analogia służy usuwaniu luk – a tym samym, by można było zastosować analogię *legis* – muszą zostać spełnione pewne warunki. Przede wszystkim konieczne jest stwierdzenie istnienia luki w prawie²². W doktrynie rozróżnia się m.in. luki pozorne oraz rzeczywiste²³. Luki pozorne, inaczej aksjologiczne, to luki o charakterze ocennym, wynikające z niezgodności czyjegoś ideału prawnego z prawem obowiązującym²⁴. Zastosowanie analogii uzasadnia istnienie jedynie luki rzeczywistej, czyli takiego przypadku, gdy dla konkretnej sytuacji, która nie jest prawnie irrelevantna, nie istnieje norma prawna (ani wyrażna, ani dająca się wyprowadzić w drodze wykładni), przy czym stan taki jest niezamierzony przez ustawodawcę²⁵. W ocenie Michała Romanowskiego w przypadku umów nienazwanych nie można mówić o luce rzeczywistej, bowiem „[a]ksjologia zasady wolności umów uzasadnia pogląd, iż mamy do czynienia z zamierzonym przez racjonalnego ustawodawcę brakiem regulacji umowy nienazwanej”²⁶. Zdaniem autora przytoczonych słów metoda stosowania w drodze analogii przepisów o umowach nazwanych do umów nienazwanych „stanowi naturalne zagrożenie dla autonomii woli stron”. Odnosząc się jedynie skrótowo do tej kwestii, można zgodzić się z autorem, iż sięganie do regulacji umów nazwanych w celu ustalenia skutków prawnych umów nienazwanych nie powinno stanowić reguły postępowania. Za zbyt daleko idące należy jednak uznać twierdzenie, że mógłby to być jedynie środek „nadmierzający”²⁷.

Ponieważ przepisy nie wprowadzają żadnych wymogów co do treści umowy franczyzy, często jej postanowienia są bardzo rozbudowane w zakresie obowiązków francyzobiorców, a dość ubogie w zakresie obowiązków francyzodawców. Zwykle bardzo ważną klauzulę zawieraną w umowach stanowi kara umowna – niejednokrotnie każde naruszenie umowy przez francyzobiorcę wiąże się z obowiązkiem jej uiszczenia. Są to zazwyczaj kary umowne zaliczalne, a więc takie, które nie wyłączają możliwości dochodzenia przez francyzodawcę odszkodowania w szerszym zakresie. System kar umownych połączony z ich zabezpieczeniami (art. 777 Kodeksu postępowania cywilnego²⁸, weksle, pełnomocnictwo do rachunku bankowego, przelew wierzytelności wynikający z umowy ubezpieczenia czy umów

uważa, że przepisy o zleceniu znajdują zastosowanie do umowy franczyzy, jednak nie uzasadnia ona szerzej tego stanowiska (B. Fuchs, *O potrzebie ustawowej regulacji umów nienazwanych na przykładzie umowy franchisingu* [w:] *Rozprawy z prawa cywilnego, własności intelektualnej i prawa prywatnego międzynarodowego: księga pamiątkowa dedykowana profesorowi Bogusławowi Gawlikowi*, red. J. Pisuliński, P. Tereskiewicz, F. Zoll, Warszawa 2012, s. 330).

²² Problematyka luk w prawie należy do kontrowersyjnych – A. Wolter, *Prawo cywilne*, Warszawa 2001, s. 91; J. Nowacki, *Studia z teorii prawa*, Kraków 2003, s. 287.

²³ L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 1998, s. 175.

²⁴ Z. Ziemiński, *Podstawy sporów o „luki w prawie”*, „Państwo i Prawo” 1966/2, s. 205.

²⁵ Zob. J. Nowacki, *Studia...*, s. 377.

²⁶ M. Romanowski, *Czy należy regulować umowy nienazwane?*, „Studia Prawa Prywatnego” 2009/2, s. 124.

²⁷ Opis modelu wnioskovania *per analogiam* przedstawia J. Nowacki, *Studia...*, s. 285–386.

²⁸ Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 1805 ze zm.) – dalej k.p.c.

dotyczących płatności kartami, a czasem również kaucja gwarancyjna) zapewnia w istocie francyzodawcy pewność i komfort zaspokojenia tych należności. Natomiast kary umowne na rzecz francyzobiorcy zastrzegane są rzadko i nie podlegają żadnemu zabezpieczeniu.

Jak wynika z badań spraw sądowych, na wokandy trafiają właśnie m.in. sprawy dotyczące naliczenia kar umownych przez francyzodawców. Inną przyczyną sporów to brak osiągania efektów ekonomicznych obiecywanych przez francyzodawcę przy zawieraniu umowy. Niejednokrotnie bowiem francyzodawca, aby zachęcić potencjalnego kontrahenta do zawarcia z nim umowy, pokazuje mu prezentacje przyszłych wyników finansowych. Co istotne, takie zapewnienia nie znajdują odzwierciedlenia w umowie francyzy. Następnie, gdy w praktyce osiągnięcie takich wyników okazuje się niemożliwe, a – co więcej – dane przedstawione przez francyzodawcę nie były zgodne z rzeczywistą sytuacją i jego wiedzą, pojawia się problem zakończenia przez francyzobiorcę takiej umowy. Tu niejednokrotnie zastosowanie znajdują przepisy o błędzie albo podstępie (art. 84–86 k.c.).

3. Kodeksy etyki francyzy

Rozważając konieczność i celowość regulacji umowy francyzy w prawie polskim, należy odwołać się również do Europejskiego Kodeksu Etyki Francyzy²⁹, opracowanego przez Europejską Federację Francyzy³⁰. Polska Organizacja Francyzodawców zrzesza sieci francyzowe, które przestrzegają Europejskiego Kodeksu Etyki Udzielania Francyzy³¹. Do organizacji mogą przystąpić wszystkie podmioty spełniające wymogi statutowe, czyli udzielające francyzy i deklarujące przestrzeganie Europejskiego Kodeksu Etyki Udzielania Francyzy³².

Zgodnie z pkt 4 preambuły, „Europejski Kodeks Etyki Francyzy stanowi określony wewnętrznie Samoregulacyjny Kodeks etycznego postępowania branży francyzowej, który został sporządzony z myślą o całej branży francyzowej, jako źródło ogólnych wytycznych w zakresie francyzy. Mimo że wywodzi się ze społeczności członków EFF, Kodeks ten stanowi standard dla wszystkich interesariuszy branży francyzowej – tak obecnych, jak i przyszłych”.

Kodeks określa obowiązki stron umowy, jednak posługuje się sformułowaniami bardzo ogólnymi. Można też dostrzec w nim brak równowagi w zakresie podstawowych obowiązków stron umowy – przykładowo obowiązek lojalności został nałożony wyłącznie na francyzobiorcę.

Rekomendacje dotyczące etyki francyzy zostały przygotowane także przez *The World Franchise Council*³³. O polskim kodeksie francyzy przyjętym w 2021 r. zob. niżej (pkt 4. artykułu).

²⁹ <https://franczyza.org.pl/europejski-kodeks-etyki-udzielania-franczyzy> (dostęp: 23.06.2022 r.).

³⁰ Europejska Federacja Francyzy (dalej EFF) została utworzona 23.09.1972 r.

³¹ <https://franczyza.org.pl/> (dostęp: 23.06.2022 r.).

³² <https://franczyza.org.pl/czlonkowie/> (dostęp: 23.06.2022 r.).

³³ <https://worldfranchisecouncil.net/principles-of-ethics/> (dostęp: 23.06.2022 r.).

4. Argumenty za regulacją i przeciwko regulacji franczyzy

W pierwszej kolejności należy przedstawić poglądy prezentowane w literaturze w kwestii potrzeby regulacji umowy franczyzy. Otóż w doktrynie dominuje stanowisko przeciwnie regulowaniu umowy franczyzy.

Wskazuje się, że ponieważ franczyza rozwija się w różnych dziedzinach i branżach, ustawodawcy trudno przewidzieć wszystkie konieczne postanowienia umowne. Argumentem przeciwko regulacji ma być też to, że rynek franczyzy rozwija się prężnie, a to oznacza, że rynek radzi sobie z obecną sytuacją prawną³⁴. Kolejny argument to przecząca odpowiedź na pytanie, czy empirycznie wykształcony wzorzec umowy wskazuje na to, że interes którejś ze stron jest narażony lub doznaje uszczerbku³⁵. Urszula Promińska podkreśla też, że „[r]egulacja umowy franchisingu nie przyniosłaby stronom skutków innych od tych, które zapewniają obecnie obowiązujące przepisy”³⁶. Przeciwko regulacji umowy franczyzy opowiedziała się też Magdalena Kowalczuk-Szymańska³⁷, a także Bernadetta Fuchs, która zauważyła, że „[p]rawo nie powinno ingerować w sferę autonomii woli, o ile nie jest to niezbędne. Powinno reagować jedynie w przypadku, gdy pojawiają się nieprawidłowości”³⁸.

Natomiast za regulacją umowy franczyzy opowiada się M. Romanowski, który podkreślił, że franczyzobiorca, jako słabsza strona umowy, powinien być chroniony – podobnie jak agent³⁹. Zbliżone stanowisko zajmuje Aneta Wiewiórowska-Domagalska. Dostrzegła ona jednak konieczność przeprowadzenia badań przed podjęciem decyzji o regulacji umowy franczyzy⁴⁰. Trafnie zwróciła również uwagę na nietypowy układ stosunków prawnych między stronami tej umowy. Obie strony są przedsiębiorcami, jednak franczyzodawca ma negocjacyjną i informacyjną przewagę nad franczyzobiorcą. Drugą charakterystyczną cechą umowy franczyzy to zależność i wzajemna wrażliwość stron umowy, przy czym znowu stroną silniejszą okazuje się franczyzodawca. Za regulacją opowiedzieli się także: Rafał Adamus⁴¹ oraz Marta Joanna Ziółkowska, która zauważyła jednak opór franczyzodawców w tym zakresie⁴².

³⁴ M.J. Ziółkowska, *Franchiza...*, s. 99. A. Malarewicz-Jakubów, *Po co...*, s. 263 – autorka nie uznaje kodyfikacji umowy franczyzy za potrzebną.

³⁵ U. Promińska, *Czy nadszedł czas na regulację umowy franchisingu* [w:] *Instytucje prawa handlowego w przyszłym kodeksie cywilnym*, red. T. Mróz, M. Stec, Warszawa 2012, s. 346. Autorka nie opowiada się za kodyfikacją umowy franczyzy.

³⁶ U. Promińska, *Czy nadszedł...*, s. 346.

³⁷ M. Kowalczuk-Szymańska, *Zobowiązanie do ujawnienia istotnych informacji przed zawarciem umowy franczyzy (pre-contractual disclosure obligation). Analiza prawnooporównawcza na tle ustawodawstwa polskiego oraz wybranych jurysdykcji*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2019/4, Legalis.

³⁸ B. Fuchs, *O potrzebie...*, s. 345. Autorka przyznaje jednak, że nieprawidłowości w umowach franczyzy występują najczęściej na etapie zawarcia umowy.

³⁹ M. Romanowski, *Czy należy...*, s. 123.

⁴⁰ A. Wiewiórowska-Domagalska, B2B z cechami B2C: czy i o ile opłaca się uczynienie franczyzy umową nazwaną? [w:] *Rozprawy z prawa prywatnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Wojciechowi Popiołkowi*, red. M. Jagielska, M. Pazdan, E. Rott-Pietrzyk, E. Szpunar, Warszawa 2017, s. 819. Autorka stawia też bardzo trafne pytanie: czy w ogóle część szczególna prawa cywilnego jest potrzebna, skoro zdaniem przedstawicieli doktryny (w odniesieniu do umowy franczyzy) wystarczająca jest regulacja zawarta w części ogólnej zobowiązań?

⁴¹ R. Adamus, *W sprawie...*, s. 141.

⁴² M.J. Ziółkowska, *Franchiza...*, s. 208. Nie jest jasne, czy zdaniem autorki umowę należy uregulować całościowo, czy wyłącznie w zakresie obowiązków przedkontraktowych.

Pytanie o potrzebę regulacji umowy franczyzy to tak naprawdę przede wszystkim pytanie o potrzebę regulacji umowy nienazwanej, wykształconej jako umowa empiryczna. W pewnym momencie dochodzi bowiem do powtarzalności zawierania określonej umowy nienazwanej. Kształtują się jej typowe postanowienia i w konsekwencji kształtuje się empiryczny typ umowy nienazwanej⁴³. W odniesieniu do umów nienazwanych przyjmuje się cechę ich przejściowości⁴⁴, zgodnie z którą każdy wyodrębniony w praktyce typ umowy nienazwanej stanowi formę przejściową w drodze do jej uregulowania, a tym samym uzyskania statusu umowy nazwanej. Prezentowane jest jednak w tym zakresie także odmienne stanowisko, negujące tę cechę jako cechę konieczną umów nienazwanych⁴⁵. Analizując potrzebę regulacji umowy franczyzy, należy zauważyć, że – jak trafnie podkreśla M. Romanowski – umowy nazwane pełnią pożyteczną funkcję, ponieważ m.in. „są jednym ze środków realizacji postulatu sprawiedliwości kontraktowej, co ma szczególne znaczenie w umowach zawieranych z konsumentami, a także w relacjach faktycznej nierówności stron, mimo ich formalnej równorzędności (osiąga się to przez regulowanie niektórych praw i obowiązków kontraktowych przy pomocy przepisów bezwzględnie wiążących). Z kolei przepisy względnie wiążące, a więc te, które nie wiążą stron w razie takiej ich woli, mogą mieć znaczenie przy dokonywaniu wykładni umowy, a także odwoływania się do klauzul słusznosciowych, zawartych np. w art. 5, 56, 65, 353¹ lub 354 KC”⁴⁶.

Powstaje jednak pytanie o kryteria, których spełnienie powinno przesądzać o regulacji umowy nienazwanej i w konsekwencji przeobrażeniu jej w umowę nazwaną. Brak bowiem podstaw do postawienia ogólnej tezy, że każdy wykształcony w praktyce obrotu empiryczny typ umowy nienazwanej zawsze powinien być uregulowany przez ustawodawcę⁴⁷. Za M. Romanowskim można założyć, że podczas ustalania powyższych kryteriów za punkt wyjścia należy przyjąć zasadę autonomii woli stron, zasadę bezpieczeństwa obrotu oraz względy słuszości⁴⁸. Warto też tu wymienić wskazane przez niego kryteria testu na zasadność uregulowania umowy nazwanej: 1) ochrona zaufania w obrocie; 2) przywrócenie zasady wolności umów w kierunku sprawiedliwości kontraktowej; 3) ułatwienie w obrocie (zmniejszenie kosztów transakcyjnych); 4) bezpieczeństwo obrotu i pewność prawa; 5) oddolna inicjatywa organizacji reprezentatywnych dla danego obszaru regulacji stosunków umownych. Na szczególną uwagę zasługuje kryterium przywrócenia zasady wolności umów w kierunku sprawiedliwości kontraktowej, które jest spełnione wtedy, gdy zasada wolności umów pozostaje fikcją, ponieważ jedna ze stron, jako z natury rzeczy strona silniejsza, może wymuszać korzystne dla siebie rozwiązanie z naruszeniem

⁴³ M. Romanowski, *Czy należy...*, s. 121.

⁴⁴ B. Gawlik, *Pojęcie umowy nienazwanej*, „*Studia Cywilistyczne*” 1971/XVIII, s. 19.

⁴⁵ W.J. Katner [w:] *System...*, t. 9. *Prawo...*, s. 20; M. Romanowski [w:] *System prawa Prywatnego*, t. 9. *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane*, red. W.J. Katner, Warszawa 2018, s. 639. W ostatniej wymienionej pozycji wskazano, że „teza o przejściowym charakterze umów nienazwanych jest dogmatycznie nieuzasadniona jako naruszająca samą istotę aksjologii wolności umów oraz prawa prywatnego”.

⁴⁶ M. Romanowski, *Czy należy...*, s. 122.

⁴⁷ M. Romanowski, *Czy należy...*, s. 132.

⁴⁸ M. Romanowski, *Czy należy...*, s. 133.

zasady uczciwości i lojalności w stosunkach kontraktowych. Tym samym od samego początku dochodzi do zachwiania równowagi kontraktowej.

Pytanie o konieczność regulacji umowy franczyzy to także pytanie o konieczność zapewnienia równości kontraktowej stron umowy w relacjach między przedsiębiorcami. Podkreślenia wymaga, że koncepcja modelowej równości stron umowy ukształtowała się w europejskim prawie prywatnym w drugiej połowie XIX w. Dość szybko jednak nastąpiła jej rewizja – w pierwszej kolejności w zakresie relacji pracodawca – pracownik, co skutkowało wyodrębnieniem osobnej kategorii umów o pracę. Później zaś, w drugiej połowie XX w., dostrzeżono podobny problem w odniesieniu do umów z udziałem konsumentów, co również doprowadziło do powstania odrębnych regulacji umów konsumenckich, z przewagą przepisów imperatywnych oraz semiimperatywnych⁴⁹. W praktyce jednak, nawet poza umowami pracowniczymi i konsumenckimi, pełna równość między stronami pozostaje wyłącznie idealnym wyobrażeniem. Z zasady bowiem jedna strona osiąga przewagę. Mateusz Grochowski wyróżnia tu dwie sytuacje: gdy przewaga ta ma charakter incydentalny (dotyczy danej, określonej umowy) oraz gdy przybiera postać systemową – jest typową cechą danego sektora rynku⁵⁰. Do tej drugiej sytuacji trafnie zalicza on właśnie m.in. umowę franczyzy. Oczywiście, w przypadku umowy franczyzy, chodzi o relację między dwojgiem przedsiębiorców, a więc o relację *business-to-business*. Tak więc powstaje pytanie, czy w relacje między przedsiębiorcami ustawodawca powinien ingerować, w celu zapewnienia równowagi kontraktowej. Można przedstawić kilka podejść do tego zagadnienia. Po pierwsze, ustawodawca może pozostać neutralny i oprzeć się na formalnej koncepcji równości stron. Po drugie, istnieje możliwość ingerencji w stosunki umowne, ale jedynie *ad casum* – co odbywa się przede wszystkim na poziomie klauzul generalnych. Wreszcie, zgodnie z trzecim podejściem, celowa jest regulacja i zastosowanie do stron umowy różnych poziomów intensywności regulacyjnej⁵¹.

W prawie polskim funkcjonują już przepisy chroniące jedną ze stron umowy w relacjach *business-to-business*. Chodzi tu przede wszystkim o przepisy o umowie agencyjnej. Można tu też wskazać umowę leasingu, jednak oczywiście z zastrzeżeniem, że nie zawsze w tym przypadku obie strony są przedsiębiorcami. Przepisy o umowie agencyjnej zawarte w Kodeksie cywilnym stanowią implementację do prawa polskiego dyrektywy Rady z 18.12.1986 r. w sprawie koordynacji ustawodawstw Państw Członkowskich odnoszących się do przedstawicieli handlowych działających na własny rachunek⁵². Kodeks cywilny zapewnia agentowi dodatkowe instrumenty ochrony na wypadek rozwiązania umowy z uwagi na okoliczności nieleżące po jego stronie, w szczególności odpowiednio długi okres wypowiedzenia (art. 764¹ k.c.) czy prawo do świadczenia wyrównawczego (art. 764³–764⁴ k.c.). Natomiast regulacja umowy leasingu nie była podyktowana koniecznością implementowania przepisów Unii

⁴⁹ Zjawisko to zostało przedstawione w pozycji: M. Grochowski, *Paradoks słabości – ochrona „słabszego” przedsiębiorcy jako problem prawa umów* [w:] *Sto lat polskiego prawa handlowego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Andrzejowi Kidybie*, t. II, red. M. Dumkiewicz, J. Szczotka, K. Kopaczyńska-Pieczniak, Warszawa 2020, s. 46–47.

⁵⁰ M. Grochowski, *Paradoks...*, s. 48.

⁵¹ M. Grochowski, *Paradoks...*, s. 51.

⁵² Dyrektywa 86/653/EWG (Dz.Urz. UE L 382 z 31.12.1986 r., s. 17) – dalej dyrektywa.

Europejskiej (dalej UE). Cel tych regulacji jest jednak taki sam – ochrona słabszej strony umowy. Ochronę przedsiębiorcy w relacji z innym przedsiębiorcą zapewnia również od niedawna art. 385⁵³ k.c., zgodnie z którym „przepisy dotyczące konsumenta, zawarte w art. 385¹–385³, stosuje się do osoby fizycznej zawierającej umowę bezpośrednio związaną z jej działalnością gospodarczą, gdy z treści tej umowy wynika, że nie posiada ona dla niej charakteru zawodowego, wynikającego w szczególności z przedmiotu wykonywanej przez nią działalności gospodarczej, udostępnionego na podstawie przepisów o Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej”⁵³. Można więc powiedzieć, że ustawodawca polski nie odrzuca możliwości ingerencji ustawowej w stosunki umowne między przedsiębiorcami. Podejście takie należy ocenić jako trafne. Bierność ustawodawcy, podobnie jak ingerencja *ad casum* w te relacje wyłącznie z poziomu klauzul generalnych, nie daje bowiem jednoznacznych rozstrzygnięć.

Na koniec ogólnych rozważań o celowości regulacji umów nienazwanych oraz ingerencji w relacje umowne między przedsiębiorcami warto poczynić dwie uwagi.

Po pierwsze, stwierdzenie, że sądy „radzą sobie” z umową franczyzy, nie jest wystarczające, aby uznać je za negatywną odpowiedź na pytanie o konieczność uregulowania umowy franczyzy. Sąd zawsze musi rozstrzygnąć spór – musi znaleźć odpowiednią podstawę prawną i wydać orzeczenie. Natomiast istotne znaczenie ma, czy to „radzenie sobie” w należyty sposób chroni obie strony umowy – czy sądy dostrzegają specyfikę umowy franczyzy i uwzględniają ją przy wydawaniu rozstrzygnięć. Tak jednak nie jest. Sądy bowiem nie zawsze rozumieją jej szczególny charakter, co potwierdza np. wyrok SA w Gdańsku z 20.12.2018 r.⁵⁴ Sąd pierwszej instancji oddalił powództwo francyzodawcy o zapłatę kary umownej, zaś SA powództwo uwzględnił i w uzasadnieniu zawarł stwierdzenia, które wymagają przytoczenia: „[p]onadto podkreśla się, że sam fakt usankcjonowania w umowie nierówności stron nie przekreśla jej ważności, albowiem zasada swobody umów zezwala na faktyczną nierówność stron umowy, zaś nieekwiwalentność sytuacji prawnej stron umowy nie wymaga co do zasady, istnienia okoliczności, które by ją usprawiedliwiały, skoro stanowi ona wyraz woli stron. Dopiero umowa obiektywnie niekorzystna dla jednej strony może być uznana za czynność prawną sprzeczną z zasadami współżycia społecznego, jeżeli do jej ukształtowania doszło w sposób wyraźnie krzywdzący, pod presją faktycznej przewagi kontrahenta. W orzecznictwie podkreśla się, że uznanie umowy za zawartą z przekroczeniem granic swobody z powodu naruszenia zasad współżycia społecznego, polegającego na nieprawidłowym ukształtowaniu praw i obowiązków stron jest uzasadnione tylko w wypadkach wyjątkowej, szczególnej intensywności naruszenia oraz związanego z tym pokrzywdzenia jednej ze stron, będącego wynikiem wykorzystania silniejszej pozycji kontrahenta dla narzucenia warunków niekorzystnych i prowadzących do rażącego pokrzywdzenia strony o słabszej pozycji kontraktowej. (...) Reasumując w rozpatrywanej sprawie obie strony są przedsiębiorcami i w granicach przysługującej im kompetencji indywidualnie ukształtowały rozkład praw i obowiązków związanych z umową z dnia (...) sierpnia

⁵³ Artykuł ten został dodany ustawą z 31.07.2019 r. o zmianie niektórych ustaw w celu ograniczenia obciążeń regulacyjnych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1495 ze zm.).

⁵⁴ I AGa 204/18, LEX nr 3027995.

2015 r. Pozwany zawarł przedmiotową umowę w sposób dobrowolny, nie będąc przy tym stroną słabszą, czy w jakikolwiek sposób przymuszoną zewnętrznie do podjęcia decyzji i jej podpisaniu (wyróżnienie – B.J.-J.). Tym samym nie sposób przyjąć, że w postanowieniach umowy zostały przekroczone granice słuszności i dobrych obyczajów”. Choć co do zasady można się zgodzić z rozstrzygnięciem SA, ogólne tezy postawione przez ten sąd w uzasadnieniu wyroku są bardzo niepokojące – w szczególności ta o równości kontraktowej przedsiębiorców. Podkreślanie „dobrowolności” zawarcia umowy nie wystarczy bowiem, aby postawić tezę, że francyzobiorca nie stanowi strony słabszej. Co więcej, nie można mówić o dobrowolności, gdy brzmienie umowy jest w istocie jednostronnie narzucane przez francyzodawcę.

Po drugie, podkreślenia wymaga, że w UE umowa franczyzy oceniana jest pozytywnie – jako korzystna dla rozwoju konkurencji (a tym samym dla konsumentów), wpływająca na poprawę i rozwój systemu dystrybucji towarów i usług, a w konsekwencji na podwyższenie ich jakości. Z tego względu prawo konkurencji (rozporządzenie Komisji UE 2022/720 z 10.05.2022 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych⁵⁵ oraz powołane wyżej rozporządzenie Rady Ministrów z 30.03.2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję) wspiera francyzodawców, gdyż zezwala na wprowadzenie do umowy franczyzy takich postanowień, które w innych okolicznościach byłyby uznane za niedopuszczalne (jako naruszające konkurencję)⁵⁶. Ta kwestia także powinna zostać uwzględniona w trakcie podejmowania decyzji o regulacji umowy franczyzy w prawie polskim⁵⁷.

Jeżeli powyższe uwagi natury ogólnej odniesie się do umowy franczyzy i zwerfikuje, czy przedstawione kryteria jej regulacji są spełnione, to należy stwierdzić, że odpowiedź na to pytanie jest pozytywna. Umowa ta spełnia bowiem wszystkie kryteria przemawiające za jej regulacją. Regulacja ta: 1) zapewni ochronę zaufania w obrocie; 2) zagwarantuje przywrócenie zasady wolności umów w kierunku sprawiedliwości kontraktowej; 3) ułatwi obrót, zmniejszając koszty transakcyjne; 4) poprawi bezpieczeństwo obrotu i pewność prawa; 5) wreszcie – jest poparta oddolną inicjatywą organizacji francyzobiorców oraz francyzodawców.

Spełnienie kryteriów 1–4 potwierdza analiza orzecznictwa sądów polskich oraz analiza akt spraw sądowych, co zostało omówione w pkt 5. niniejszego artykułu. Jeżeli chodzi natomiast o kryterium 5, to warto podkreślić, że jak wynika z informacji na stronie internetowej Polskiej Organizacji Francyzodawców, wszystkie stowarzyszenia i organizacje – zarówno francyzobiorców, jak i francyzodawców – przyjęły zgodnie założenia do kodeksu franczyzy, które pozwolą ulepszyć jakość współpracy między

⁵⁵Dz.Urz. UE L 134 z 11.05.2022 r., s. 4. Poprzednio – rozporządzenie Komisji (UE) 330/2010 z 20.04.2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych (Dz.Urz. UE L 102 z 23.04.2010 r., s. 1).

⁵⁶A. Wiewiórowska-Domagalska, *B2B...*, s. 816.

⁵⁷Na temat klauzul umownych dozwolonych na gruncie rozporządzenia Komisji nr 330/2010 zob. R. Adamus, *W sprawie...*, s. 129–131.

stronami umowy franczyzowej. Nastąpiło to 2.12.2020 r.⁵⁸ Natomiast 1.06.2021 r. odbyło się posiedzenie Zespołu Roboczego Rady Przedsiębiorców ds. Franczyzy⁵⁹, działającego w Radzie Przedsiębiorców przy Rzeczniku MŚP. Rzecznik MŚP oraz wszyscy członkowie zespołu podsumowali dotychczasową współpracę ws. przygotowanego projektu Kodeksu Dobrych Praktyk. Ostatecznie kodeks został przyjęty w 2021 r.⁶⁰

5. Wnioski w zakresie konieczności uregulowania franczyzy

Przeprowadzone badania w zakresie uzasadnień wyroków wydanych w postępowaniach sądowych dotyczących umów franczyzy, jak też analiza akt takich spraw (w tym w szczególności zeznań świadków, przesłuchań stron), pozwalają na sformułowanie następujących wniosków.

Po pierwsze, mimo że stronami umowy franczyzy są przedsiębiorcy, nie można mówić o równości między nimi. Co do zasady umowa ta jest umową adhezyjną, niepodlegającą negocjacom. Traktowanie więc stron umowy franczyzy jako równoprawnych przedsiębiorców nie znajduje żadnego uzasadnienia⁶¹.

Po drugie, dla franczyzobiorców zawarcie umowy franczyzy jest niejednokrotnie pierwszym doświadczeniem związanym z własną działalnością gospodarczą. Wiele z tych osób wcześniej pracuje na podstawie umowy o pracę i nie ma żadnego doświadczenia w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej. Tym bardziej więc osoby te nie potrafią rozróżnić rzeczywistej sytuacji ekonomicznej i biznesowej, z którą łączy się zawarcie umowy franczyzy. Franczyzobiorcy, co do zasady witani przez organizatora sieci z radością i spotykający się z jego miłym podejściem, ufają we wszystkie jego zapewnienia i często dopiero w toku wykonywania umowy dostrzegają wagę poszczególnych jej postanowień (np. meble i wyposażenie lokalu może dostarczać wyłącznie franczyzodawca, po cenach znaczenie odbiegających od rynkowych). Dodatkowo – w zależności od stopnia szczegółowości umowy franczyzy – franczyzobiorca ma niejednokrotnie bardzo ograniczoną swobodę działania jako „przedsiębiorca”. Przykładowo jeżeli narzucono mu dostawców, to nie może działać tak, by ponosić jak najniższe koszty. Niewątpliwie trudno tu mówić o samodzielnie prowadzonym przedsiębiorstwie, skoro rola decyzyjna franczyzobiorcy wielokrotnie sprowadza się do kwestii drugorzędnych⁶². Michał Romanowski zasadnie podkreśla, że franczyzobiorca jest całkowicie zależny w prowadzeniu działalności gospodarczej

⁵⁸ Założenia Kodeksu Franczyzy przyjęte!, <https://franczyza.org.pl/zalozenia-kodeksu-franczyzy-przyjete/> (dostęp: 23.06.2022 r.).

⁵⁹ Zespół Roboczy ds. Franczyzy w Radzie Przedsiębiorców, działającej przy Rzeczniku Małych i Średnich Przedsiębiorców (dalej Rzecznik MŚP), powstał 2.07.2020 r. Od początku funkcjonowania za cel obrał opracowanie Kodeksu dobrych praktyk, mającego wyznaczać ramy współpracy pomiędzy franczyzodawcami i franczyzobiorcami. W zespole zrzeszonych jest łącznie 18 instytucji zainteresowanych powstaniem w Polsce przyjaznych zasad regulujących stosunki w ramach umów franczyzowych.

⁶⁰ <https://kodeksfranczyzy.org.pl/kodeks-franczyzy/> (dostęp: 23.06.2022 r.).

⁶¹ Brakuje również podstaw, aby uznać, że to wyłącznie konsument jest słabszą stroną umowy i jedynie on – a nie przedsiębiorca – powinien być chroniony; por. M. Grochowski, *Paradoks...*, s. 52. Odmienne zdanie na ten temat ma B. Fuchs, która podkreśla, że umowa franczyzy jest zawierana w obrocie obustronnie profesjonalnym, w którym swoboda umów jest pojmowana szczególnie (B. Fuchs, *O potrzebie...*, s. 344).

⁶² Potwierdzają to również wyniki badań – M.J. Ziółkowska, *Franczyza...*, s. 194.

od franczyzodawcy⁶³. Istotę „samodzielności” trafnie oddaje następujące stwierdzenie: franczyzobiorca, pomimo „że prowadzi działalność samodzielnie we własnym imieniu, jest tylko ogniwiem w systemie, poddanym narzuconym zasadom, kontroli ich przestrzegania i związanych z tym ograniczeniom co do swobody podejmowania decyzji”⁶⁴. Mimo tego sądy niejednokrotnie patrzą na franczyzobiorców jak na doświadczonych przedsiębiorców i wskazują, że „powód zawarł ryzykowną z punktu widzenia jego interesów umowę, co wszak nie wpływa na treść jej postanowień, a jedynie wskazuje na przyjęcie przez powoda wyższego stopnia ryzyka w prowadzonej przez niego działalności gospodarczej”⁶⁵.

Po trzecie, na etapie zawierania umowy franczyzy organizatorzy sieci przedstawiają profity wynikające z przystąpienia do niej. Czynią to w formie prezentacji (których oczywiście nie przysyłają do franczyzobiorcy, a jedynie pokazują mu w czasie spotkań) lub jedynie rozmów. Zapewnienia co do opłacalności biznesu także wyglądają różnie. Czasami są one bardzo szczegółowe (np. „w takim lokalu uzyska pan obrót na poziomie X miesięcznie, a dochód na poziomie Y”), w innych przypadkach – ogólne. Co bardzo istotne, wątpliwości budzi ocena tych okoliczności przez sądy. Niejednokrotnie bowiem sądy uznają za negatywne to, że franczyzobiorcy przed zawarciem umowy franczyzy nie kontaktowali się z innymi franczyzobiorcami w celu ustalenia, czy zawarcie umowy jest rzeczywiście opłacalne. To postulat, zbyt daleko idące wymaganie, które przede wszystkim nie uwzględnia okoliczności, że niejednokrotnie w umowach nakłada się na franczyzobiorcę zakaz uczestniczenia w organizacjach franczyzobiorców czy naruszania dobrego imienia franczyzodawcy. Stąd nie ma pewności, czy w ogóle taka rozmowa byłaby możliwa (czy ktoś udzieliłby zgodnej z prawdą informacji).

Po czwarte, na etapie wykonywania umowy często kończy się przyjazne podejście organizatora do franczyzobiorcy, a co najważniejsze – obowiązek udzielania pomocy i szkoleń nie jest realizowany w ogóle. Tymczasem to właśnie konieczność zapewnienia pomocy franczyzobiorcy stanowi (obok lojalności) podstawowy obowiązek franczyzodawcy. W istocie jego spełnianie przesądza o sukcesie bądź porażce franczyzobiorcy, a w konsekwencji – również franczyzodawcy. Zasadnie podkreśla się w literaturze, że obowiązek obejmuje pomoc finansową i organizacyjną; w zakresie pomocy organizacyjnej niewątpliwie znajduje się pomoc w postaci szkoleń, doradztwa i wsparcia prawnego, permanentnego doradztwa w sprawach prawnych, finansowych i zawodowych⁶⁶. Obowiązkom tym odpowiada uprawnienie uczestnika do żądania pomocy. W żadnej z umów analizowanych na potrzeby przygotowania niniejszego artykułu obowiązek ten nie został jednak dookreślony. Zdarza się, że w umowach w ogóle nie jest wprowadzony. Czasami umowy zawierają jedynie ogólne postanowienie o obowiązku udzielania franczyzobiorcy pomocy bądź wsparcia bez wskazania, na czym mają polegać. Jak podkreśla się w literaturze, warunkiem powodzenia działalności określonego punktu sieci franchisingowej

⁶³ M. Romanowski, *Czy należy...*, s. 123.

⁶⁴ U. Promińska, *Czy nadszedł...*, s. 333.

⁶⁵ Wyrok SA w Warszawie z 13.09.2018 r., VII AGa 908/18, LEX nr 2593591.

⁶⁶ U. Promińska, *Czy nadszedł...*, s. 335–336.

jest jego prowadzenie ściśle według wskazań organizatora. Chodzi o korzystanie z dostarczanych informacji i wzorów w taki sposób, jaki przynosi sukces w innych przypadkach posługiwania się nimi. Realizacji tego celu służą dwa elementy. Przede wszystkim na organizatorach sieci franchisingowych spoczywa obowiązek udzielania pomocy i wskazówek beneficjentom zezwoleń (szkolenie personelu, urządzenie wnętrza, konsultowanie decyzji itp.), a beneficjenci zostają zobowiązani do prowadzenia danego rodzaju działalności ściśle według wskazań i zaleceń organizatora sieci⁶⁷. Tym samym bez pomocy franczyzodawcy osiągnięcie sukcesu gospodarczego jest mało prawdopodobne.

Po piąte, umowy zwykle zawiera się na czas określony, natomiast prawo do wypowiedzenia umowy przysługuje franczyzobiorcy jedynie w wyjątkowych sytuacjach (w przypadku franczyzodawcy przeciwnie – katalog przyczyn wypowiedzenia jest na ogół obszerny). Co więcej, takie wypowiedzenie umowy przez franczyzobiorcę często połączone jest z obowiązkiem zapłaty kary umownej (gdy okaże się nieuzasadnione), co skutecznie blokuje franczyzobiorców przed podjęciem decyzji o wypowiedzeniu umowy. Dodatkowo zwykle franczyzobiorca musi legitymować się tytułem prawnym do lokalu, w którym będzie prowadził działalność. Jeśli jest właścicielem takiego lokalu, jego sytuacja kształtuje się korzystnie. Natomiast jeżeli zawiera umowę najmu („powierzchni”) w galerii handlowej na czas określony, w istocie kary umowne w niej zastrzeżone z tytułu przedterminowego jej zakończenia znakomicie osłabiają jego pozycję biznesową (wypowiedzenie umowy franczyzy pozbawia franczyzobiorcę prawa do prowadzenia określonej działalności w lokalu; natomiast czynsz musi on nadal uiszczać, bo zwykle nie ma podstaw do wypowiedzenia umowy najmu; niejednokrotnie franczyzobiorca narażony jest na ryzyko zapłaty kar umownych, czego powodem jest to, że w danym lokalu nie prowadzi określonej działalności).

Po szóste, w umowach franczyzy przewidziane są zwykle kary umowne. Oczywiście samego zastrzeżenia przez strony kar umownych nie można oceniać negatywnie, jednak w umowach franczyzy kary zastrzega się na rzecz franczyzodawcy praktycznie za każde naruszenie umowy przez franczyzobiorcę (brakuje mechanizmu kary umownej w przypadku naruszenia umowy przez organizatora sieci). Wysokość kar często kształtuje się na zawyżonym poziomie, a umowy czasami nawet nie określają górnego ich limitu (np. kara umowna liczona odrębnie za każdy dzień naruszenia danego postanowienia umowy). Kary te zwykle są miarkowane przez sądy (nawet o 90%)⁶⁸, jednak niejednokrotnie zarzut miarkowania kary umownej nie zostaje podniesiony przez franczyzobiorcę (art. 484 § 2 k.c.) i w konsekwencji kara umowna jest zasądzana. Co istotne, Sąd Najwyższy w ostatnich uchwałach z 9.12.2021 r. w sposób bardziej lub mniej stanowczy (z całą bowiem pewnością nie można mówić o jednolitości stanowiska SN w tym przedmiocie) opowiada się za poglądem, zgodnie z którym nie jest konieczne określenie górnego limitu kary umownej w umowie i tym samym maksymalna wysokość kary nie musi być znana

⁶⁷ A. Koch, *Umowa...*, s. 56.

⁶⁸ Wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 24.03.2015, X GC 576/11, LEX nr 2127396.

w chwili zawarcia tej umowy⁶⁹. Uchwały te nie zamykają zapewne dyskusji w tym temacie⁷⁰, jednak można postawić tezę, że przemawiają za koniecznością uregulowania tej kwestii w odniesieniu do umowy franczyzy (o czym niżej).

Po siódme wreszcie, w umowach franczyzy spotykane są nadmierne zabezpieczenia. Niejednokrotnie organizator sieci żąda gwarancji w postaci: określonej kwoty złożonej u niego, weksla *in blanco*, oświadczeń o poddaniu się egzekucji, pełnomocnictw do rachunków bankowych, poręczeń innych osób, a nawet zastawu. W konsekwencji pozwala mu to na bardzo skuteczne realizowanie wszelkich kar umownych i ich natychmiastową egzekucję. Po stronie francyzobiorców zabezpieczeń takich co do zasady – brak.

Oczywiście wyżej przedstawione wnioski nie stanowią poparcia ogólnej tezy, że w przypadku każdej umowy franczyzy mają miejsce takie sytuacje, a więc że każda z nich to umowa kształtowana w warunkach „patologicznych”, nawet z całkowitym przekroczeniem swobody umów (co oczywiście prowadziłoby do nieważności umowy w całości bądź części – i tezę taką należy stanowczo postawić). Natomiast wnioski te pozwalają na postawienie tezy, że regulacja umowy franczyzy jest konieczna. Przypomnieć bowiem należy, że w zakresie umowy agencyjnej ustawodawca zabezpiecza pozycję agenta (zob. pkt 4.). Warto podkreślić, że Sąd Najwyższy przyjmuje, iż świadczenie wyrównawcze nie ma charakteru powszechnego (a wyjątkowy) i nie należy się w każdym wypadku, w którym rozwiązano z agentem umowę⁷¹. Aby powstało roszczenie o zapłatę świadczenia wyrównawczego, konieczne jest spełnienie przesłanek pozytywnych z art. 764³ § 1 k.c. oraz niespełnienie przesłanek negatywnych wymienionych w art. 764⁴ k.c., np. przywołanej przesłanki wypowiedzenia umowy przez agenta (z wyjątkiem przypadku, w którym wypowiedzenie jest uzasadnione m.in. okolicznościami, za które odpowiada dający zlecenie). W tym zakresie ustawodawca (również europejski) dostrzegł więc konieczność zabezpieczenia interesów słabszej strony umowy, jaką niekiedy (bo nie zawsze) jest agent. Tymczasem pozycja francyzobiorcy niejednokrotnie okazuje się nawet słabsza. Warto bowiem podkreślić, że dzięki działaniu w ramach sieci francyzobiorca co prawda osiąga przychody (o ile w ogóle je osiąga), jednak pracuje na rozwój marki

⁶⁹ Zgodnie z uchwałą SN z 9.12.2021 r., III CZP 16/21, LEX nr 3268910: „[d]opuszczalne jest zastrzeżenie kary umownej za zwłokę w wykonaniu zobowiązania w postaci określonego procentu ustalonego wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki, nawet jeżeli nie określono końcowego terminu naliczania kary umownej ani jej kwoty maksymalnej”. Natomiast zgodnie z uchwałą SN z tego samego dnia w sprawie III CZP 26/21, LEX nr 3268887: „[d]opuszczalne jest zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania albo nienależytego wykonania przez wierzyciela czynności, bez której świadczenie dłużnika w umowie o roboty budowlane nie może być spełnione. Maksymalna wysokość kary umownej nie musi być wyrażona w kwocie pieniężnej; wystarczy, że można ją oznaczyć na podstawie umowy i w świetle okoliczności sprawy”.

⁷⁰ Ożywiona dyskusja toczy się od wielu lat. Por. B. Lackoroński, *Określenie sumy w zastrzeżeniu kary umownej*, „Monitor Prawniczy” 2018/23, s. 1273; P. Drapała, B. Lackoroński, *Wymóg określenia (maksymalnej) kwoty kary umownej jako przesłanki ważności jej zastrzeżenia*, „Monitor Prawniczy” 2021/15, s. 814; P. Drapała, A. Olejniczak, § 55. *Kara umowna*, nb 152 [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 5. *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. K. Osajda, Warszawa 2020, Legalis; M. Łolik, *Kwestia określenia kary umownej w kontekście jej maksymalnej wartości jako przesłanki jej prawidłowego zastrzeżenia*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2020/10, s. 39.

⁷¹ Wyrok SN z 8.11.2005 r., I CK 207/05, LEX nr 192258.

franczyzodawcy – organizatora sieci⁷². Gdy więc kończy z nim współpracę, można powiedzieć, że zostaje z niczym, czasem jedynie z licznymi zobowiązaniami, np. z tytułu umów najmu lokalu, w którym miał prowadzić działalność. Prawo jednak w tym zakresie w żaden sposób go nie chroni.

Konieczność regulacji umowy franczyzy wynika również z tego, że rynek franczyzy w Polsce rozwija się bardzo szybko. Drugim nie mniej istotnym powodem przemawiającym za uregulowaniem umowy franczyzy jest niewątpliwie jej duże znaczenie dla gospodarki⁷³. Regulacja tej umowy wzmacniałaby zaufanie potencjalnych franczyzobiorców do tej formy działalności gospodarczej i w konsekwencji przyczyniałaby się do dalszego rozwoju sieci franczyzowych. Obawa franczyzodawców przed taką regulacją jest zrozumiała. Dlatego celem ustawodawcy powinno być znalezienie takiej regulacji, która zabezpieczy interesy obu stron umowy, zapewniając dalszy rozwój tej formy działalności. Istotne okazuje się tu zestawienie – z jednej strony – interesów franczyzodawcy i ryzyk, na które jest on narażony podczas zawierania umowy franczyzy, oraz – z drugiej strony – interesów franczyzobiorcy i ryzyk, na które on jest narażony. Podkreślenia wymagają korzyści, jakie niesie ze sobą zawarcie umowy franczyzy dla franczyzodawcy. Trafnie wymieniła je U. Promińska, wskazując m.in. zmniejszenie wydatków na inwestycje (bo koszty te ponoszą franczyzobiorcy), pobieranie opłat, rozwój sieci i jej promocja⁷⁴. Na aspekt ten zwrócił uwagę również A. Koch, który podkreślił, że „[p]odstawowe założenie franchisingu to dokonywanie ekspansji rynkowej przez określony podmiot w ten sposób, iż przerzuca jej koszty na inne osoby, zorganizowane w działającej pod jego kierownictwem sieci franchisingowej. W odróżnieniu zatem od klasycznej metody zdobywania odległych rynków zbytu, polegającej na budowaniu tam jednostek przedsiębiorstwa macierzystego (filie, oddziały), metoda franchisingowa zakłada czynienie tego niejako «cudzymi rękoma»”⁷⁵. Kształt umowy franczyzy jako korzystny wyłącznie dla franczyzodawców potwierdzają też wyniki badań⁷⁶.

Należy również zadać pytanie o skutki braku regulacji umowy franczyzy, a w szczególności o to, czy obecna sytuacja jest w pełni bezpieczna dla franczyzodawców. Wydaje się, że odpowiedź na to pytanie brzmi przecząco. W rzeczywistości bowiem pozostawienie umowy franczyzy bez regulacji i ocenianie jej ważności na podstawie art. 353¹ k.c. bądź art. 58 § 2 k.c. może nieść za sobą poważne ryzyko dla obu stron, a przede wszystkim dla franczyzodawcy (w przypadku uznania umowy za nieważną). Warto bowiem przywołać tu wyrok SN z 18.03.2008 r., w którym przyjęto, że: „[u]mowa zawarta przez stronę działającą pod presją faktycznej przewagi kontrahenta nie może być bowiem uznana za wyraz w pełni swobodnej i rozważnie podjętej przez nią decyzji. Dominująca pozycja jednej ze stron umowy w stosunku do kontrahenta może być zarówno następstwem istniejącego między nimi stosunku

⁷² Dzięki temu rośnie wartość przedsiębiorstwa franczyzodawcy; M. Ziółkowska, *Franczyza...*, s. 309.

⁷³ M.J. Ziółkowska, *Franczyza...*, s. 208; M. Keskin, *Trendy rozwojowe franchisingu w Polsce i Europie*, „Ekonomia Międzynarodowa” 2016/13, s. 56–62.

⁷⁴ U. Promińska, *Czy nadszedł...*, s. 332.

⁷⁵ A. Koch, *Umowa...*, s. 51.

⁷⁶ M.J. Ziółkowska, *Franczyza...*; M. Ziółkowska, *Franczyza...*, s. 309–312.

zależności o charakterze ekonomicznym, czy też mającej źródło w stosunkach rodzinnych, jak i szczególnych okoliczności dotyczących osoby słabszego partnera związanych np. z jego chorobą, w przebiegu której następuje upośledzenie sfery motywacyjnej i decyzyjnej”⁷⁷. Ryzyko po stronie franczyzobiorców potwierdza również wyrok sądu pierwszej instancji wydany w sprawie, w której orzekał następnie SA w Gdańsku, wydając przywołany już wcześniej wyrok z 20.12.2018 r.⁷⁸ Oczywiście regulacja powinna być wyważona tak, by nie zahamować rozwoju prężnie działającego rynku franczyzy w Polsce. Tym bardziej więc istnieje potrzeba szerokiej dyskusji w tym przedmiocie.

6. Zagadnienia systemowe

Po postawieniu tezy, zgodnie z którą celowe jest uregulowanie umowy franczyzy, należy zadać kolejne pytania: po pierwsze, czy regulacja ta powinna być całościowa czy częściowa – i obejmować jedynie np. etap przedkontraktowy? po drugie, gdzie regulacja powinna zostać zawarta – w odrębnej ustawie czy też w Kodeksie cywilnym?

W trakcie poszukiwania odpowiedzi na pierwsze pytanie warto podkreślić, że w niektórych krajach przyjęto jedynie system regulacji obowiązków przedkontraktowych stron umowy (przykładowo Belgia, Hiszpania, Estonia⁷⁹). Jak zauważa M. Romanowski, fragmentaryczna regulacja umowy nienazwanej pełni inne funkcje niż regulacja wyczerpująca. Celem regulacji częściowej jest bowiem osiągnięcie pewnych specyficznych i jednostkowych celów⁸⁰. W przypadku umowy franczyzy trudno byłoby wybrać takie jej elementy, które wymagają regulacji, pozostawiając inne poza jej zakresem. Regulacja częściowa nie wyeliminuje bowiem wadliwości obecnie funkcjonującego w obrocie modelu franczyzy, w którym nieprawidłowości nie dotyczą wyłącznie obowiązków informacyjnych. Z tego względu należy się opowiedzieć za całościowym uregulowaniem umowy franczyzy.

Jeżeli chodzi o drugie pytanie, to należy się zgodzić z propozycją przedstawioną w przedmiotowym raporcie, by regulacja umowy franczyzy została zawarta

⁷⁷ IV CSK 478/07, LEX nr 371531. Zob. aprobowana glosa – K. Gózdź, *Umowa o podział majątku a art. 353[1] KC – glosa* – IV CSK 478/07, „Monitor Prawniczy” 2011/5, s. 279.

⁷⁸ I AGa 204/18, LEX nr 3027995. Podobnie – wyrok SN z 21.09.2018 r., V CSK 540/17, LEX nr 2561025, w którym rozważając ważność umowy, sąd stwierdził, że „w orzecznictwie Sądu Najwyższego wielokrotnie prezentowano, zasługujący na podzielenie pogląd, że umowa naruszająca zasady uczciwego obrotu oraz lojalności wobec kontrahenta może być uznana za sprzeczną z zasadami współzycia społecznego, w razie braku wystąpienia wyzysku lub nie powstania wszystkich jego przesłanek przewidzianych w art. 388 § 1 k.c. Dotyczy to zwłaszcza sytuacji, gdy do ukształtowania stosunków umownych w sposób wyraźnie krzywdzący dla jednej ze stron doszło przy świadomym lub tylko spowodowanym niedbalstwem wykorzystaniu przez drugą stronę swojej silniejszej pozycji, przy znacznej intensywności pokrzywdzenia drugiej strony (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 12 marca 1965 r., I PR 6/65, OSNC 1966, Nr 2, poz. 18, z dnia 30 listopada 1971 r., II CR 505/71, OSPiKA 1972, nr 4, poz. 75, z dnia 12 listopada 1974 r., I CR 602/74, OSP 1976, nr 7–8, poz. 143, z dnia 30 maja 1980 r., III CRN 54/80, OSNCP 1981, Nr 4, poz. 60, z dnia 14 czerwca 2005 r., II CK 692/04, nie publ., z dnia 18 marca 2008 r., IV CSK 478/07, nie publ., z dnia 14 stycznia 2010 r., IV CSK 432/09, OSP 2011, Nr 3, poz. 30, z dnia 2 marca 2012 r., II CSK 351/11, M. Pr. Bank. 2012/12/20–28 oraz uchwała Sądu Najwyższego z dnia 9 marca 1993 r., III CZP 27/93, OSNC 1993, nr 7–8, poz. 135)”.

⁷⁹ A. Wiewiórowska-Domagalska, *Franchising...*, s. 75.

⁸⁰ M. Romanowski, *Czy należy...*, s. 132.

w Kodeksie cywilnym⁸¹. Inny model regulacji – tj. poza kodeksem – prowadzi bowiem do dezintegracji systemu prawa zobowiązań, co jest działaniem niekorzystnym dla systemu prawa i niesie ryzyko jego niespójności⁸².

Kolejna kwestia dotyczy natomiast już szczegółów regulacji. Mianowicie – czy w Kodeksie cywilnym w Księdze trzeciej (Zobowiązania) należy wyodrębnić część poświęconą szeroko rozumianym umowom pośrednictwa? czy powinna ona obejmować m.in. umowę franczyzy oraz agencyjnej? czy w części tej powinny zostać wyodrębnione przepisy ogólne mające zastosowanie do wszystkich tych umów? Pytania te na razie pozostają bez jednoznacznej odpowiedzi (prowadzone są w tym zakresie analizy), podobnie jak pytanie o to, czy powinny zostać wprowadzone przepisy pozwalające na kontrolę treści postanowień zamieszczanych w tego typu umowach⁸³.

Wreszcie podkreślenia wymaga to, że projektowane przepisy dotyczące umowy franczyzy powinny także jednoznacznie określać, w jakim zakresie obowiązują one nawet w przypadku poddania umowy prawu innemu niż prawo polskie⁸⁴. Niejednokrotnie bowiem francyzobiorcy z Polski zawierają umowy podlegające prawu obcemu – czasem to systemy prawne, w których umowa ta jest uregulowana, ale nie zawsze. W takich przypadkach strony decydując się na wybór prawa obcego dla umowy franczyzy, powinny mieć świadomość, w jakim zakresie nie znajdzie ono zastosowania – art. 9 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 593/2008 z 17.06.2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych, tzw. Rzym I⁸⁵. Natomiast samo podkreślenie w przepisie, że ma on charakter bezwzględnie obowiązujący, nie jest wystarczające. Nie każda bowiem norma bezwzględnie obowiązująca jest normą wymuszającą swoje zastosowanie⁸⁶.

7. Rozwiązywanie sporów – arbitraż

Zakres niniejszego opracowania nie pozwala na szczegółową analizę problemu rozstrzygania sporów powstałych na tle umowy franczyzy przez sądy arbitrażowe. Podkreślenia jednak wymaga, że jest to temat bardzo istotny, bowiem w umowach franczyzy klauzule takie są stosowane⁸⁷. Ważne więc, by klauzula arbitrażowa faktycznie nie umożliwiała stronie słabszej wszczynania postępowania sądowego (np. przez zapis na sąd polubowny w państwie niezwiązanym w żaden sposób z żadną ze stron). W tym zakresie należy zauważyć, że przykładowo w uzasadnieniu

⁸¹ Na temat ryzyk regulacji poza kodeksem zob. Z. Radwański, *Zielona Księga. Optymalna wizja Kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2006, s. 84.

⁸² Por. jednak R. Adamus, *W sprawie...*, s. 145.

⁸³ E. Rott-Pietrzyk, M. Grochowski, *Struktura...*, Legalis.

⁸⁴ Por. przykładowo regulacja brazylijska omówiona w przedmiotowym raporcie, s. 48–49.

⁸⁵ Dz.Urz. UE L 177 z 4.07.2008, s. 6.

⁸⁶ A.J. Belohlavek, *Rozporządzenie Rzym I. Konwencja rzymska. Komentarz*, t. 2, Warszawa 2010, s. 19, s. 21–23.

⁸⁷ Postanowienie SN z 21.03.2019 r., II CSK 65/18, LEX nr 2652505.

postanowienia z 27.10.2016 r.⁸⁸ SN dokonał oceny klauzuli arbitrażowej wskazującej na właściwość sądu polubownego z siedzibą w Stanach Zjednoczonych, przyjmując, że jest ona nieważna i rażąco krzywdząca dla europejskiego przedsiębiorcy ze względu na miejsce działania sądu polubownego i związane z tym czasochłonność oraz kosztowność udziału w postępowaniu.

Wydaje się, że w celu wyeliminowania niepewności między stronami co do tego, jakie forum jest właściwe dla rozstrzygnięcia sporu powstałego między nimi (tj. sąd powszechny czy sąd arbitrażowy), należałoby uregulować w ustawie także tę kwestię – przez jednoznaczne wskazanie, kiedy klauzula arbitrażowa zostanie uznana za nieważną. Oczywiście nie wyklucza to sytuacji, że sąd arbitrażowy stwierdzi, że nie ma jurysdykcji do rozstrzygnięcia sporu z jeszcze innych przyczyn. Można jednak powiedzieć, że byłyby to już przyczyny „typowe”, a nie związane wyłącznie z brakiem równowagi między stronami umowy franczyzy.

8. Proponowany kształt nowej regulacji⁸⁹

W zakresie kształtu proponowanej regulacji należy odnieść się do projektu przedstawionego przez R. Adamusa⁹⁰ (dalej Projekt). Warto jednak podkreślić, że prace nad regulacją powinny opierać się również na analizie propozycji legislacyjnych, które do tej pory zostały przedstawione. W szczególności wzorem dla tej regulacji mogłaby być część E księgi IV DCFR zatytułowana „*Commercial agency, franchise and distributorship*”⁹¹. Umowa franczyzy została uregulowana w księdze czwartej części E DCFR razem z umową agencji handlowej i umową dystrybucyjną, przy czym w projekcie tym zaproponowano w pierwszej kolejności przepisy ogólne (*Chapter 2 „Rules applying to all contracts within the scope of this part”*), a dopiero w kolejnych rozdziałach – m.in. umowę franczyzy (*Chapter 4*). Przepisy rozdziału drugiego regulują: obowiązek informacji przedumownej (*Section 1: „Pre-contractual information duty”*), obowiązek współpracy, obowiązek informacji w czasie wykonywania umowy, obowiązek zachowania poufności (*Section 2: „Obligation of the parties”*), zakończenie stosunku umownego w przypadku umowy zawartej na czas oznaczony, nieoznaczony, naprawienie szkody wyrządzonej nieuzasadnionym wypowiedzeniem, wypowiedzenie z powodu niewykonania umowy, świadczenie wyrównawcze, rozliczenia stron (*Section 3: „Termination of contractual relationship”*), prawo zatrzymania,

⁸⁸ Postanowienie SN z 27.10.2016 r., V CSK 66/16, LEX nr 2224615.

⁸⁹ Analiza nie obejmuje odpowiedzi na pytanie (zadane w pozycji A. Wiewiórowska-Domagalska, B2B..., s. 818), jak powinna się kształtować odpowiedzialność franczyzodawcy i franczyzobiorcy wobec klientów, którzy zawarli umowę z franczyzobiorcą, ale działając w zaufaniu do renomy marki franczyzodawcy i do jego zapewnień.

⁹⁰ R. Adamus, *Faktyczna...*, https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2020/10/IWS_Adamus-R_Faktyczna-nier%C3%B3wno%C5%9B%C4%87-stron-umowy-franczyzy-w-Polsce.pdf (dostęp: 23.06.2022 r.).

⁹¹ *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Outline Edition 2009, s. 361. Projekt ten został omówiony w: E. Rott-Pietrzyk, M. Grochowski, *Regulacja umów o pośrednictwo w DCFR (wzorcem dla ustawodawcy polskiego)*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2017/3, s. 52 i n.

podpisanie dokumentów (Section 4: „Other general provisions”). Rozdział 4 podzielony jest natomiast na trzy sekcje: „Ogólna” (Section 1: „General”), „Obowiązki franczyzodawcy” (Section 2: „Obligations of the franchisor”) oraz „Obowiązki franczyzobiorcy” (Section 3: „Obligations of the franchisee”). Nie można również zapominać o: wzorze umowy franczyzy opracowanym przez Międzynarodową Izbę Handlową⁹², *Model Franchising Disclosure Law* opracowanym przez Instytut Unifikacji Prawa Prywatnego (UNIDROIT), *Guide to International Master Franchise Agreement* (przewodnik zawierania międzynarodowych umów masterfranczyzy) oraz pracach nad regulacją umowy franczyzy w Europejskim Kodeksie Cywilnym⁹³. Wreszcie materiał ten uzupełnia propozycja regulacji umowy franczyzy przygotowana w ramach Akademickiego Projektu Kodeksu Cywilnego⁹⁴.

Jeśli chodzi o przepisy, których propozycji brakuje w Projekcie, na pewno należy do nich regulacja dotycząca kar umownych. Jak wynika z wyżej przedstawionej analizy, kary umowne zastrzegane są praktycznie w każdej umowie franczyzy. Rola tych klauzul okazuje się zatem bardzo istotna. Wzorcem dla uregulowania kwestii dotyczących kar umownych w umowie franczyzy mogłyby być przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych z 11.09.2019 r.⁹⁵ Zgodnie z art. 433 pkt 1 p.z.p. projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać „odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia”, stosowanie zaś do art. 433 pkt 2 p.z.p. – „naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem”. Natomiast obligatoryjnym postanowieniem umowy jest m.in. postanowienie określające łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony (art. 436 pkt 3 p.z.p.). Zarówno wprowadzenie obowiązku określenia górnego limitu odpowiedzialności stron (przynajmniej franczyzobiorcy) z tytułu kar umownych, jak również wyłączenie dopuszczania obciążania franczyzobiorcy karami umownymi w sytuacji, gdy nie ponosi on winy za nienależyte wykonanie zobowiązania, wydaje się absolutną koniecznością. Można powiedzieć, że za taką ochroną przemawiają tożsame względy, za którymi przemawia ochrona wykonawcy w reżimie prawa zamówień publicznych.

Rozważenia również wymaga to, czy kary umowne nie powinny być w umowie franczyzy uregulowane w sposób szczególny jako symetryczne – zwykle bowiem kary umowne w ogóle nie są zastrzegane na rzecz franczyzobiorcy. Stanowi to już jednak bardzo daleko idącą ingerencję w swobodę kontraktową i wydaje się, że wprowadzenie w tym zakresie regulacji bezwzględnie obowiązującej byłoby zbyt radykalnym rozwiązaniem.

Innym problemem dotyczącym kar umownych jest to, że zgodnie z art. 484 § 2 k.c., aby sąd dokonał miarkowania kary umownej, dłużnik musi podnieść stosowny

⁹² B. Fuchs, *O potrzebie...*, s. 331 i powołana tam literatura.

⁹³ B. Fuchs, *O potrzebie...*, s. 332.

⁹⁴ E. Rott-Pietrzyk, M. Grochowski, *Struktura...*

⁹⁵ Tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm. – dalej p.z.p.

zarzut⁹⁶. Natomiast jak wynika z analizy orzecznictwa (nie tylko spraw franczyzowych), dłużnicy (nawet reprezentowani przez profesjonalnego pełnomocnika) często zapominają zarzut taki podnieść i w konsekwencji sądy nie dokonują miarkowania (choć w istocie miarkowanie służy przywróceniu równowagi kontraktowej). Powstaje więc pytanie, czy taki kształt regulacji kary umownej powinien zostać zachowany, czy może w pewnych sytuacjach należy wprowadzić od niego wyjątki i przyjąć, że sąd bada tę kwestię z urzędu (jak przykładowo ma to miejsce w odniesieniu do zarzutu przedawnienia zgodnie z art. 117 § 2¹ k.c.).

Poniżej przedstawiono propozycje regulacji umowy franczyzy zawartej w Projekcie wraz z komentarzem. Komentarz ten należy jednak traktować jako wstępny i stanowiący jedynie przyczynek do szerszej dyskusji, która winna poprzedzać uchwalenie ustawy (zwłaszcza, że zostały przedstawione kolejne projekty ustawy⁹⁷). W szczególności konieczna jest analiza stanowiska orzecznictwa i doktryny w państwach, w których przyjęto koncepcję pełnej regulacji umowy franczyzy – w celu ustalenia, jak wprowadzone mechanizmy sprawdzają się w praktyce i czy zasadne jest ich wprowadzenie do polskiego porządku prawnego.

Na końcu niniejszego opracowania przedstawiono natomiast propozycje dodatkowych przepisów regulujących umowę franczyzy, które również powinny zostać zawarte w Kodeksie cywilnym. Należy podkreślić także to, że kolejność przepisów zaproponowana w Projekcie wymaga przemyślenia i rewizji (przepisy dotyczące etapu przedkontraktowego powinny znaleźć się na początku regulacji; następnie – przepisy dotyczące wykonania umowy, wreszcie – przepisy dotyczące jej zakończenia i związanych z tym konsekwencji). Natomiast można zgodzić się z propozycją, by umowa franczyzy została uregulowana w nowym tytule XXIV¹ – między umową komisu a przewozu (umowa agencyjna uregulowana jest w tytule XXIII)⁹⁸.

⁹⁶ Wyrok SN z 28.02.2019 r., I PK 257/17, LEX nr 2626896; uchwała SN z 17.02.2004 r., III CZP 115/03, OSNC 2005/5, poz. 77. Por. jednak M. Pyziak-Szafnicka, *Kilka uwag na temat modelu kary umownej* [w:] *Aurea praxis aurea theoria. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Erecińskiego*, red. J. Gudowski, K. Weitz, Warszawa 2011, s. 2498–2499.

⁹⁷ <https://adamusrafal.pl/projekt-ustawy-o-dzialalnosci-franczyzowej> (dostęp: 23.06.2022 r.).

⁹⁸ Zob. propozycja uregulowania franczyzy w części szczegółowej zobowiązań w nowym kodeksie cywilnym przedstawiona przez Marlenę Pecynę i Fryderyka Zolla (M. Pecyna, F. Zoll, *Założenia projektu struktury części szczegółowej zobowiązań. W poszukiwaniu nowego modelu*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2012/1, s. 58):

VII. Umowy sieciowe (*networking*)

VII-a. Przepisy wspólne

1. Szczególne zasady lojalności kontraktowej

a) Lojalność stron

b) Lojalność wewnątrz sieci

2. Transparentność w ramach struktury sieciowej dla osób trzecich

VII-b. Umowy dystrybucyjne

VII-c. Umowy franczyzowe

VII-d. Agencja handlowa

VII-e. Umowa spółki cichej.

TYTUŁ XXIV¹
Umowa franczyzy
Art. 77³¹

§ 1. Przez umowę franczyzy organizator sieci, w zakresie działalności swojego przedsiębiorstwa, udziela drugiej stronie zezwolenia na korzystanie w szczególności z jego nazwy, godła, symboli, znaków towarowych, patentów, jak również zidentyfikowanej, istotnej i poufnej koncepcji lub techniki prowadzenia działalności gospodarczej i zobowiązuje się do udzielenia pomocy, a franczyzobiorca zobowiązuje się do prowadzenia działalności we własnym imieniu i na własny rachunek zgodnie ze wskazówkami organizatora sieci i do zapłaty wynagrodzenia.

§ 2. Przepisy niniejszego tytułu nie uchybiają innym przepisom a w szczególności przepisom prawa publicznego o ochronie konkurencji.

Komentarz: Proponowaną regulację można uznać za trafną, natomiast należy rozważyć doprecyzowanie obowiązków francyzodawcy w kolejnych przepisach.

Wzorem mogłaby być klauzula IV.E.-4:201DCFR (Prawa własności intelektualnej)⁹⁹:

(1) Francyzodawca jest zobowiązany do przekazania francyzobiorcy prawa do korzystania z praw własności intelektualnej w zakresie koniecznym do prowadzenia działalności francyzowej.

(2) Francyzodawca jest zobowiązany do dołożenia rozsądnych starań w celu zapewnienia niezakłóconego i nieprzerwanego korzystania z praw własności intelektualnej.

(3) Strony nie mogą wyłączyć stosowania tego przepisu ani uchylić lub zmienić jego skutków.

oraz klauzula IV.E.-4:202 (*Know-how*):

(1) W czasie trwania stosunku umownego francyzodawca jest zobowiązany zapewnić francyzobiorcy *know-how* koniecznego do prowadzenia działalności francyzowej.

(2) Strony nie mogą wyłączyć stosowania tego przepisu ani uchylić lub zmienić jego skutków.

Upoważnienie do korzystania z tych dóbr przez francyzobiorcę wynika z umowy franczyzy, natomiast dopuszczalność ich zawarcia w tej umowie wynika z różnych podstaw prawnych. W zakresie dóbr własności przemysłowej, do których organizatorowi sieci przysługują prawa podmiotowe bezwzględne, jest nią ustawa – Prawo własności przemysłowej z 30.06.2000 r.¹⁰⁰ Upoważnienie do korzystania z firmy organizatora ma podstawę w art. 43⁹ § 2 k.c. Podstawę korzystania z oznaczeń indywidualizujących organizatora, jego towar lub usługę, do których nie przysługują mu prawa wyłączne, stanowi art. 353¹ k.c.¹⁰¹

Celowym byłoby doprecyzowanie w przepisie, że francyzodawca nie tylko może upoważnić francyzobiorcę do korzystania ze swoich praw (oznaczeń, *know-how*), ale ma obowiązek zapewnienia mu możliwości korzystania z nich – chodziłoby tu więc przede wszystkim o subfranczyzę. Jej istota polega na tym, że francyzobiorca jest jednocześnie uczestnikiem wobec organizatora oraz organizatorem wobec podmiotów pozyskanych

⁹⁹ Tłumaczenie DCFR za: E. Rott-Pietrzyk, M. Grochowski, *Regulacja...*, s. 52 i n.

¹⁰⁰ Tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 324.

¹⁰¹ U. Promińska, *Umowa...*, s. 152-153.

do współpracy w ramach sieci. Oczywiście działa on zawsze na podstawie upoważnienia udzielonego przez organizatora, który udziela (generalnego bądź jednorazowego) zezwolenia na zawieranie przez uczestnika sieci dalszych umów franchisingu¹⁰².

Art. 773²

Jeżeli organizator sieci wymaga, aby franczyzobiorca poniósł na swój koszt określone nakłady, ich rodzaj i wielkość powinny być dokładnie określone w umowie. Przeciwnie postanowienie umowne jest nieważne.

Komentarz: Postanowienie to należy uznać za celowe i konieczne. Wbrew pozorom, nie jest tak, że kosztów takich nie da się ustalić na etapie przedkontraktowym. Nakłady te to przede wszystkim koszty dostosowania lokalu do wymogów organizatora sieci. Jak wiadomo, w ramach franczyzy bardzo często każdy lokal musi mieć taki sam wygląd. Koszty te są zatem możliwe do określenia, tym bardziej że w praktyce zawsze przed podpisaniem umowy obie strony wiedzą, w którym lokalu działalność ma być prowadzona. Franczyzodawca natomiast doskonale orientuje się w kosztach np. dostarczenia mebli czy innego wyposażenia lokalu, skoro zwykle sam podpisuje umowę na ich dostawę i następnie obciąża tym kosztem franczyzobiorcę (a czasem sam franczyzodawca zobowiązany jest zgodnie z umową do dostarczenia mebli jako elementu umowy franczyzy¹⁰³).

Należy jednak zadać pytania o znaczenie zdania drugiego: Czy faktycznie sankcja nieważności bezwzględnej jest adekwatna¹⁰⁴? Czy w należyty sposób chroni franczyzobiorcę? Czy jednak jego celem jest wyłącznie nieważność całej umowy, a więc wyłączenie zastosowania art. 58 § 3 k.c.? Wątpliwości te zresztą pozostają aktualne w przypadku każdego postanowienia (w projekcie) przewidującego sankcję nieważności bezwzględnej.

W doktrynie podkreśla się konieczność proporcjonalności sankcji nieważności i wskazuje, że „naruszenie prawa powinno oddziaływać na skuteczność umowy tylko o tyle, o ile jest to niezbędne dla zabezpieczenia chronionego naruszonym zakazem interesu i tym samym do zapewnienia efektywności sankcji”¹⁰⁵. Jak można wnioskować, w sytuacji gdy w umowie wielkość nakładów wstępnych (koniecznych dla rozpoczęcia działalności) nie zostanie określona, postanowienie nakładające na franczyzobiorcę obowiązek ich dokonania będzie nieważne. Nie zapewnia to jednak żadnej realnej ochrony franczyzobiorcy ani nie stanowi sankcji dla franczyzodawcy, tym bardziej że bez ich poniesienia franczyzobiorca i tak w praktyce nie ma możliwości rozpoczęcia działalności. Tym samym, jak się wydaje, w takim przypadku z powodu braku równowagi stron franczyzobiorca będzie je ponosił w takiej wysokości, jaka zostanie podyktowana przez franczyzodawcę. Ochrona franczyzobiorcy mogłaby polegać na ustaleniu przykładowo przez sąd właściwego poziomu tych kosztów zgodnie z zasadami rynkowymi (ewentualnie można rozważać zastąpienie nieskutecznego

¹⁰² U. Promińska [w:] *System prawa prywatnego*, t. 9. *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane*, red. W.J. Katner, Warszawa 2018, s. 983.

¹⁰³ Zob. przypis nr 20.

¹⁰⁴ Sankcja nieważności jest najbardziej dotkliwa. Zob. M. Grochowski, *Skutki braku zachowania formy szczególnej oświadczenia woli*, Warszawa 2017, s. 376–377.

¹⁰⁵ R. Trzaskowski, *Skutki sprzeczności umów obligacyjnych z prawem*, Warszawa 2013, s. 46.

postanowienia umowy na podstawie art. 56 k.c. postanowieniem uwzględniającym interesy obu stron¹⁰⁶). Zagadnienie to ma podstawowe znaczenie dla regulacji umowy franczyzy i z całą pewnością wymaga jeszcze dogłębnego przemyślenia.

Sankcja nieważności jest natomiast trafna w odniesieniu do nakładów, jakie francyzobiorca ponosi na dalszych etapach współpracy, już po rozpoczęciu działalności. Koszty te mogą powstać w związku z koniecznością przeprowadzenia bieżących remontów, ale mogą być też konsekwencją przyjęcia przez francyzobiorcę nowego wystroju (aranżacji) lokalu. W tym zakresie celowe jest uzupełnienie regulacji, że w umowie powinny zostać wskazane: maksymalna dopuszczalna częstotliwość obowiązku ponoszenia takich kosztów w ciągu roku oraz wyprzedzenie czasowe, z jakim francyzobiorca powinien zostać poinformowany o konieczności ich poniesienia. Ma to na celu zapewnienie mu możliwości uwzględnienia tych kosztów w planie finansowym.

Oczywiście powstaje pytanie: jak wysokość nakładów w odległych okresach od rozpoczęcia działalności przez francyzobiorcę może zostać określona? Wydaje się, że pewnym rozwiązaniem mogłoby być wprowadzenie obowiązku ponoszenia przez francyzobiorcę kosztów na określonym poziomie procentowym odnoszonym do jego dochodów.

Dodatkowo konieczne jest zapewnienie, by francyzobiorca miał możliwość dokonania amortyzacji nakładów przed zakończeniem umowy, a jeżeli to nie nastąpi – by francyzodawca miał obowiązek odkupienia od niego wyposażenia lokalu.

Art. 773³

§ 1. W umowie franczyzy można zastrzec, że za osobnym wynagrodzeniem (wynagrodzenie *del credere*) organizator sieci gwarantuje określoną wysokość przychodów, kosztów i dochodów francyzobiorcy prowadzącego działalność zgodnie ze wskazówkami organizatora sieci.

§ 2. Organizator sieci nie może pobierać wynagrodzenia wstępnego w kwocie wyższej niż wynagrodzenie za okres gospodarczy równy trzem miesiącom. Przeciwnie postanowienie umowne jest nieważne.

Komentarz: Propozycję tę należy ocenić jako trafną. Powstaje pytanie, czy konieczne jest zawarcie zdania drugiego w § 2. Zapewne cel jego zamieszczenia polega na podkreśleniu bezwzględnie obowiązującego charakteru przepisu. Wydaje się to jednak na tyle oczywiste (i może zostać podkreślone w uzasadnieniu projektu ustawy), że nie jest celowe powtarzanie tego, co wynika z art. 58 § 1 k.c.

Art. 773⁴

Jeżeli termin płatności wynagrodzenia organizatora sieci nie jest oznaczony, płatne jest ono z dołu w terminie miesięcznym.

Komentarz: Propozycję tę należy ocenić jako trafną. Warto ją jednak uzupełnić przez dodanie terminu płatności (na kształt rozwiązania przyjętego w art. 669 § 2 *in fine* k.c.): „do dziesiątego dnia miesiąca”.

¹⁰⁶ R. Trzaskowski, *Skutki...*, s. 824–825.

Art. 773⁵

§ 1. Zapewnienia organizatora sieci o korzyściach, jakie daje przystąpienie do sieci i uczestnictwo w niej, bez względu na ich formę, stanowią część umowy. Francyzobiorca może żądać potwierdzenia tych zapewnień na piśmie. Zrzeczenie się tego uprawnienia jest nieważne. Nie uchybia to przepisom nakładającym obowiązki informacyjne na organizatorów sieci.

§ 2. Udzielenie pomocy przez organizatora sieci osobie fizycznej, która nigdy wcześniej nie prowadziła działalności gospodarczej, obejmuje w szczególności przeszkolenie w zakresie podstaw ekonomicznych i prawnych jej prowadzenia. Przeciwnie postanowienie umowne jest nieważne.

Komentarz: Propozycję zawartą w § 1 należy ocenić jako trafną. Natomiast propozycja zawarta w § 2 stanowi zbyt daleko idące obciążenie organizatora sieci, który przecież nie dysponuje fachowym personelem, który szkolenia takie miałby prowadzić. Czym innym jest bowiem obowiązek przeprowadzenia szkolenia (który należy odrzucić), a czym innym obowiązek udzielania pomocy – technicznej, biznesowej, również w aspektach prawnych. Można też stwierdzić, że zwykle tego rodzaju szkolenia byłyby fikcją (tzn. polegałyby na podpisaniu dokumentów potwierdzających, że szkolenie się odbyło), ale francyzodawca mógłby wywodzić z niego korzystne dla siebie skutki.

Art. 773⁶

Umowa franczyzy powinna być zawarta na piśmie pod rygorem nieważności, z zastrzeżeniem art. 773⁵.

Komentarz: Propozycję tę należy ocenić jako trafną. Biorąc pod uwagę obszerność umowy franczyzy (która zwykle ma miejsce) i załączników do niej, forma dokumentowa nie wydaje się tu właściwym rozwiązaniem.

Art. 773⁷

Umowę franczyzy zawartą na czas dłuższy niż dziesięć lat poczytuje się po upływie tego terminu za zawartą na czas oznaczony. Przeciwnie postanowienie umowne jest nieważne.

Komentarz: W uzasadnieniu tej propozycji wskazano, że „[o]kres 10 lat wydaje się być odpowiedni z uwagi na «inwestycyjny» charakter franczyzy”. Wydaje się jednak, że kwestia ta powinna stanowić przedmiot konsultacji z francyzodawcami oraz francyzobiorcami (czy termin ten nie jest zbyt długi). Można przypuszczać, że w istocie chodziło o to, że po upływie dziesięciu lat umowa jest uważana za zawartą na czas nieoznaczony (a nie oznaczony).

Art. 773⁸

§ 1. Każda ze stron zobowiązana jest do zachowania lojalności wobec drugiej.

§ 2. Francyzobiorca obowiązany jest do zachowania w tajemnicy szczególnej koncepcji lub techniki prowadzenia działalności gospodarczej udostępnionej przez organizatora sieci. Obowiązek zachowania tajemnicy trwa także 5 lat po ustaniu umowy, o ile strony nie zastrzegły innego terminu.

Komentarz: Kierunek proponowanej regulacji należy uznać za trafny, z tym, że wymaga on doprecyzowania.

W odniesieniu do obowiązku zachowania lojalności wzorem może być DCFR, tj. klauzula IV.E.-2:201 (Współpraca stron): Strony umowy uregulowanej przepisami części E księgi IV zobowiązane są prowadzić aktywną i lojalną współpracę oraz koordynować swoje działania, aby osiągnąć cele umowy, a także klauzula IV.E.-2:202 (Informacja w czasie wykonania zobowiązania): W czasie trwania stosunku umownego każda ze stron jest zobowiązana udzielić we właściwym czasie drugiej stronie informacji potrzebnych do osiągnięcia celów umowy. Podkreślenia jednak wymaga to, że obowiązek lojalności wynika już z art. 354 k.c., więc proponowana regulacja stanowiłaby w istocie jedynie doprecyzowanie i powtórzenie tej ogólnej zasady.

Jeśli zaś chodzi o proponowany § 2, to po pierwsze, powinien on zostać ujęty w osobnym przepisie, a po drugie, brzmienie proponowanego przepisu wydaje się zbyt wąskie. Regulacja ta powinna bardziej zmierzać w kierunku propozycji zawartej w IV.E.-2:203 DCFR (Poufność):

(1) Strona, która otrzymuje poufne informacje od drugiej strony, jest zobowiązana do zachowania ich w tajemnicy i nieujawniania osobom trzecim zarówno w czasie, jak i po zakończeniu stosunku umownego.

(2) Strona, która otrzymuje informacje poufne od drugiej strony, nie może używać ich w inny sposób, niezwiązany z celami umowy.

(3) Informacje posiadane już przez stronę lub które zostały ujawnione publicznie, a także informacje, które powinny zostać ujawnione klientom w związku z prowadzeniem działalności gospodarczej, nie są traktowane jako informacje poufne w rozumieniu tego artykułu.

Art. 773⁸

§ 1. O ile strony umowy nie postanowią inaczej, bez zgody organizatora sieci francyzobiorca nie może praw z umowy franczyzy przenieść na inną osobę, wnieść tytułem wkładu do spółki lub wykonywać ich z nową osobą.

§ 2. W braku odmiennej umowy franczyza wygasa z chwilą śmierci francyzobiorcy.

Komentarz: Propozycję tę należy ocenić jako trafną ze względu na wyjątkowy charakter umowy franczyzy jako umowy szczególnego zaufania. Wydaje się oczywiste, że dla francyzodawcy nie jest obojętne, kto występuje w roli francyzobiorcy, i powinien on mieć możliwość decydowania w tym zakresie (chodzi tu w szczególności o: ryzyko podważenia zaufania klienteli do oznaczeń wyróżniających sieć, kwestie finansowe, zachowanie tajemnicy przedsiębiorstwa¹⁰⁷). Można rozważyć dodanie postanowienia, zgodnie z którym w określonych sytuacjach francyzodawca bez podania uzasadnionej przyczyny ma prawo odmówić zgody, np. gdy przeniesienie miałoby nastąpić na rzecz spółki założonej przez francyzobiorcę lub jego zstępnego. Wydaje się jednak, że takie postanowienie byłoby zbyt daleko idące.

¹⁰⁷ U. Promińska, *Umowa...*, s. 146.

Powstaje jeszcze pytanie o to, w jakiej formie zgoda francyzodawcy powinna zostać wyrażona. Wydaje się, że forma pisemna pod rygorem nieważności stanowiłaby najlepsze rozwiązanie. Wreszcie, z uwagi na dotychczasową praktykę, celowym jest dodanie do proponowanego przepisu postanowienia, zgodnie z którym francyzobiorca nie może pobierać wynagrodzenia za udzielenie takiej zgody.

W przypadku sukcesji uniwersalnej między podmiotami innymi niż osoby fizyczne (art. 494, art. 531 Kodeksu spółek handlowych¹⁰⁸) należy przyjąć, że ma miejsce kontynuowanie wykonywania umowy franczyzy. Przedmiotem regulacji umownej mogłoby być ewentualne prawo wypowiedzenia umowy przez francyzodawcę w takich przypadkach – ale jedynie w sytuacji, gdy w związku z sukcesją uniwersalną jego interesy zostałyby poważnie zagrożone.

Do rozważenia pozostaje wpływ ogłoszenia upadłości francyzobiorcy na umowę franczyzy – czy powinno to skutkować jej automatycznym wygaśnięciem, czy też jedynie uprawnian francyzodawcę do wypowiedzenia umowy (a więc z odstępstwem od zasady z art. 83 ustawy – Prawo upadłościowe z 28.02.2003 r.¹⁰⁹).

Art. 773⁹

Organizator sieci nie może zobowiązywać francyzobiorcy do nabywania towarów i usług od organizatora sieci lub osoby trzeciej za ceny odbiegające od cen rynkowych. Przeciwnie postanowienie umowne jest nieważne.

Komentarz: Propozycję tę należy ocenić jako trafną. Jak słusznie podkreślono w uzasadnieniu Projektu, wynagrodzenie dla organizatora sieci nie może być ukryte w obowiązku do nabywania towarów czy usług po zawyżonych marżach.

Należy jednak rozważyć uzupełnienie tej regulacji o postanowienia wzorowane na klauzuli DCFR IV.E.-4:204 (Dostawy):

(1) Jeśli francyzobiorca jest zobowiązany do nabycia produktów od francyzodawcy lub od dostawcy wskazanego przez francyzodawcę, francyzodawca ma obowiązek zapewnienia, że produkty zamówione przez francyzobiorcę zostaną dostarczone w rozsądnym terminie, w zakresie, w jakim jest to wykonalne i z zastrzeżeniem, że zamówienie odpowiada kryterium rozsądku. Przepis ust. 1 stosuje się także, gdy francyzobiorca nie jest wedle prawa zobowiązany do nabywania produktów od francyzodawcy lub od dostawcy wskazanego przez niego, jednak w istocie powinien uczynić zadość określonym w tym przepisie wymaganiom.

Do rozważenia pozostaje również dodanie do regulacji postanowienia wzorowanego na klauzuli IV.E.-4:206 DCFR (Ostrzeżenie o zmniejszeniu wartości dostaw):

(1) Jeśli francyzobiorca jest zobowiązany do nabywania produktów od francyzodawcy lub od dostawcy wyznaczonego przez francyzodawcę, francyzodawca ma obowiązek poinformowania francyzobiorcę w rozsądnym terminie, jeśli przewiduje, że wartość jego dostaw bądź innych dostawców będzie znacznie niższa, niż francyzobiorca mógł racjonalnie oczekiwać.

¹⁰⁸ Ustawa z 15.09.2000 r. – Kodeks spółek handlowych (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1526 ze zm.).

¹⁰⁹ Tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1228 ze zm.

(2) Domniemywa się, że franczyzodawca powinien przewidzieć to, czego można od niego racjonalnie oczekiwać.

(3) Przepis ust. 1 stosuje się także, gdy franczyzobiorca nie jest wedle prawa zobowiązany do nabywania produktów od franczyzodawcy lub od dostawcy wskazanego przez niego, jednak w istocie powinien uczynić zadość określonym w tym przepisie wymaganiom.

(4) Strony nie mogą wyłączyć, na niekorzyść franczyzobiorcy, stosowania tego przepisu ani uchylić lub zmienić jego skutków.

Art. 773¹⁰

Jeżeli wskutek okoliczności, za które franczyzobiorca odpowiedzialności nie ponosi i które nie dotyczą jego osoby, zwykły przychód z działalności franczyzowej uległ zmniejszeniu, franczyzobiorca może żądać zmniejszenia wynagrodzenia organizatora sieci za dany okres gospodarczy. Przeciwnie postanowienie umowne jest nieważne.

Komentarz: Propozycję tę należy ocenić jako co do zasady trafną. Wzorowana jest ona na art. 700 k.c. mającym zastosowanie do dzierżawcy¹¹⁰. W uzasadnieniu tej propozycji zasadnie podkreśla się, że franczyza może trafić na okres dekoniumiunktury i z tego względu konieczne jest elastyczne podejście do wynagrodzenia, które uiszczają na rzecz franczyzodawcy. Trzeba jednak doprecyzować omawianą regulację, w szczególności przez wskazanie, czy przychód ma ulec zmniejszeniu jakimkolwiek czy (jak w art. 700 k.c.) znacznemu. Dodatkowo postanowienie należy uzupełnić o zapis, zgodnie z którym w przypadku gdy franczyzobiorca powstrzymuje się od spełnienia świadczenia i powołuje się na spełnienie przesłanek z tego przepisu, art. 773¹⁴ pkt 2 nie będzie miał zastosowania (a więc mimo że franczyzobiorca zalega wobec organizatora sieci z zapłatą wynagrodzenia za dwa pełne okresy płatności, franczyzodawca nie będzie uprawniony do wypowiedzenia umowy ze skutkiem natychmiastowym).

Art. 773¹¹

Dopuszczalne jest zastrzeżenie w umowie zmniejszenia wynagrodzenia dla organizatora sieci za dany okres gospodarczy pod warunkiem należytego wykonywania zobowiązań przez franczyzobiorcę.

Komentarz: Propozycję tę należy ocenić jako wątpliwą. W jej uzasadnieniu wskazano, że „[n]admierne i w praktyce niekontrolowane przez sądy nakładanie drobnych, ale częstych kar umownych (innych podobnych ryczałtowych obciążeń) przez organizatora sieci może wypaczyć relacje franczyzowe. Niestety obserwacja

¹¹⁰ Zgodnie ze stanowiskiem SN „[p]rzesłankami żądania obniżki czynszu na podstawie art. 700 k.c. są nie tylko niezwykle wypadki (zdarzenia nadzwyczajne) zwłaszcza klęski żywiołowe (tak poprzednio art. 411 k.z.), lecz wszelkie okoliczności, za które dzierżawca nie ponosi odpowiedzialności i które nie dotyczą jego osoby, jeżeli wskutek tych okoliczności zwykły przychód przedmiotu dzierżawy uległ znacznemu zmniejszeniu. Stosowanie art. 700 k.c. wiąże się ze zmianami stosunków, które mieszczą się w granicach zwykłego ryzyka gospodarczego. Odmienne natomiast kształtują się przesłanki żądania obniżenia czynszu na podstawie art. 357¹ k.c., który dotyczy nadzwyczajnej zmiany stosunków, a więc takich, które wykraczają poza granice zwykłego ryzyka i były nieprzewidywalne w momencie zawierania umowy” (wyrok SN z 13.02.2004 r., IV CK 22/03, LEX nr 182068).

dotychczasowej praktyki wskazuje na pewne patologie kontraktowe w tym obszarze. Niemniej zakazanie zastrzegania kar umownych w umowie franczyzy byłoby kontrowersyjne pod względem cywilistycznym. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby praktyka kontraktowa była kształtowana przez inne przepisy. Umowa franczyzy może natomiast przewidywać zmniejszenie wynagrodzenia organizatora sieci za dany okres gospodarczy, jeżeli francyzobiorca należycie wykonywał swoje zobowiązania". Takie uzasadnienie jednak nie jest przekonujące. Wcześniej już przedstawiono propozycję regulacji kar umownych w umowie franczyzy. Regulacja taka, połączona z miarkowaniem kary umownej, wydaje się rozwiązaniem wystracającym. Propozycja przedstawiona w projekcie nie jest też jasna i w praktyce jej stosowanie wywołałoby wiele wątpliwości. Jeżeli tego rodzaju (lub podobna) propozycja miałaby zostać wprowadzona jako obowiązujący przepis, na pewno wymagałaby jeszcze analizy i doprecyzowania. Natomiast nawet obecnie, bez proponowanej regulacji, strony mogą wprowadzić do umowy mechanizm obniżenia wynagrodzenia francyzodawcy.

Art. 773¹²

Na zabezpieczenie roszczeń z umowy franczyzy nie można wystawić, poręczyć ani indosować weksła ani czeku na zlecenie.

Komentarz: Propozycję tę należy ocenić jako trafną. Zagadnienie kumulacji różnego rodzaju zabezpieczeń (chroniących francyzodawcę) w umowach franczyzy przedstawiono w pkt 5. niniejszego artykułu. Proponowane rozwiązanie stanowi minimalne zabezpieczenie interesów francyzobiorcy, choć oczywiście nadal niepełne – skoro na podstawie weksła lub czeku możliwe jest uzyskanie przez francyzodawcę nakazu zapłaty (w postępowaniu nakazowym) natychmiast wykonanego (art. 485 § 2 w zw. z art. 492 k.p.c.). Postawić należy natomiast pytanie: czy możliwe jest ustawowe ograniczenie liczby zabezpieczeń w umowie franczyzy, czy też oznaczałoby to już nadmierną ingerencję w swobodę kontraktową? Innym potencjalnym rozwiązaniem byłoby zupełne wyłączenie dopuszczalności wymagania przez francyzodawcę weksła i czeku jako zabezpieczenia.

Art. 773¹³

Organizator może w każdym czasie – sam lub przez osobę trzecią – przeprowadzić kontrolę działalności francyzobiorcy, a także żądać od francyzobiorcy niezwłocznego udostępnienia informacji i danych o jego działalności w takim zakresie, w jakim strony określiły to w umowie. Przeciwnie postanowienie umowne jest nieważne.

Komentarz: Propozycję tę należy ocenić jako trafną z zastrzeżeniem, że należy usunąć zdanie drugie – z uwagi na jego niejasny cel. Postanowienie to trzeba jednak doprecyzować, by było oczywiste, że pełny zakres kontroli powinien zostać szczegółowo określony w umowie (czyli prawo do kontrolowania działalności, wstępu do lokalu, a także prawo do żądania informacji, danych). Celowym też jest obligatoryjne określenie w umowie maksymalnej częstotliwości kontroli dokonywanych przez francyzodawcę – bowiem częste (zbyt częste) ich przeprowadzenie mogłoby skutkować zakłóceniami w działalności francyzobiorcy.

Art. 773¹⁴

Organizator sieci może wypowiedzieć ze skutkiem natychmiastowym umowę zawartą na czas oznaczony jak i na czas nieoznaczony, jeżeli:

- 1) franczyzobiorca pomimo pisemnego upomnienia nadal rażąco narusza postanowienia umowy franczyzy;
- 2) franczyzobiorca zalega wobec organizatora sieci z zapłatą wynagrodzenia za dwa pełne okresy płatności.

Komentarz: Propozycję tę należy ocenić co do zasady jako trafną. Punkt 1 trzeba jednak doprecyzować: „i wyznaczenia co najmniej 14-dniowego terminu do zaprzestania naruszeń”. Natomiast w pkt 2 celowe jest rozważenie zmiany na trzy pełne okresy płatności, wprowadzenie obowiązku wyznaczenia dodatkowego terminu na uregulowanie zaległych opłat (jak w pkt 1) oraz wyłączenie możliwości stosowania tego postanowienia w odniesieniu do okresów płatności, co do których franczyzobiorca żąda zmniejszenia płatności na podstawie projektowanego art. 773¹⁰ (zob. też uwagi do tego przepisu).

Jeżeli chodzi o pkt 1, to podkreślenia wymaga, że obejmowałby on swoim zakresem także przypadki, w których przyczyną wypowiedzenia umowy jest odmowa franczyzobiorcy ponoszenia nakładów (zob. uwagi do art. 773²). Powstaje więc pytanie o ograniczenie w tym zakresie prawa franczyzodawcy do wypowiedzenia umowy (ewentualnie wprowadzenie bezskuteczności wypowiedzenia) w sytuacji, gdy co prawda franczyzobiorca odmawia poniesienia nakładów, jednak żądania franczyzodawcy w tym zakresie są zbyt daleko idące (np. wtedy gdy franczyzobiorca nie osiąga zysku). Wprowadzenie takiej regulacji wymaga jednak wyważenia interesów obu stron i zabezpieczenia franczyzodawcy przed sytuacjami, w których jego sieć ulegnie dekompozycji pod względem sposobu prowadzenia działalności (standardów jej prowadzenia). Kwestia ta i kształt proponowanej regulacji wymaga konsultacji przede wszystkim z franczyzodawcami.

Art. 773¹⁵

Franczyzobiorca może wypowiedzieć ze skutkiem natychmiastowym umowę zawartą na czas oznaczony jak i na czas nieoznaczony, jeżeli:

- 1) wskutek okoliczności, za które franczyzobiorca odpowiedzialności nie ponosi i które nie dotyczą jego osoby, dalsze wykonywanie umowy franczyzy miałoby bezpośredni i oczywisty wpływ na powstanie stanu niewypłacalności albo zagrożenia niewypłacalnością franczyzobiorcy;
- 2) organizator sieci rażąco narusza postanowienia umowy franczyzy.

Komentarz: Propozycję tę należy ocenić jako trafną. Niewątpliwie franczyzobiorca powinien mieć możliwość wypowiedzenia umowy ze skutkiem natychmiastowym. Powstaje natomiast pytanie o to, kiedy z takiego prawa może skorzystać. Propozycję z pkt 2 należy uznać za zasadną, jednak wymaga ona uzupełnienia w taki sposób, by brzmienie pkt 2 było symetryczne z postanowieniem art. 773¹⁴ pkt 1: organizator sieci pomimo pisemnego upomnienia i wyznaczenia co najmniej 14-dniowego terminu do zaprzestania naruszeń nadal rażąco narusza postanowienia umowy franczyzy.

W praktyce mogą jednak powstać wątpliwości i spory o to, jak franczyzobiorca w razie sporu będzie mógł wykazać zaistnienie przesłanki z pkt 1. Kwestia ta wymaga jeszcze dalszej analizy.

Art. 773¹⁶

§ 1. Umowa zawarta na czas nieoznaczony może być wypowiedziana na trzy miesiące naprzód w pierwszym roku kalendarzowym, na dwa miesiące naprzód w drugim roku kalendarzowym i na miesiąc naprzód w trzecim i kolejnym roku kalendarzowym jej obowiązywania.

§ 2. Ustawowe terminy wypowiedzenia mogą zostać przedłużone.

§ 3. W przypadku wypowiedzenia umowy franczyzy przez organizatora sieci przed zamortyzowaniem nakładów poniesionych przez franczyzobiorcę organizator sieci winien wyrównać franczyzobiorcy powstały uszczerbek. Nie dotyczy to wypowiedzenia umowy ze skutkiem natychmiastowym z przyczyn dotyczących franczyzobiorcy. Przeciwnie postanowienie umowne jest nieważne.

Komentarz: Propozycję tę należy ocenić jako trafną. Terminy wypowiedzenia są trafnie przyjęte.

Art. 773¹⁷

§ 1. Po ustaniu umowy franczyzobiorca jest obowiązany do zwrotu przedmiotów otrzymanych od organizatora sieci i nie może korzystać ze szczególnej koncepcji i techniki prowadzenia działalności gospodarczej otrzymanej od organizatora sieci.

§ 2. O ile strony nie postanowią inaczej, franczyzobiorca nie może prowadzić działalności konkurencyjnej względem organizatora sieci przez trzy lata po ustaniu umowy. Franczyzobiorcy nie przysługuje odszkodowanie z tytułu zakazu konkurencji.

Komentarz: Propozycję tę należy ocenić jako trafną. Paragraf 1 wymaga jednak doprecyzowania przez wskazanie, o jakie przedmioty chodzi (np. ulotki, plakaty, menu). Często franczyzobiorca wcześniej za nie płaci, tak więc po zakończeniu umowy powinien mieć możliwość odzyskania choć części tego, za co wcześniej zapłacił (oczywiście zakładając, że materiały te nadają się do wykorzystania, są pełnowartościowe). Koniecznie należy więc rozważyć wprowadzenie obowiązku franczyzodawcy ich odkupienia.

Poniżej przedstawiono dodatkowe uwagi oraz propozycje przepisów, które również powinny zostać zawarte w przepisach regulujących umowę franczyzy (poza karą umowną, której konieczność regulacji omówiono już wcześniej).

a) Doświadczenie franczyzodawcy

W projekcie brak przepisu, zgodnie z którym franczyzodawca może rozpocząć działalność w zakresie udzielania franczyzy, gdy jego model działania biznesowego został sprawdzony.

Z tego względu należy rozważyć wprowadzenie przepisu wzorowanego na postanowieniach Europejskiego Kodeksu Etyki Franczyzy, zgodnie z którym „[p]rzed wprowadzeniem swojej sieci franczyzowej na dany rynek franczyzodawca powinien posiadać doświadczenie wynikające z prowadzenia z powodzeniem działalności

gospodarczej na tym rynku przez co najmniej rok oraz w co najmniej w jednej placówce pilotażowej”. Oczywiście do rozważenia pozostaje, czy faktycznie ma być to tylko jedna placówka (czy minimum dwie). Regulacja taka nie wyłącza wprowadzenia do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z 16.04.1993 r.¹¹¹ proponowanego w art. 17h przedmiotowego raportu. Jednak podkreślenia wymaga, że użyte w nim określenie „bez wcześniejszego dokładnego, długotrwałego sprawdzenia jej modelu biznesowego” powinno zostać doprecyzowane.

b) Obowiązki przedkontraktowe

W projekcie proponowane są również zmiany w u.z.n.k. Wydaje się jednak, że część z tych zmian powinna zostać inkorporowana do Kodeksu cywilnego – do przepisów regulujących umowę franczyzy. W k.c. powinien się znaleźć przepis dotyczący obowiązków informacyjnych. Mają bowiem one zasadnicze znaczenie dla francyzobiorcy. Natomiast proponowany w projekcie art. 17i ust. 1 mógłby pozostać bez zmian.

Jak zauważa się w literaturze: „[f]ranczyza w dużej mierze opiera się w tym zakresie na sprzedaży pewnej «szansy na sukces», przy czym ostatecznie do oceny francyzobiorcy należy, jak wysoko szansa powodzenia przedsięwzięcia jest przez niego oceniana i na podstawie jakich informacji i danych polski francyzobiorca może dokonać weryfikacji opłacalności biznesu, w który zamierza inwestować swoje środki. Zawarcie umowy franczyzy łączy się bowiem zazwyczaj z koniecznością wniesienia przez francyzobiorcę na rzecz francyzodawcy określonej, często wysokiej, opłaty wstępnej, obok własnej, bezpośredniej inwestycji kapitałowej w fizyczne uruchomienie punktu (lokalu) francyzowego. Zagadnienie istnienia i zakresu obowiązku *pre-contractual disclosure* nieodzownie łączy się zaś z zapewnieniem zachowania przez francyzobiorcę poufności przekazywanych informacji”¹¹².

Postanowienia w tym przedmiocie mogłyby być wzorowane na klauzuli IV.E.-2:101 DCFR (Przedkontraktowy obowiązek informacyjny) oraz klauzuli IV.E.-4:102 DCFR (Informacja przedkontraktowa). Natomiast zgodnie z Projektem przepis o obowiązkach informacyjnych ma następujące brzmienie:

2. Prospekt informacyjny organizatora sieci francyzowej organizowanej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zwany dalej „prospektem”, bez względu na prawo rządzące kontraktem, powinien zawierać w szczególności:

- 1) opis działalności francyzowej organizatora sieci i jej dotychczasową historię, w tym liczbę zawartych umów francyzowych i liczbę czynnych umów francyzowych według danych nie późniejszych niż trzy miesiące przed datą przedstawienia prospektu informacyjnego;
- 2) informacje o organizatorze sieci i podmiotach pozostających z nim w stosunku zależności lub dominacji, jak również o podmiotach powiązanych;
- 3) sprawozdania finansowe za przynajmniej dwa ostatnie lata obrotowe;
- 4) informację o sprawach sądowych dotyczących franczyzy, które kwestionują system francyzowy lub mogą zagrozić funkcjonowaniu franczyzy i których stroną jest organizator sieci lub podmioty z nim powiązane;

¹¹¹ Tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 – dalej u.z.n.k.

¹¹² M. Kowalczuk-Szymańska, *Zobowiązanie...*, Legalis.

- 5) szczegółowy opis zasad działalności sieci franczyzowej oraz ogólny opis działalności, która ma być wykonywana przez franczyzobiorcę;
- 6) wynagrodzenie organizatora sieci, w tym także wszelkie formy wynagrodzenia pośredniego;
- 7) opis profilu idealnego franczyzobiorcy, w tym wymogi co do ewentualnego wcześniejszego doświadczenia w prowadzeniu działalności gospodarczej, poziomu wykształcenia i innych cech, które franczyzobiorca musi lub powinien posiadać;
- 8) wymogi dotyczące bezpośredniego i osobistego zaangażowania franczyzobiorcy w prowadzenie działalności franczyzowej;
- 9) szczegółowe informacje o całkowitych, szacunkowych nakładach inwestycyjnych niezbędnych do poniesienia celem rozpoczęcia działalności franczyzowej;
- 10) szczegółowe informacje o szacunkowej wartości zapasów towarów, jeżeli dotyczy to danej działalności i warunków płatności za nie;
- 11) szczegółowe informacje na temat zobowiązania franczyzobiorcy do zakupu wszelkich towarów lub usług wymaganych do rozpoczęcia lub prowadzenia działalności franczyzowej;
- 12) szczegółowe informacje o zakresie pomocy dla franczyzobiorcy, w tym w szczególności o innowacjach technologicznych, szkoleniach franczyzobiorców i pracowników (w tym o czasie ich trwania, treści i kosztach), o podręcznikach franczyzowych;
- 13) informację na temat pomocy ze strony organizatora sieci w analizie i wyborze lokalizacji, w której działalność franczyzowa ma być wykonywana;
- 14) szczegółowe informacje o nadzorze nad sposobem wykonywania działalności franczyzowej przez franczyzobiorcę, w tym o zakresie dokumentów i danych, jakie będzie obowiązywały udostępniać franczyzobiorca;
- 15) szczegółowe informacje o znaku towarowym i innych prawach własności intelektualnej związanych z działalnością franczyzową, które będą wykorzystywane przez franczyzobiorcę;
- 16) szczegółowe informacje na temat sposobu postępowania z *know-how* w zakresie produktów, procesów lub zarządzania oraz poufnych informacji związanych z przemysłem, handlem, finansami po rozwiązaniu umowy;
- 17) szczegółowe informacje o zakazie konkurencji obowiązującym franczyzobiorcę po rozwiązaniu umowy;
- 18) pełną kopię standardowej umowy franczyzowej (i ewentualnej umowy przedwstępnej), która ma zostać zawarta z franczyzobiorcą;
- 19) określenie zasad przejścia praw i obowiązków z umowy franczyzy, zasad dziedziczenia, zasad dopuszczalności zmian składu wspólników franczyzobiorcy bez zgody organizatora sieci i inne podobne ograniczenia, jeżeli istnieją;
- 20) zdarzenia, które spowodują nałożenie kar, innych obciążeń lub wypłatę odszkodowania i ich odpowiednich kwot;
- 21) informację, czy franczyzobiorca będzie zobowiązany do minimalnych kwot zakupu towarów i usług od organizatora sieci lub osób wyznaczonych przez organizatora sieci oraz o możliwości i warunkach odmowy przyjęcia produktów lub usług wymaganych przez organizatora sieci;

- 22) informację, czy istnieje stowarzyszenie lub inna organizacja zrzeszająca francyzobiorców;
- 23) okres obowiązywania umowy franczyzowej i warunki jej przedłużenia, jeżeli są przewidziane;
- 24) wysokość wszelkich bieżących opłat przypadających do zapłaty przez francyzobiorcę na rzecz organizatora sieci lub osoby trzeciej przez niego wskazanej, z wyszczególnieniem tytułów zapłaty, a w tym w szczególności bieżące wynagrodzenie organizatora sieci, czynsz za udostępnione do korzystania rzeczy, w tym opłaty z tytułu najmu lokalu i minimalne ubezpieczenie;
- 25) określenie, czy organizator sieci może czerpać zyski z podnajmu lokalu francyzobiorcy (gdy francyzobiorca podnajmuje lokal od organizatora sieci).

3. Prospekt, o którym mowa w ust. 2, należy udostępnić potencjalnemu francyzobiorcy co najmniej na 14 dni przed:

- a) podpisaniem umowy franczyzowej lub umowy przedwstępnej, jeśli taka istnieje, lub
- b) zapłatą jakiegokolwiek opłaty na rzecz organizatora sieci lub podmiotu powiązanego.

Regulację tę należy uznać za poprawną.

c) Obowiązek odkupienia produktów

Rozważenia wymaga uzupełnienie regulacji o przepis wzorowany na klauzuli IV.E.-2:306 DCFR (Zapasy, części zamienne i materiały), zgodnie z którą: W razie odstąpienia bądź wypowiedzenia umowy przez którąkolwiek ze stron, strona, której produkty zostały wprowadzone na rynek, jest zobowiązana odkupić od drugiej strony pozostałe zapasy, części zamienne i materiały za rozsądną cenę, jeżeli druga strona nie może ich odsprzedać w rozsądny sposób.

Jest to postanowienie o bardzo dużym praktycznym znaczeniu, skoro po wygaśnięciu umowy francyzobiorca traci uprawnienie do sprzedawania towarów francyzodawcy. Ten ostatni powinien mieć obowiązek ich odkupienia.

d) Obowiązek reklamy

Rozważenia wymaga również wprowadzenie wyraźnego obowiązku francyzodawcy do promowania sieci. Wzorem mogłaby być klauzula IV.E.-4:207 DCFR (Renoma sieci i reklama):

(1) Francyzodawca jest zobowiązany podjąć rozsądne starania w celu promocji i utrzymania renomy sieci franczyzowej.

(2) Francyzodawca jest w szczególności zobowiązany opracować i uczestniczyć w koordynacji kampanii reklamowych, mających na celu promocję sieci franczyzowej.

(3) Działania podejmowane w celu promocji i utrzymania renomy sieci franchisingowej powinny być prowadzone bez obciążania francyzobiorcy dodatkowymi opłatami.

Analizy wymaga w szczególności pkt 3. Należy zastanowić się, czy jednak francyzobiorca nie powinien również uczestniczyć w kosztach reklamy – w określonym procencie.

e) Doprecyzowanie obowiązków francyzobiorcy

W projekcie brak jednoznacznie określonych obowiązków francyzobiorcy, co wymaga uzupełnienia, by regulacja była wyważona. Wzór mogłaby stanowić klauzula IV.E.-4:303 DCFR (Metoda prowadzenia działalności franczyzowej i wskazówki):

(1) W działalności franczyzowej francyzobiorca jest zobowiązany podejmować rozsądne starania zgodnie z metodą działalności franczyzowej francyzodawcy.

(2) Francyzobiorca jest zobowiązany stosować się do rozsądnych wskazówek francyzodawcy w zakresie metody działalności franchisingowej i utrzymania reputacji sieci.

(3) Francyzobiorca jest zobowiązany podjąć rozsądne starania w celu uniknięcia szkody dla sieci franczyzowej.

f) Świadczenie wyrównawcze

Ostatnia, chyba najtrudniejsza do rozstrzygnięcia, kwestia przedstawia się następująco: czy w przypadku umowy franczyzy powinny zostać również wprowadzone przepisy o świadczeniu wyrównawczym?

Wydaje się, że odpowiedź na to pytanie (na tym etapie) brzmi przecząco. Na taką regulację jest za wcześnie, a jej ewentualne wprowadzenie powinno to zostać poprzedzone badaniami empirycznymi i ekonomicznymi.

9. Podsumowanie

Jak wynika z przeprowadzonych badań oraz analizy, regulacja umowy franczyzy jest celowa i konieczna. Leży to w interesie francyzobiorców, ale też francyzodawców, bowiem obecny brak regulacji nie służy pewności rozstrzygnięć i w razie sporu sądowego każda ze stron może zostać zaskoczona wyrokiem sądu. Cieszy więc informacja, która pojawiła się ostatnio w komunikacie prasowym Ministerstwa Sprawiedliwości, że przystąpiono do prac nad regulacją umowy franczyzy w prawie polskim.

Jak pokazuje przeprowadzona analiza Projektu, wiele kwestii wymaga jeszcze modyfikacji i kompleksowego podejścia oraz konsultacji francyzobiorców i francyzodawców, a nawet dalszych, szczegółowych badań. Dokładnie powinny zostać przemyślane zwłaszcza zmiany u.z.n.k. i ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 16.02.2007 r.¹¹³, w której Projekt proponuje wprowadzić DZIAŁ IV¹ „Zakaz praktyk naruszających zbiorowe interesy francyzobiorców”. Zmiany tej ostatniej ustawy w naturalny sposób skutkować bowiem będą postawieniem pytania o konieczność regulacji zbiorowych interesów innych grup przedsiębiorców – agentów czy stron umowy dystrybucyjnej. Czy na pewno jest to właściwy kierunek zmian? Czy na pewno nie zahamuje on rozwoju franczyzy? I wreszcie – czy na pewno Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie ma już obecnie wystarczających instrumentów w ręku, by zwalczać negatywne praktyki na rynku? Przed podjęciem decyzji co do tak daleko idących zmian z całą pewnością należy koniecznie poczynić dokładne badania i analizę obecnie funkcjonującej regulacji. Jeżeli bowiem jest ona wystarczająca (przykładowo definicja z art. 3 ust. 1 u.z.n.k.), to po co wprowadzać „ulepszenia”?

Wreszcie proponowana regulacja powinna jednoznacznie określać, czy i w jakim zakresie francyzodawca może jeszcze sporządzać wewnętrzne regulaminy (podręczniki, akty wewnętrzne – stosowane są tu różne określenia), niejako uzupełniające

¹¹³ Tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 275.

umowę. Tego rodzaju rozwiązania są stosowane przez franczyzodawców i zawierają niejednokrotnie nie tylko czysto techniczne postanowienia. Co więcej, w umowach franczyzy znajdują się postanowienia, zgodnie z którymi mogą one być zmieniane jednostronnie przez franczyzodawcę.

Bibliografia

1. Adamus R., *Faktyczna nierówność stron umowy franczyzy w Polsce*, https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2020/10/IWS_Adamus-R._Faktyczna-nier%C3%B3wno%C5%9B%C4%87-stron-umowy-franczyzy-w-Polsce.pdf.
2. Adamus R., *W sprawie potrzeby uregulowania umowy franczyzy w Polsce*, *Prawo w Działaniu* 2021, t. 48.
3. Antoszak P., Fladrowska E., Hulisz A., *Funkcjonowanie franczyzy na przykładzie wybranego przedsiębiorstwa*, *Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Gospodarki* 2016, t. 28, seria: *Ekonomia* 2016, t. 8.
4. Belohlavek A. J., *Rozporządzenie Rzym I. Konwencja rzymska. Komentarz*, t. 2, Warszawa 2010.
5. Drapała P., Lackoroński B., *Wymóg określenia (maksymalnej) kwoty kary umownej jako przesłanka ważności jej zastrzeżenia*, *Monitor Prawniczy* 2021, nr 15.
6. Drapała P., Olejniczak A., § 55. Kara umowna, nb 152 [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 5. *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. K. Osajda, Warszawa 2020, Legalis.
7. Fila J., Witczak R., *Podatkowe aspekty franchisingu jako formy finansowania przedsiębiorstw w globalizującej się gospodarce*, *Acta Universitatis Lodziensis. Folia Oeconomica* 2011, nr 260.
8. Fuchs B., *O potrzebie ustawowej regulacji umów nienazwanych na przykładzie umowy franchisingu* [w:] *Rozprawy z prawa cywilnego, własności intelektualnej i prawa prywatnego międzynarodowego: księga pamiątkowa dedykowana profesorowi Bogusławowi Gawlikowi*, red. J. Pisuliński, P. Tereszkiewicz, F. Zoll, Warszawa 2012.
9. Gawlik B., *Pojęcie umowy nienazwanej*, *Studia Cywilistyczne* 1971, t. XVIII.
10. Gawlik B., *Umowy mieszane – konstrukcja i ocena prawna*, *Palestra* 1974, nr 5.
11. Gózdź K., *Umowa o podział majątku a art. 353[1] KC – glosa – IV CSK 478/07*, *Monitor Prawniczy* 2011, nr 5.
12. Grochowski M., *Paradoks słabości – ochrona „słabszego” przedsiębiorcy jako problem prawa umów* [w:] *Sto lat polskiego prawa handlowego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Andrzejowi Kidybie*, t. II, red. M. Dumkiewicz, J. Szczotka, K. Kopaczyńska-Pieczniak, Warszawa 2020.
13. Grochowski M., *Skutki braku zachowania formy szczególnej oświadczenia woli*, Warszawa 2017.
14. Ignaczewski J., *Umowy nienazwane*, Warszawa 2004.
15. Katner W. J. [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 9. *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane*, red. W. J. Katner, Warszawa 2018.
16. Keskin M., *Trendy rozwojowe franchisingu w Polsce i Europie*, *Ekonomia Międzynarodowa* 2016, nr 13.

17. Koch A., *Umowa franchisingowa*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 1980, nr 3.
18. Kohutek K., *Ujednolicanie cen w ramach franczyzy jako porozumienie mające anty-konkurencyjny cel – uwagi krytyczne do wyroków Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 10.01.2018 r., VII AGA 828/18, i Sądu Najwyższego z 9.10.2019 r., I NSK 89/18, Glosa 2020, nr 3.*
19. Kowalczyk-Szymańska M., *Zobowiązanie do ujawnienia istotnych informacji przed zawarciem umowy franczyzy (pre-contractual disclosure obligation). Analiza prawno-porównawcza na tle ustawodawstwa polskiego oraz wybranych jurysdykcji, Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2019, nr 4, Legalis.*
20. Kurda M., *Dojrzały rynek franczyzy*, <https://franchising.pl/artukul/11553/dojrzały-rynek-franczyzy/>.
21. Lackoroński B., *Określenie sumy w zastrzeżeniu kary umownej*, Monitor Prawniczy 2018 nr 23.
22. Łolik M., *Kwestia określenia kary umownej w kontekście jej maksymalnej wartości jako przesłanka jej prawidłowego zastrzeżenia*, Przegląd Prawa Handlowego 2020, nr 10.
23. Maciuszek I., *Regulacja umowy franchisingu w polskim systemie prawnym [w:] Nauki społeczne i ekonomiczne wobec problemów współczesności. Wybrane zagadnienia*, red. K. Pujer, Wrocław 2017.
24. Malarewicz-Jakubów A., *Po co kodyfikować umowę franchisingu [w:] 50 lat Kodeksu cywilnego*, red. P. Stec, M. Załucki, Warszawa 2015.
25. Morawski L., *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 1998.
26. Nowacki J., *Studia z teorii prawa*, Kraków 2003.
27. Pecyna M., Zoll F., *Założenia projektu struktury części szczegółowej zobowiązań. W poszukiwaniu nowego modelu*, Transformacje Prawa Prywatnego 2012, nr 1.
28. Promińska U. [w:] *System prawa prywatnego*, t. 9. *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane*, red. W.J. Katner, Warszawa 2018.
29. Promińska U., *Czy nadszedł czas na regulację umowy franchisingu [w:] Instytucje prawa handlowego w przyszłym kodeksie cywilnym*, red. T. Mróz, M. Stec, Warszawa 2012.
30. Promińska U., *Umowa franchisingu jako umowa nienazwana [w:] Czynić postęp w prawie. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Birucie Lewaszkiewicz-Petrykowskiej*, red. W. Robaczyński, Łódź 2017.
31. Pyziak-Szafnicka M., *Kilka uwag na temat modelu kary umownej [w:] Aurea praxis aurea theoria. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Erecińskiego*, red. J. Gudowski, K. Weitz, Warszawa 2011.
32. Radwański Z., *Zielona Księga. Optymalna wizja Kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2006.
33. Romanowski M. [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 9. *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane*, red. W.J. Katner, Warszawa 2018.
34. Romanowski M., *Czy należy regulować umowy nienazwane?*, Studia Prawa Prywatnego 2009, nr 2.
35. Rott-Pietrzyk E., Grochowski M., *Regulacja umów o pośrednictwo w DCFR (wzorcem dla ustawodawcy polskiego)*, Transformacje Prawa Prywatnego 2017, nr 3.

36. Rott-Pietrzyk E., Grochowski M., *Struktura regulacji umów o pośrednictwo handlowe (wnioski prawnoporównawcze i propozycje legislacyjne)*, Studia Prawa Prywatnego 2018, nr 1, Legalis.
37. Rzeźniowiecka B., *Franchising [w:] Od auditingu do sponsoringu w rachunkowości*, red. K. Czubakowska, Warszawa 2007.
38. Stecki L., *Franchising*, Toruń 1997.
39. Traple E., *Ochrona słabszej strony umowy a kontrola treści umowy ze względu na przekroczenie granic swobody umów i sposób zawarcia umowy*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 1997, nr 2.
40. Trzaskowski R., *Skutki sprzeczności umów obligacyjnych z prawem*, Warszawa 2013.
41. Wiewiórowska-Domagalska A., *B2B z cechami B2C: czy i o ile opłaca się uczynienie franczyzy umową nazwaną?* [w:] *Rozprawy z prawa prywatnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Wojciechowi Popiołkowi*, red. M. Jagielska, M. Pazdan, M. Rott-Pietrzyk, E. Szpunar, Warszawa 2017.
42. Wiewiórowska-Domagalska A., *Franchising – Study for the IMCO Committee*, IP/A/IMCO/2015-05 (2016), [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/578978/IPOL_STU\(2016\)578978_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/578978/IPOL_STU(2016)578978_EN.pdf).
43. Wolter A., *Prawo cywilne*, Warszawa 2001.
44. Wrześcińska J., *Rozwój systemów francyzowych w Polsce*, Zeszyty Naukowe Szkoły Głównej Gospodarstwa Wiejskiego w Warszawie. Ekonomia i Organizacja Gospodarki Żywnościowej 2011, nr 93.
45. *Założenia Kodeksu Franczyzy przyjęte!*, <https://franczyza.org.pl/zalozenia-kodeksu-franczyzy-przyjete/>.
46. Ziemiński Z., *Podstawy sporów o „luki w prawie”*, Państwo i Prawo 1966, nr 2.
47. Ziółkowska M.J., *Franczyza. Nowoczesny model rozwoju biznesu*, Warszawa 2020.
48. Ziółkowska M., *Franczyza jako strategia wzrostu wartości przedsiębiorstwa*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego 2011, nr 46.

Michał Będkowski-Koziół

Odpowiedzialność z tytułu naruszenia
obowiązku stosowania się do ograniczeń
w dostarczaniu i poborze energii
elektrycznej w orzecznictwie Sądu Ochrony
Konkurencji i Konsumentów oraz Sądu
Apelacyjnego w Warszawie

*Liability for the breach of the obligation to comply with
the restrictions on the supply and consumption of electricity
in the jurisprudence of the Court of Competition
and Consumer Protection and the Court of Appeal in Warsaw*

Abstract

In order to guarantee the energy security, including the security of fuel and energy supply, the Act of 10 April 1997 on Energy Law provides for a number of legal instruments. Among them, the obligation on electricity consumers to comply with the restrictions in the supply and consumption of electricity provided for in Art. 11–11f can be named. Violation of this obligation is subject to a sanction in the form of a fine imposed by the President of the Energy Regulatory Office on energy consumers pursuant to Art. 56 sec. 1 point 3a. The purpose of this article is to discuss the judgments of the Court of Competition and Consumer Protection and the Court of Appeal in Warsaw issued as a result of an appeal by energy consumers against these decisions of the President of the Energy Regulatory Office, with regard to the grounds and conditions for liability by energy consumers for failure to comply with restrictions in the supply and consumption of electricity as well as the conditions for determining the amount of a financial penalty or withdrawing from its imposition in such cases.

Keywords: energy security, limitations in the supply and consumption of electricity, fines, Court of Competition and Consumer Protection, Court of Appeal in Warsaw

Dr Michał Będkowski-Koziół, LL.M.Eur.Int., Zakład Prawa Publicznego Gospodarczego, Katedra Prawa Gospodarczego i Gospodarki Cyfrowej, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, partner w Kancelarii Kochański & Partners sp.j.k., Polska, ORCID: 0000-0002-2182-3490, e-mail: m.bedkowski.kozioł@uksw.edu.pl, m.bedkowski-koziol@kochanski.pl

Data zgłoszenia tekstu przez autora: 9.03.2022 r.; data zaakceptowania do publikacji: 31.03.2022 r.

Streszczenie

W celu zagwarantowania bezpieczeństwa energetycznego, w tym bezpieczeństwa dostarczania paliw i energii, ustawa z 10.04.1997 r. – Prawo energetyczne przewiduje szereg instrumentów prawnych. Wśród nich można wskazać spoczywający na odbiorcach energii elektrycznej obowiązek stosowania się do ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej przewidziany w art. 11–11f ustawy. Naruszenie tego obowiązku podlega sankcji w postaci kary pieniężnej nakładanej na odbiorcę przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki na podstawie art. 56 ust. 1 pkt 3a ustawy. Celem niniejszego artykułu jest omówienie wyroków Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz Sądu Apelacyjnego w Warszawie, wydanych wskutek wniesienia odwołania przez odbiorców od decyzji Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki, w odniesieniu do przesłanek ponoszenia przez odbiorców odpowiedzialności za niestosowanie się do ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej oraz przesłanek ustalania wysokości kary pieniężnej albo odstąpienia od jej wymierzenia w takich wypadkach.

Słowa kluczowe: bezpieczeństwo energetyczne, ograniczenia w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej, kary pieniężne, Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Sąd Apelacyjny w Warszawie

1. Wprowadzenie

Jednym z podstawowych celów regulacji prawnej w sektorze energetycznym jest zagwarantowanie bezpieczeństwa energetycznego, którego istotny aspekt to bezpieczeństwo dostarczania paliw i energii, w tym zapewnienie prawidłowej pracy urządzeń, instalacji i sieci tworzących krajowy system energetyczny. Pośród instrumentów służących zapewnieniu nieprzerwanej i niezawodnej pracy tego systemu można wskazać spoczywający na odbiorcach energii elektrycznej obowiązek stosowania się do ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej przewidziany w art. 11–11f ustawy z 10.04.1997 r. – Prawo energetyczne¹. Jakkolwiek znaczenie tych przepisów jest niezwykle istotne, ich praktyczne zastosowanie pozostawało długi czas poza głównym nurtem zainteresowania zarówno doktryny, jak i praktyki. Wpływ na ten stan rzeczy miało to, że wprowadzenie ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej stanowi jeden z ostatecznych środków służących zapewnieniu bezpieczeństwa funkcjonowania krajowego systemu energetycznego, gdy pozostałe środki okażą się niewystarczające. Z tego powodu wskazane powyżej przepisy przez wiele lat nie były w praktyce stosowane.

Ten stan rzeczy uległ zmianie w 2015 r., gdy z uwagi na występujące w okresie 10–31.08.2015 r. obniżenie dostępnych rezerw zdolności wytwórczych poniżej niezbędnych wielkości wprowadzono na obszarze całego kraju ograniczenia w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej na podstawie wskazanych wyżej przepisów. Sytuacja ta spowodowana była m.in. wyjątkowo wysokimi temperaturami i niskimi stanami wód w zbiornikach wodnych i rzekach, co wiązało się z wystąpieniem zagrożenia bezpieczeństwa dostaw energii elektrycznej. Wprowadzenie ograniczeń zaskoczyło

¹ Tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 716 ze zm. – dalej p.e.

część odbiorców, zwłaszcza tych, którzy zużywają większe jej ilości, co skutkowało tym, że w wielu przypadkach nie od razu zastosowali się oni do wprowadzonych ograniczeń. W związku z tym Prezes Urzędu Regulacji Energetyki (dalej Prezes URE), jako organ właściwy do nakładania kar pieniężnych za nieprzestrzeganie ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej, wszczął w stosunku do tych odbiorców, począwszy od 2016 r., postępowania na podstawie art. 56 ust. 1 pkt 3a p.e. i to na bezprecedensową skalę².

Przepis art. 56 ust. 1 pkt 3a p.e., w brzmieniu sprzed nowelizacji dokonanej ustawą z 20.05.2021 r. o zmianie ustawy – Prawo energetyczne oraz niektórych innych ustaw³, stanowił, że Prezes URE może ukarać karą pieniężną podmioty, które nie zastosowały się do ograniczeń „wprowadzonych na podstawie art. 11, art. 11c ust. 3 lub art. 11d ust. 3” p.e.⁴ Na gruncie tej regulacji pojawiły się w doktrynie i orzecznictwie wątpliwości odnośnie tego, w jakim zakresie przepis ten może stanowić podstawę wymierzania odbiorcom kar z tytułu niedostosowania się do ograniczeń w dostarczaniu i poborze paliw i energii. W istotnym stopniu wątpliwości te przyczyniły się do nowelizacji treści art. 56 ust. 1 pkt 3a p.e. Jednakże zawarte w rozstrzygnięciach Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej SOKiK) oraz Sądu Apelacyjnego w Warszawie (dalej SA w Warszawie) rozważania odnośnie prawnych instrumentów wprowadzania ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej, obowiązków spoczywających na odbiorcach energii elektrycznej w sytuacji wprowadzenia takich ograniczeń oraz przesłanek ustalania wysokości kary oraz ewentualnego odstąpienia od jej wymierzenia zachowują w pełni aktualność.

Celem niniejszego artykułu jest analiza rozstrzygnięć SOKiK oraz SA w Warszawie w odniesieniu do przesłanek ponoszenia przez odbiorców odpowiedzialności za

² Z danych zawartych w corocznych sprawozdaniach z działalności Prezesa URE wynika, że: w 2016 r. w 242 postępowaniach nałożono na odbiorców karę pieniężną, 7 postępowań umorzono, a w 4 odstąpiono od nałożenia kary (zob. *Sprawozdanie z działalności Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki w 2016 r.*, Warszawa 2017); w 2017 r. w 925 postępowaniach nałożono na odbiorców karę pieniężną, 307 postępowań umorzono, a w 20 odstąpiono od nałożenia kary (zob. *Sprawozdanie z działalności Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki w 2017 r.*, Warszawa, kwiecień 2018 r.); w 2018 r. w 549 postępowaniach nałożono na odbiorców karę pieniężną, 46 postępowań umorzono, a w 8 odstąpiono od nałożenia kary (zob. *Sprawozdanie z działalności Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki w 2018 r.*, Warszawa, kwiecień 2019 r.); w 2019 r. w 574 postępowaniach nałożono na odbiorców karę pieniężną, 143 postępowania umorzono, a w 10 odstąpiono od nałożenia kary (zob. *Sprawozdanie z działalności Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki w 2019 r.*, Warszawa, maj 2020 r.); w 2020 r. w 247 postępowaniach nałożono na odbiorców karę pieniężną, 53 postępowania umorzono, a w 18 odstąpiono od nałożenia kary (zob. *Sprawozdanie z działalności Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki w 2020 r.*, Warszawa, kwiecień 2021 r.). Wszystkie sprawozdania Prezesa URE są dostępne na stronie internetowej Urzędu Regulacji Energetyki: <https://www.ure.gov.pl>.

³ Dz.U. z 2021 r. poz. 1093 ze zm.

⁴ Na mocy nowelizacji ustawy – Prawo energetyczne, t.j. ustawy z 20.05.2021 r. o zmianie ustawy – Prawo energetyczne oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2021 r. poz. 1093), przepis art. 56 ust. 1 pkt 3a p.e. został z mocą obowiązującą od 3.07.2021 r. zmieniony w zakresie odesłań do właściwych przepisów ustawy. Obecnie zgodnie z tym przepisem karze pieniężnej podlega ten, kto nie stosuje się do ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej „wprowadzonych na podstawie art. 11, art. 11c ust. 2 pkt 2 lub art. 11d ust. 3”. Odesłanie do art. 11c ust. 3 p.e. zastąpiono zatem odesłaniem do art. 11c ust. 2 pkt 2 p.e. Zmiana została dokonana m.in. wskutek tego, że zarówno Sąd Okręgowy – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, jak i Sąd Apelacyjny w Warszawie wielokrotnie wskazywały, że w treści art. 56 ust. 1 pkt 3a p.e. zawarty jest błąd. Kwestia ta stanowi przedmiot rozważań w tym artykule.

niestosowanie się do ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej oraz przesłankę ustalania wysokości kary pieniężnej albo odstąpienia od jej wymierzenia w takich wypadkach.

2. Podstawy prawne odpowiedzialności z tytułu naruszenia obowiązku stosowania się do ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej

Przesłanki wprowadzania ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej zostały określone w art. 11 oraz w art. 11c i 11d p.e.

Zgodnie z art. 11 ust. 1 p.e. w przypadku zagrożenia: 1) bezpieczeństwa energetycznego Rzeczypospolitej Polskiej polegającego na długookresowym braku równowagi na rynku paliwowo-energetycznym, 2) bezpieczeństwa dostaw energii elektrycznej, 3) bezpieczeństwa osób czy wreszcie 4) wystąpieniem znacznych strat materialnych, na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej lub jego części mogą być wprowadzone na czas oznaczony ograniczenia w sprzedaży paliw stałych oraz w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej lub ciepła.

W przypadku wystąpienia przesłanki „zagrożenia bezpieczeństwa dostaw energii elektrycznej” ustawa – Prawo energetyczne przewiduje dwa mechanizmy wprowadzania ograniczeń w jej dostarczaniu i poborze, a mianowicie: 1) mechanizm wprowadzania ograniczeń na polecenie operatora systemu przesyłowego elektroenergetycznego (dalej OSP) – na podstawie art. 11c i 11d p.e. oraz 2) mechanizm wprowadzania ograniczeń w drodze rozporządzenia Rady Ministrów – na podstawie art. 11 ust. 7 p.e. Zagrożenie bezpieczeństwa dostaw zostało zdefiniowane w art. 3 pkt 16d p.e. jako stan systemu elektroenergetycznego lub jego części, uniemożliwiający zapewnienie bezpieczeństwa pracy sieci elektroenergetycznej lub równoważenie dostaw energii elektrycznej z zapotrzebowaniem na nią. Definicję tę należy rozpatrywać na tle zawartych w art. 3 pkt 16a oraz pkt 16b definicji „bezpieczeństwa dostaw energii elektrycznej” (rozumianego jako zdolność systemu elektroenergetycznego do zapewnienia bezpieczeństwa pracy sieci elektroenergetycznej oraz zrównoważenia dostaw energii elektrycznej z zapotrzebowaniem na tę energię) oraz „bezpieczeństwa pracy sieci elektroenergetycznej” (rozumianego jako nieprzerwana praca sieci elektroenergetycznej, a także spełnienie wymagań w zakresie parametrów jakościowych energii elektrycznej i standardów jakościowych obsługi odbiorców, w tym dopuszczalnych przerw w dostawach energii elektrycznej odbiorcom końcowym, w możliwych do przewidzenia warunkach pracy tej sieci). Jednocześnie art. 11c ust. 1 p.e. zawiera przykładowy katalog okoliczności, które mogą spowodować stan zagrożenia bezpieczeństwa dostaw, i wymienia: 1) działania wynikające z wprowadzenia stanu nadzwyczajnego; 2) katastrofę naturalną albo bezpośrednie zagrożenie wystąpienia awarii technicznej w rozumieniu art. 3 ustawy z 18.04.2002 r. o stanie klęski żywiołowej⁵; 3) wprowadzenie embarga, blokady, ograniczenia lub braku dostaw paliw lub energii elektrycznej z innego kraju na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, lub

⁵ Tekst jedn.: Dz.U. z 2017 r. poz. 1897.

zakłóceń w funkcjonowaniu systemów elektroenergetycznych połączonych z krajowym systemem elektroenergetycznym; 4) strajk lub niepokoje społeczne; 5) obniżenie dostępnych rezerw zdolności wytwórczych poniżej niezbędnych wielkości, o których mowa w art. 9g ust. 4 pkt 9 p.e., lub braku możliwości ich wykorzystania. Wspomniana na wstępie tego artykułu sytuacja z sierpnia 2015 r. była właśnie ostatnim z przewidzianych w art. 11c ust. 1 p.e. przypadków, tzn. dotyczyła obniżenia dostępnych rezerw zdolności wytwórczych wskutek bardzo wysokich temperatur oraz niskiego poziomu wody w zbiornikach wodnych i rzekach.

W odniesieniu do mechanizmu wprowadzania ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej na polecenie OSP art. 11c ust. 2 p.e. stanowi o czynnościach, które wykonuje OSP w przypadku powstania zagrożenia bezpieczeństwa dostaw energii elektrycznej. Po pierwsze OSP podejmuje we współpracy z użytkownikami systemu elektroenergetycznego, w tym z odbiorcami energii elektrycznej, wszelkie możliwe działania przy wykorzystaniu dostępnych środków mających na celu usunięcie tego zagrożenia i zapobieżenie jego negatywnym skutkom. Po drugie może wprowadzić ograniczenia w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej lub jego części do czasu wejścia w życie przepisów wydanych na podstawie art. 11 ust. 7 p.e., lecz nie dłużej niż na okres 72 godzin. Zgodnie z art. 11 ust. 3 pkt 1 p.e. ograniczenia w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej polegają na ograniczeniu maksymalnego poboru mocy elektrycznej oraz dobowego poboru energii elektrycznej. Ograniczenia te podlegają kontroli w zakresie przestrzegania ich stosowania (art. 11 ust. 4 p.e.). Organem uprawnionym do kontroli stosowania ograniczeń w odniesieniu do dostarczanej sieciami energii elektrycznej jest Prezes URE (art. 11 ust. 5 pkt 1 p.e.). Ponadto w okresie występowania zagrożenia bezpieczeństwa dostaw energii elektrycznej operatorzy systemu elektroenergetycznego – tj. zarówno OSP, jak i operatorzy systemu dystrybucyjnego elektroenergetycznego (dalej OSD)⁶ – mogą, zgodnie z art. 11d ust. 3 p.e., wprowadzać ograniczenia w świadczonych usługach przesyłania lub dystrybucji energii elektrycznej w zakresie niezbędnym do usunięcia tego zagrożenia.

Oprócz działań, o których mowa w art. 11c ust. 2 p.e., w przypadku powstania zagrożenia bezpieczeństwa dostaw energii elektrycznej OSP, zgodnie z art. 11c ust. 3 p.e., niezwłocznie powiadamia ministra właściwego do spraw energii (poprzednio był to minister gospodarki) oraz Prezesa URE o wystąpieniu zagrożenia bezpieczeństwa dostaw energii elektrycznej, podjętych działaniach i środkach w celu usunięcia tego zagrożenia i zapobieżenia jego negatywnym skutkom oraz zgłasza konieczność wprowadzenia ograniczeń na podstawie art. 11 ust. 7 p.e., tzn. w drodze rozporządzenia Rady Ministrów.

W odniesieniu do mechanizmu wprowadzania ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej w drodze rozporządzenia Rady Ministrów przepis art. 11 ust. 7 p.e. stanowi, że Rada Ministrów, na wniosek ministra właściwego do spraw energii, w drodze rozporządzenia, może wprowadzić na czas oznaczony, na terytorium

⁶ Tam, gdzie będzie mowa o działaniach podejmowanych zarówno przez OSP, jak i właściwych OSD, zostanie użyty termin „operatorzy sieci”.

Rzeczypospolitej Polskiej lub jego części, ograniczenia w sprzedaży paliw stałych oraz w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej i ciepła, w przypadku wystąpienia zagrożeń, o których mowa w art. 11 ust. 1 p.e., tj. m.in. z powodu zagrożenia bezpieczeństwa dostaw energii elektrycznej.

Szczegółowe zasady i tryb wprowadzania ograniczeń w dostawach i poborze energii elektrycznej określa obecnie rozporządzenie Rady Ministrów z 8.11.2021 r. w sprawie szczegółowych zasad i trybu wprowadzania ograniczeń w sprzedaży paliw stałych oraz w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej lub ciepła⁷ (dalej rozporządzenie w sprawie ograniczeń 2021), które zastąpiło rozporządzenie Rady Ministrów z 23.07.2007 r. w sprawie szczegółowych zasad i trybu wprowadzania ograniczeń w sprzedaży paliw stałych oraz w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej lub ciepła⁸ (dalej rozporządzenie w sprawie ograniczeń 2007), obowiązujące w czasie ograniczeń wprowadzonych w sierpniu 2015 r. W obu rozporządzeniach określone zostały sposoby wprowadzania ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej, rodzaje odbiorców objętych ograniczeniami, zakresy planów wprowadzania ograniczeń oraz sposoby określania w nich wielkości tych ograniczeń, a także sposoby podawania do publicznej wiadomości informacji o ograniczeniach. Zgodnie z § 5 ust. 1 rozporządzenia w sprawie ograniczeń 2021 ograniczenia w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej dotyczą odbiorców energii elektrycznej w zakresie posiadanych przez nich obiektów, dla których określona w umowach łączna wielkość mocy umownej wynosi co najmniej 300 kW, oraz odbiorców, którzy nie podlegają ochronie przed wprowadzonymi ograniczeniami na podstawie § 6 ust. 1 rozporządzenia w sprawie ograniczeń 2021. Na mocy § 6 ust. 1 rozporządzenia w sprawie ograniczeń 2021 ochronie przed wprowadzanymi ograniczeniami w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej podlega odbiorca energii elektrycznej w zakresie posiadanego przez siebie obiektu przez cały okres, dla którego określona w umowach łączna wielkość mocy umownej wynosi poniżej 300 kW, oraz w zakresie obiektu: 1) będącego szpitalem i innym obiektem ratownictwa medycznego; 2) wymienionego w przepisach wydanych na podstawie art. 6 ust. 2 pkt 4 ustawy z 21.11.1967 r. o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej⁹; 3) wykorzystywanego bezpośrednio do: a) nadawania programów radiowych i telewizyjnych o zasięgu ogólnokrajowym, b) zapewnienia przewozu lotniczego, transportu kolejowego i publicznego transportu zbiorowego, c) wydobywania paliw kopalnych ze złóż, ich przeróbki oraz dostarczania do odbiorców, w tym wydobywania, przesyłania lub dystrybucji paliw gazowych, d) realizacji zadań wpływających w sposób istotny na spełnianie wymagań w zakresie ochrony środowiska, w tym odprowadzania i oczyszczania ścieków w zakresie zbiorowego odprowadzania ścieków, e) wytwarzania, przesyłania lub dystrybucji energii elektrycznej lub ciepła, f) wykonywania przez przedsiębiorców zadań na rzecz obronności państwa w zakresie mobilizacji gospodarki, o których mowa w art. 2 pkt 1 ustawy z 23.08.2001 r. o organizowaniu

⁷ Dz.U. z 2021 r. poz. 2209.

⁸ Dz.U. z 2007 r. Nr 133, poz. 924.

⁹ Tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 372 ze zm.

zadań na rzecz obronności państwa realizowanych przez przedsiębiorców¹⁰, w okresie uruchomienia programu mobilizacji gospodarki w zakresie realizacji tych zadań – albo wyodrębnionej części obiektu wykorzystywanego do tych celów¹¹. Na mocy § 8 ust. 1 w zw. z § 6 ust. 8 pkt 2 rozporządzenia w sprawie ograniczeń 2021 (podobnie § 8 ust. 1 i 2 rozporządzenia w sprawie ograniczeń 2007) wielkości określające poziomy wprowadzanych ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej określa się w stopniach zasilania od 11 do 20 i ujmuje w planach wprowadzania ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej. Plany są opracowywane przez OSP i OSD zgodnie z procedurą zawartą w rozporządzeniu. Podlegają one corocznej aktualizacji. Natomiast odnośnie sposobu komunikowania ograniczeń odbiorcom energii elektrycznej § 10 ust. 1 i 2 rozporządzenia w sprawie ograniczeń 2021, podobnie jak to czynił § 12 rozporządzenia w sprawie ograniczeń 2007, stanowi, że 1) ograniczenia w poborze energii elektrycznej są realizowane przez odbiorców stosownie do komunikatów i powiadomień operatorów o obowiązujących stopniach zasilania, 2) komunikaty OSP o obowiązujących stopniach zasilania wprowadzanych jako obowiązujące w najbliższych 12 godzinach i przewidywanych na następne 12 godzin są ogłaszane w radiowych komunikatach energetycznych w programie I Polskiego Radia o godzinie 7:55 i 19:55 oraz zamieszczane na stronach internetowych operatorów. Odbiorcy mają obowiązek stosować się do stopni zasilania określonych w tych komunikatach. Jednocześnie § 10 ust. 5 rozporządzenia w sprawie ograniczeń 2021 stanowi, że właściwi OSD indywidualnie powiadamiają odbiorców przyłączonych do sieci dystrybucyjnej o wprowadzeniu ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej oraz o wprowadzeniu (w trakcie trwania ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej) innych stopni zasilania niż stopnie zasilania ogłoszone w komunikatach radiowych, przysyłając wiadomość tekstową na adres poczty elektronicznej lub na numer telefonu wskazany przez odbiorcę w umowach. Stanowi to istotną zmianę w stosunku do stanu prawnego obowiązującego w czasie wprowadzania ograniczeń w sierpniu 2015 r. Obowiązujący wówczas § 12 ust. 3 rozporządzenia w sprawie ograniczeń 2007 stanowił bowiem, że jedynie w przypadku zróżnicowania wprowadzonych ograniczeń w poborze energii elektrycznej, w stosunku do stopni zasilania ogłoszonych w komunikatach radiowych, operatorzy powiadamiają odbiorców indywidualnie w formie pisemnej lub w sposób określony w zawartych z odbiorcami umowach albo za pomocą innego środka komunikowania się w sposób zwyczajowo przyjęty w danej miejscowości. Powiadomienia te były dla odbiorcy ważniejsze niż powiadomienia ogłaszane w komunikatach radiowych.

¹⁰ Tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1669.

¹¹ Podobnie rozporządzenie w sprawie ograniczeń 2007 stanowiło w § 6 ust. 1, że ochronie przed wprowadzanymi ograniczeniami podlegają odbiorcy energii elektrycznej w ciągu całego roku, dla których wielkość mocy umownej określonej w zawartej umowie sprzedaży, umowie o świadczenie usług przesyłania albo dystrybucji lub umowie kompleksowej ustalona została poniżej 300 kW oraz: 1) szpitale i inne obiekty ratownictwa medycznego; 2) obiekty wykorzystywane do obsługi środków masowego przekazu o zasięgu krajowym; 3) porty lotnicze; 4) obiekty międzynarodowej komunikacji kolejowej; 5) obiekty wojskowe, energetyczne oraz inne o strategicznym znaczeniu dla funkcjonowania gospodarki lub państwa, określone w przepisach odrębnych; 6) obiekty dysponujące środkami technicznymi służącymi zapobieganiu lub ograniczaniu emisji, negatywnie oddziałujących na środowisko.

W celu zagwarantowania skuteczności powyższych mechanizmów wprowadzania ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej, a w szczególności stosowania się do nich odbiorców, art. 56 ust. 1 pkt 3a p.e. przewiduje możliwość nałożenia sankcji w postaci kary pieniężnej na odbiorcę. Mianowicie zgodnie z art. 56 ust. 1 pkt 3a p.e. – w jego pierwotnej wersji sprzed nowelizacji dokonanej dnia 20.05.2021 r.¹² – karze pieniężnej podlega ten, kto „nie stosuje się do ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii, wprowadzonych na podstawie art. 11, art. 11c ust. 3 lub art. 11d ust. 3” p.e.

Jak wskazuje się w doktrynie, odpowiedzialność za delikty administracyjne określone w art. 56 ust. 1 p.e. ma co do zasady charakter obiektywny i nie zależy od ewentualnej winy podmiotu naruszającego określone obowiązki. Nie jest więc istotne, czy do ich naruszenia doprowadziły okoliczności leżące po stronie tego podmiotu, czy też okoliczności niezależne¹³. Odnosi się to także do odpowiedzialności uregulowanej w art. 56 ust. 1 pkt 3a p.e. za niestosowanie się do ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej oraz do poleceń OSP wydawanych na podstawie art. 11d ust. 1 i 2 p.e. W literaturze podkreślano jednak, że w orzecznictwie został sformułowany pogląd, zgodnie z którym „z konstrukcji odpowiedzialności za naruszenie przepisów Prawa energetycznego, jako odpowiedzialności o charakterze obiektywnym wynika, że na przedsiębiorstwo energetyczne nie można nałożyć kary pieniężnej, jeżeli naruszenie obowiązków wynikających z Prawa energetycznego nie jest rezultatem jego zachowania (działania lub zaniechania), lecz niezależnych od niego, pozostających poza jego kontrolą okoliczności o charakterze zewnętrznym, uniemożliwiających nie tyle przypisanie przedsiębiorstwu energetycznemu winy umyślnej lub nieumyślnej, co nie pozwalających na zbudowanie rozsądnego łańcucha przyczynowo-skutkowego między zachowaniem przedsiębiorstwa energetycznego, a stwierdzeniem stanu odpowiadającego hipotezie normy sankcjonowanej karą pieniężną”¹⁴. Wynika

¹² Ustawa z 20.05.2021 r. o zmianie ustawy – Prawo energetyczne oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2021 r. poz. 1093 ze zm.).

¹³ M. Sachajko [w:] *Prawo energetyczne. Komentarz*, red. Z. Muras, M. Swora, Warszawa 2010, komentarz do art. 56, s. 1353, pkt 40; M. Sachajko [w:] *Prawo energetyczne*, t. II. *Komentarz do art. 12–72*, red. M. Swora, Z. Muras, Warszawa 2016, komentarz do art. 56, s. 889, pkt 61; K.A. Tarniowy [w:] *Prawo energetyczne. Komentarz*, red. M. Kuliński, Warszawa 2017, komentarz do art. 56, pkt 4, Legalis; T. Ogłódek [w:] *Prawo energetyczne, Ustawa o odnawialnych źródłach energii, Ustawa o rynku mocy, Ustawa o inwestycjach w zakresie elektrowni wiatrowych. Komentarz*, red. M. Czarnecka, T. Ogłódek, Warszawa 2020, komentarz do art. 56, s. 707, Nb. 1; wyrok Sądu Najwyższego (dalej SN) z 4.11.2010 r., III SK 21/10, LEX nr 737390; wyrok SA w Warszawie z 28.10.2009 r., VI ACa 453/09, LEX nr 1120265; odmienny od powyższego pogląd przedstawili ostatnio autorzy pozycji: M. Goss i J. Góralski *Komentarz art. 56, art. 57 [w:] Kary pieniężne w ustawie – Prawo energetyczne. Komentarz*, M. Goss, J. Góralski, LEX/el. 2021, którzy powołując się na orzecznictwo nierzadko łączące rygorystycznie kar administracyjnych na gruncie art. 56 p.e., proponują koncepcję „winy organizacyjnej (inaczej winy bezimiennej lub anonimowej), łączącej zawińnięcie w występowaniem nieprawidłowości w funkcjonowaniu danej organizacji”. Ich zdaniem chodzi tu zatem raczej o „naganność obiektywną”, a nie winę obiektywną.

¹⁴ Zob. m.in. wyrok SN z 4.11.2010 r., III SK 21/10, LEX nr 737390; wyrok SA w Warszawie z 4.11.2015 r., VI ACa 1525/14, LEX nr 1950267 – oba wyroki wskazane w: *Ograniczenia poboru energii elektrycznej – mechanizm, skutki dla odbiorców przemysłowych i propozycje zmian. Raport przygotowany dla Izby Energetyki Przemysłowej i Odbiorców Energii przez Kancelarię Adwokacką dr hab. Mariusz Swora*, Gniezno, 30.08.2016 r., s. 42–43, <https://wysokienapiecie.pl/wp-content/uploads/2016/10/raport-ws-ograczen-w-poborze-ver-2-0.pdf> (dostęp: 1.02.2022 r.).

stąd, że możliwe jest wyłączenie odpowiedzialności za niedopełnienie określonych obowiązków z uwagi na okoliczności o charakterze zewnętrznym, niezależne od podmiotu zobowiązanego i pozostające poza jego kontrolą, jeżeli wykluczają one związek przyczynowy między zachowaniem tego podmiotu a naruszeniem (np. szczególne procesy technologiczne zachodzące w przedsiębiorstwie, które nie pozwalają na dostosowanie się odbiorcy do ograniczeń w odpowiednim czasie)¹⁵.

Ponadto należy mieć na uwadze, że odpowiedzialność odbiorcy będzie wykluczona, jeżeli zastosowanie się do wprowadzonych ograniczeń powodowałoby bezpośrednie zagrożenie dla życia lub zdrowia osób (art. 11d ust. 2 p.e.) oraz zagrożenie bezpieczeństwa osób bądź uszkodzenie lub zniszczenie obiektów technologicznych (§ 4 ust. 2 pkt 1 i 2 rozporządzenia w sprawie ograniczeń 2021 – wcześniej § 3 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia w sprawie ograniczeń 2007).

Wreszcie należy też wskazać, że obok okoliczności wykluczających odpowiedzialność w art. 56 ust. 6 p.e. przewidziane są okoliczności wpływające na wymiar kary, a mianowicie stopień szkodliwości czynu, stopień zawinienia oraz dotychczasowe zachowanie odbiorcy i jego możliwości finansowe.

3. Kontrowersje dotyczące podstaw prawnych odpowiedzialności z tytułu naruszenia obowiązku stosowania się do ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej

W odniesieniu do przedstawionych powyżej podstaw prawnych ponoszenia odpowiedzialności z tytułu niedostosowania się do ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej kontrowersje w doktrynie wzbudzała podstawa prawna nakładania kar na odbiorców z tego tytułu w przypadku, gdy ograniczenia wprowadzane są w trybie, o którym mowa w art. 11c ust. 2 pkt 2 p.e., tzn. na polecenie OSP. Mianowicie w wersji sprzed nowelizacji, dokonanej ustawą z 20.05.2021 r. o zmianie ustawy – Prawo energetyczne oraz niektórych innych ustaw¹⁶, art. 56 ust. 1 pkt 3a p.e. stanowił, że karze pieniężnej podlega ten, kto „nie stosuje się do ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii, wprowadzonych na podstawie art. 11, art. 11c ust. 3 lub art. 11d ust. 3”.

Przepis art. 11c ust. 3 p.e. dotyczy obowiązków OSP w zakresie powiadamiania ministra właściwego ds. energii oraz Prezesa URE o wystąpieniu zagrożenia bezpieczeństwa dostaw energii elektrycznej, podjętych działaniach i środkach oraz ewentualnie konieczności wprowadzenia ograniczeń w drodze rozporządzenia Rady Ministrów, o którym mowa w art. 11 ust. 7 p.e., natomiast art. 11d ust. 3 p.e. stanowi, że w okresie występowania zagrożenia bezpieczeństwa dostaw energii elektrycznej operatorzy sieci mogą wprowadzić ograniczenia w świadczonych usługach przesyłania i dystrybucji energii elektrycznej. W związku z tym pojawiła się wątpliwość, czy w tej sytuacji art. 56 ust. 1 pkt 3a p.e. sankcjonuje jedynie niedostosowanie się do ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej

¹⁵ Por. M. Sachajko [w:] *Prawo...*, t. II. *Komentarz...*, komentarz do art. 56, s. 881, pkt 27.

¹⁶ Dz.U. z 2021 r. poz. 1093 ze zm.

wprowadzonych na podstawie art. 11 ust. 7 przez Radę Ministrów czy również niedostosowanie się do ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej wprowadzonych na podstawie art. 11c ust. 2 pkt 2 p.e. Niejasność wynikała z tego, że przepis art. 56 ust. 1 pkt 3a p.e. nie odsyłał wprost do art. 11c ust. 2 p.e., a jedynie do art. 11c ust. 3 i art. 11d ust. 3 p.e. Żaden z tych przepisów nie stanowi tymczasem samoistnej podstawy wprowadzania ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej przez OSP.

W związku z powyższym wskazywano, że odesłanie zawarte w art. 56 ust. 1 pkt 3a p.e., dającym ewentualną kompetencję Prezesowi URE do nałożenia kary, należy uznać za błędne¹⁷. Jednocześnie podkreślano, że nałożenie kary pieniężnej z tytułu niedostosowania się do ograniczeń wprowadzonych przez OSP, tj. na podstawie art. 11c ust. 2 p.e., wymagałoby dokonania przez Prezesa URE wykładni rozszerzającej art. 56 ust. 1 pkt 3a p.e., gdy tymczasem „przepisy o charakterze administracyjnokarnym, przewidujące kary pieniężne za określone naruszenia muszą być stosowane przez organy administracji publicznej w sposób precyzyjny, tj. dokładnie odpowiadający normie prawnej bez stosowania wykładni rozszerzającej, analogii lub domniemań”¹⁸. Konstrukcja art. 56 ust. 1 pkt 3a p.e. budziła zatem wątpliwości co do spełnienia wymogów wynikających z zasady określoności czynu zabronionego (*nullum crimen sine lege*), która wprawdzie należy do standardu ochrony karnoprawnej, ale którą w świetle orzecznictwa SN należy stosować także w stosunku do odpowiedzialności za delikty administracyjne¹⁹. Dodatkowo argumentowano, że zasada ustawowej określoności czynów zabronionych stanowi część ogólnych zasad prawa i została wyrażona w różnych umowach międzynarodowych, w szczególności w art. 49 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej oraz art. 7 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, a ponadto w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej²⁰. Jednocześnie w literaturze zgłaszano – w przypadku trybu wprowadzania ograniczeń na polecenie OSP – wątpliwości odnośnie możliwości stosowania sankcji o charakterze represyjnym za nieprzestrzeganie aktów, których postanowienia nie mają charakteru przepisów powszechnie obowiązujących, zwłaszcza w kontekście art. 42 Konstytucji RP²¹.

¹⁷ F. Elżanowski [w:] *Prawo energetyczne. Komentarz*, red. Z. Muras, M. Swora, Warszawa 2010, komentarz do art. 11c, s. 846, pkt. 15; *Ograniczenia poboru...*, s. 45.

¹⁸ M. Sachajko [w:] *Prawo...*, komentarz do art. 56, s. 1350, pkt 26 – z powołaniem się na: M. Wincenciak, *Sankcje w prawie administracyjnym i procedura ich wymierzania*, Warszawa 2008, s. 150; *Ograniczenia poboru...*, s. 45.

¹⁹ Wyrok SN z 1.06.2010 r., III SK 5/10, LEX nr 622205, w którym SN stwierdził, że „sprawa z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu nakładającej karę pieniężną na przedsiębiorcę energetycznego powinna zostać rozpoznana z uwzględnieniem standardów ochrony praw oskarżonego obowiązujących w postępowaniu karnym”.

²⁰ M. Sachajko [w:] *Prawo...*, komentarz do art. 56, s. 1350, pkt 26; *Ograniczenia poboru...*, s. 45–46; Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE C 303 z 14.12.2007 r., s. 1); 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.); Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.) – dalej Konstytucja RP.

²¹ *Ograniczenia poboru...*, s. 47–48.

4. Stanowisko orzecznictwa odnośnie podstaw prawnych odpowiedzialności z tytułu naruszenia obowiązku stosowania się do ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej

Wskazane powyżej wątpliwości odnośnie podstaw prawnych nakładania kar na odbiorców z tytułu niestosowania się do ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej stały się przedmiotem rozstrzygnięć sądowych zarówno w postępowaniach wszczętych przed SOKiK przez odbiorców wskutek wniesienia odwołania od decyzji Prezesa URE nakładającej karę pieniężną, jak i w postępowaniach wszczętych przed SA w Warszawie przez Prezesa URE wskutek wniesienia apelacji od wyroków SOKiK.

Podstawową kwestię stanowiło pytanie, czy przepis art. 56 ust. 1 pkt 3a p.e., w brzmieniu sprzed nowelizacji z 20.05.2021 r., upoważniał Prezesa URE do nakładania kar pieniężnych z tytułu niestosowania się do ograniczeń wprowadzanych przez OSP na podstawie art. 11c ust. 2 p.e., tj. za przekroczenie przez odbiorców dopuszczalnego poziomu poboru energii elektrycznej w dniach 10–11.08.2015 r. ponad poziom wprowadzony na polecenie OSP.

Pierwszą grupę rozstrzygnięć stanowią wyroki, w których SOKiK stwierdził, że nie ulega wątpliwości, że odbiorca (powód) był zobowiązany do dostosowania się zarówno do ograniczeń wprowadzonych przez OSP, tj. Polskie Sieci Elektroenergetyczne SA (dalej PSE SA), w dniach 10–11.08.2015 r., jak i do ograniczeń wynikających z rozporządzenia Rady Ministrów z 11.08.2015 r. w sprawie wprowadzenia ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej²², które wprowadziło te ograniczenia w okresie od dnia 11.08.2015 r. od godz. 24:00 do dnia 31.08.2015 r. do godz. 24:00. Jednakże w trakcie rozstrzygania kwestii, czy istnieje podstawa prawna do nałożenia na odbiorcę sankcji za niezastosowanie się do powyższych ograniczeń w poborze energii elektrycznej, SOKiK doszedł do wniosku, że brak jest takiej podstawy w przypadku naruszenia ograniczeń wprowadzonych na polecenie PSE SA, tj. w dniach 10–11.08.2015 r.²³ W ocenie SOKiK należało wziąć pod uwagę, że ustawodawca przewidział sankcję nie ogólnie za każdy przypadek niezastosowania się do tego rodzaju ograniczeń, lecz za niezastosowanie się do ściśle określonych, konkretnych ograniczeń, tj. wprowadzonych w oparciu o art. 11, art. 11c ust. 3 lub art. 11d ust. 3 p.e. Tym samym nałożenie kary pieniężnej byłoby prawidłowe, gdyby zostało wykazane, że odbiorca energii nie zastosował się do ograniczeń wprowadzonych przez Radę Ministrów. Natomiast przepis art. 11c ust. 3 p.e. nie stanowi – zdaniem SOKiK – samoistnej podstawy do wprowadzenia ograniczeń przez OSP. Dotyczy on bowiem obowiązków informacyjnych OSP w związku z wystąpieniem zagrożenia bezpieczeństwa dostaw energii elektrycznej, a także obowiązku zgłoszenia konieczności wprowadzenia ograniczeń w trybie art. 11 ust. 7 p.e., tj. w trybie rozporządzenia Rady Ministrów. Jednocześnie SOKiK odniósł się do argumentów Prezesa URE, który oparł zaskarżoną decyzję na art. 11d ust. 3 p.e., co zdaniem SOKiK było bezpodstawne,

²² Dz.U. z 2015 r. poz. 1136.

²³ Zob. m.in. wyroki SOKiK: z 4.12.2018 r., XVII AmE 80/17, LEX nr 2742677; z 5.11.2019 r., XVII AmE 263/17, LEX nr 2752591; z 19.11.2019 r., XVII AmE 377/17, LEX nr 2937484.

ponieważ – wbrew twierdzeniom Prezesa URE – przepis ten nie stanowi rozwinięcia uprawnień OSP wskazanych w art. 11c ust. 2 p.e. Dotyczy on bowiem możliwości ograniczenia przez operatorów systemu elektroenergetycznego – a nie OSP – świadczonych przez nich usług przesyłania lub dystrybucji energii elektrycznej w zakresie niezbędnym do usunięcia zagrożenia bezpieczeństwa dostaw²⁴. W konkluzji SOKiK stwierdził, że przepisy art. 11c ust. 3 oraz art. 11d ust. 3 p.e. nie stanowią samoistnej podstawy prawnej wprowadzania ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej w trybie polecenia OSP, bowiem podstawę taką stanowi przepis art. 11c ust. 2 pkt 2 p.e., który jednakże nie został uwzględniony w treści art. 56 ust. 1 pkt 3a p.e. Oznacza to, zdaniem SOKiK, że odesłanie w art. 56 ust. 3a p.e. do przepisu art. 11c ust. 3 p.e. jest puste i mamy tutaj do czynienia z ewidentnym błędem ustawodawcy. Natomiast z całą pewnością przepis ten nie daje podstaw do nałożenia na jakikolwiek podmiot jakichkolwiek ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej. Nałożenie kary w przypadku niezastosowania się do ograniczeń wprowadzonych na podstawie art. 11c ust. 2 pkt 2 p.e. wymagałoby zastosowania przez Prezesa URE wykładni rozszerzającej art. 56 ust. 1 pkt 3a p.e., co zdaniem SOKiK, należy uznać za niedopuszczalne. Sąd – powołując się na pogląd wyrażony przez Marka Sachajkę²⁵ – wskazał, że kary pieniężne, wymierzone na podstawie ustawy – Prawo energetyczne, stanowią rodzaj sankcji administracyjno-karnej i jako takie powinny być stosowane przez organy administracji publicznej w sposób ścisły i precyzyjny, tzn. dokładnie odpowiadający normie prawnej bez stosowania wykładni rozszerzającej, analogii czy domniemań. Tym samym nałożenie kary pieniężnej w przypadku niezastosowania się do ograniczeń wprowadzonych na podstawie art. 11c ust. 2 pkt 2 p.e. wymagałoby zastosowania przez organ wykładni rozszerzającej art. 56 ust. 1 pkt 3a p.e., co – zdaniem SOKiK – należało uznać za niedopuszczalne.

W świetle powyższej argumentacji SOKiK należy wskazać, że konstrukcja przepisu art. 56 ust. 1 pkt 3a p.e. (w wersji sprzed nowelizacji z 20.05.2021 r.) budziła istotne zastrzeżenia sądu w zakresie spełniania zasady określoności czynów zabronionych pod groźbą kary (*nullum crimen, nulla poena sine lege*)²⁶. SOKiK wskazał jednocześnie, że zasada ta w demokratycznym państwie prawnym stanowi jeden z filarów ochrony karnoprawnej i zgodnie z orzecznictwem SN winna być stosowana także w przypadku odpowiedzialności za delikty administracyjne, również te, które zostały unormowane w ustawie – Prawo energetyczne²⁷. SOKiK podzielił jednocześnie pogląd Naczelnego Sądu Administracyjnego (dalej NSA), wyrażony w uzasadnieniu wyroku z 1.06.2004 r., GSK 30/04²⁸, zgodnie z którym przy egzekwowaniu obo-

²⁴ Por. m.in. także wyroki SOKiK: z 15.04.2019 r., XVII AmE 97/17, LEX nr 2742674; z 21.10.2019 r., XVII AmE 300/17, LEX nr 2749808; z 20.01.2020 r., XVII AmE 63/18, LEX nr 3068331.

²⁵ M. Sachajko [w:] *Prawo..., t. II. Komentarz...,* komentarz do art. 56, s. 883, pkt 36 – z powołaniem się na: M. Wincenciak, *Sankcje...,* s. 150.

²⁶ Por. cytowane wyżej wyroki SOKiK: z 5.11.2019 r., XVII AmE 263/17, LEX nr 2752591; z 19.11.2019 r., XVII AmE 377/17, LEX nr 2937484.

²⁷ Zob. m.in. wyrok SN z 2.10.2008 r., III SK 3/08, OSNP 2010/9–10, poz. 129 – dotyczy on wprowadzie kar pieniężnych nakładanych przez Prezesa UOKiK na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, ale ma pełne odniesienie do kar nakładanych przez Prezesa URE na gruncie ustawy – Prawo energetyczne i został przywołany m.in. w wyroku SOKiK z 21.10.2019 r., XVII AmE 300/17, LEX nr 2749808.

²⁸ ONSAiWSA 2004/1, poz. 25.

wiązku, kształtowanego normą prawa administracyjnego materialnego, za którego naruszenie przewidziana jest administracyjna kara pieniężna, muszą być zachowane bezwzględnie zasady interpretacji i stosowania norm o charakterze restrykcyjnym ukształtowane w dziedzinie prawa karnego, zwłaszcza zasada prymatu wykładni językowej przed innymi rodzajami wykładni.

W podobnym duchu wypowiedział się SOKiK w wyrokach z 21.10.2019 r., XVII AmE 217/17²⁹ oraz XVII AmE 239/17³⁰. Stwierdził w nich, że na gruncie rozpatrywanej sprawy brak było podstaw do nałożenia na odbiorcę kary pieniężnej za niedostosowanie się do ograniczeń w poborze energii w dniach 10–11.08.2015 r, a więc wtedy gdy ograniczenia zostały wprowadzone na polecenie OSP. Sąd wskazał, że podstawą nałożenia na powoda kary pieniężnej – w świetle unormowania art. 56 ust. 1 pkt 3a p.e. (w wersji sprzed nowelizacji z 20.05.2021 r.) – może być naruszenie przez niego przepisów art. 11, 11c ust. 3 i 11d ust. 3 p.e. Z uwagi na to, że zgodnie z art. 11d ust. 3 p.e. w okresie występowania zagrożenia bezpieczeństwa dostaw energii elektrycznej operatorzy systemu elektroenergetycznego mogą wprowadzać ograniczenia w świadczonych usługach przesyłania lub dystrybucji energii elektrycznej, w zakresie niezbędnym do usunięcia tego zagrożenia, w opinii SOKiK, aby przypisać powodowi (odbiorcy) naruszenie tego właśnie przepisu, musiałby on stanowić podstawę wprowadzenia ograniczeń w odbiorze energii, podczas gdy OSP wprowadził ograniczenia na podstawie art. 11c ust. 2 pkt 2 p.e.³¹ SOKiK jednocześnie wskazał, że w art. 56 ust. 1 pkt 3a p.e. (w wersji sprzed nowelizacji z 20.05.2021 r.) mamy do czynienia z błędem ustawodawcy, który w normie art. 56 ust. 1 pkt 3a p.e. powinien był odesłać do art. 11c ust. 2 p.e. W konkluzji SOKiK stwierdził zatem, że skoro ograniczenia w dniach 10–11.08.2015 r. zostały wprowadzone na podstawie art. 11c ust. 2 pkt 2 p.e., a niedostosowanie się do tej normy nie jest penalizowane, to nie można wywieść odpowiedzialności deliktowej przedsiębiorcy z art. 11d ust. 3 p.e. Przepis przewidujący możliwość nałożenia na podmiot sankcji karnoadministracyjnej wymaga bowiem precyzyjnego określenia przez ustawodawcę zasad i przesłanek odpowiedzialności, gdyż przepisy o charakterze karnoadministracyjnym muszą być stosowane w sposób precyzyjny i jednoznaczny³².

W omawianej grupie wyroków SOKiK należy również wskazać na rozstrzygnięcia dotyczące relacji pomiędzy przepisem art. 11c ust. 2 pkt 2 p.e. oraz art. 11d ust. 3 p.e. Są one istotne z uwagi na to, że w drugiej grupie wyroków (omawianej poniżej) SOKiK zajął odmienne stanowisko. W wyroku z 21.10.2019 r., XVII AmE 300/17³³, SOKiK stwierdził, że art. 11c ust. 2 pkt 2 p.e. (który stanowił podstawę wprowadzenia ograniczeń przez OSP w dniach 10–11.08.2015 r.) uprawnia wyłącznie OSP do wprowadzenia ograniczenia i to jedynie w zakresie dostarczania i poboru energii elektrycznej. Natomiast przepis art. 11d ust. 3 p.e. daje wszystkim operatorom sieci uprawnienie do wprowadzania ograniczenia w świadczonych usługach przesyłania

²⁹ LEX nr 2752590.

³⁰ LEX nr 2752599.

³¹ LEX nr 2752599.

³² LEX nr 2752599.

³³ LEX nr 2749808.

lub dystrybucji energii elektrycznej, a więc nie w zakresie dostarczania i poboru. W związku z tym SOKiK uznał, że naruszenie ograniczenia wprowadzonego art. 11c ust. 2 pkt 2 p.e. nie jest równoznaczne z naruszeniem ograniczenia wprowadzonego na podstawie art. 11d ust. 3 p.e. Z tego względu brak było podstaw do nałożenia na odbiorcę kary w myśl art. 56 ust. 1 pkt 3a p.e. za naruszenia ograniczenia wprowadzonego na innej podstawie niż wymienione w niniejszym przepisie³⁴.

Drugą grupę rozstrzygnięć stanowią te, w których SOKiK uznał, że przepis art. 56 ust. 1 pkt 3a p.e. sankcjonuje nie tylko naruszenie obowiązku dostosowania się do ograniczeń wynikających z rozporządzenia Rady Ministrów z 11.08.2015 r. w sprawie wprowadzenia ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej³⁵, lecz także naruszenie obowiązku dostosowania się do ograniczeń wprowadzonych wcześniej przez OSP, tj. PSE SA, w dniach 10–11.08.2015 r.

Stanowisko takie zaprezentował SOKiK np. w wyroku z 12.09.2018 r., XVII AmE 162/18³⁶. Twierdzenie powoda (odbiorcy), że nie zaistniały przesłanki do nałożenia kary na podstawie art. 56 ust. 1 pkt 3a p.e., gdyż przepis ten odnosi się wprost do art. 11, art. 11c ust. 3 lub art. 11d ust. 3 p.e., a przedmiotowe ograniczenia zostały wprowadzone na podstawie art. 11c ust. 2 pkt 2 p.e., sąd uznał za bezzasadne.

W swej argumentacji SOKiK wskazał, że z treści art. 11c ust. 2 pkt 2 p.e. wynika, iż w przypadku powstania zagrożenia bezpieczeństwa dostaw energii elektrycznej OSP może wprowadzić ograniczenia w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej lub jego części do czasu wejścia w życie przepisów wydanych na podstawie art. 11 ust. 7 p.e., lecz nie dłużej niż na okres 72 godzin. Jednocześnie ustawodawca przewidział w art. 11d ust. 3 p.e., że w okresie występowania zagrożenia bezpieczeństwa dostaw energii elektrycznej operatorzy sieci mogą wprowadzać ograniczenia w świadczonych usługach przesyłania lub dystrybucji energii elektrycznej w zakresie niezbędnym do usunięcia tego zagrożenia. W dalszej treści orzeczenia sąd wskazał, że art. 11c p.e. oraz art. 11d p.e. są wynikiem implementacji postanowień dyrektywy 2005/89/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 18.01.2006 r. dotyczącej działań na rzecz zagwarantowania bezpieczeństwa dostaw energii elektrycznej i inwestycji infrastrukturalnych³⁷. Powyższe – zdaniem SOKiK – oznacza, że art. 11c ust. 2 pkt 2 oraz art. 11d ust. 3 p.e. pozostają w ścisłym związku, albowiem dopiero połączenie ich treści określającej podstawę do wprowadzenia ograniczenia przez OSP w okresie występowania zagrożenia (art. 11d ust. 3 p.e.) oraz możliwy okres tych ograniczeń (art. 11c ust. 2 pkt 2 p.e.) umożliwia skuteczne wprowadzenie przedmiotowego ograniczenia przez OSP, tj. w ściśle oznaczonym czasie i na ściśle określonym terytorium. Sam fakt „występowania zagrożenia”

³⁴ LEX nr 2749808.

³⁵ Dz.U. z 2015 r. poz. 1136.

³⁶ LEX nr 2601175; podobnie m.in. wyroki SOKiK: z 4.10.2018 r., XVII AmE 229/18, LEX nr 2613515; z 27.06.2019 r., XVII AmE 173/17, LEX nr 2747835; z 18.10.2019 r., XVII AmE 351/17, LEX nr 2750350; z 19.11.2019 r., XVII AmE 373/17, LEX nr 2937488.

³⁷ Dz.Urz. UE L 33 z 4.02.2006 r., s. 22 – uchylona i zastąpiona przez rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/941 z 5.06.2019 r. w sprawie gotowości na wypadek zagrożeń w sektorze energii elektrycznej i uchylające dyrektywę 2005/89/WE (Dz.Urz. UE L 158 z 14.06.2019 r., s. 1).

wynika – zdaniem sądu – wprost z treści komunikatu OSP, w którym stwierdził „wystąpienie zagrożenia bezpieczeństwa dostaw energii elektrycznej”.

Na powyższej podstawie sąd doszedł do wniosku, że OSP posiadał kompetencję do wprowadzenia ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii w myśl art. 11d ust. 3 p.e., zaś okres i zakres terytorialny ich obowiązywania, na podstawie art. 11c ust. 2 pkt 2 p.e., wprowadzono od godziny 10:00 dnia 10.08.2015 r. z informacją o zgłoszonej konieczności wprowadzenia dalszych ograniczeń w trybie art. 11 ust. 7 p.e. Oznacza to, że wnioskowanie powoda, iż wprowadzenie przez OSP przedmiotowych ograniczeń w czasie „wystąpienia zagrożenia” (tj. na podstawie art. 11d ust. 3 p.e.), którego okres i zakres terytorialny został określony zgodnie z wymogami art. 11c ust. 2 pkt 2 p.e., powoduje zwolnienie powoda z odpowiedzialności, o której mowa w art. 56 ust. 1 pkt 3a p.e., jest nieuzasadnione.

Podobnie w wyroku z 18.10.2019 r., XVII AmE 351/17³⁸, SOKiK stwierdził, że nałożenie na powoda kary pieniężnej z tytułu niedostosowania się do ograniczeń wprowadzonych na polecenie OSP dnia 10.08.2015 r. znajduje swoje uzasadnienie w treści art. 56 ust. 1 pkt 3a p.e. Sąd zauważył jednocześnie, że przepis ten dotyczy ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii, wprowadzonych na podstawie art. 11, art. 11c ust. 3 lub art. 11d ust. 3 p.e. W ocenie sądu, o ile podstawą do wprowadzenia ograniczeń w poborze energii elektrycznej był powołany w komunikacie radiowym w dniu 10.08.2015 r. przepis art. 11c ust. 2 pkt 2 p.e., to jednak podstawę prawną dla działań OSP opartych na art. 11c ust. 2 pkt 2 p.e. stanowił przepis art. 11d ust. 3 p.e. Norma wynikająca z art. 11c ust. 2 pkt 2 p.e. ma bowiem – zdaniem SOKiK – charakter uszczegóławiający w stosunku do uregulowań art. 11d ust. 3 p.e. i to regulacja art. 11d ust. 3 p.e. stanowi zasadniczą podstawę prawną dla działań OSP opartych na przepisie art. 11c ust. 2 pkt 2 p.e. Wynika to – zdaniem sądu – stąd, że to właśnie w art. 11d ust. 3 p.e. wskazano, iż w przypadku występowania zagrożenia bezpieczeństwa dostaw energii elektrycznej operatorzy systemu elektroenergetycznego mogą wprowadzać ograniczenia w świadczonych usługach przesyłania lub dystrybucji energii elektrycznej, w zakresie niezbędnym do usunięcia tego zagrożenia. Jest to zatem norma ogólna w stosunku do przepisu art. 11c ust. 2 pkt 2 p.e., który jedynie precyzuje, w jak ograniczonym zakresie operator może wprowadzić ograniczenia w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej³⁹.

Powyższa argumentacja została znacząco rozbudowana w późniejszych wyrokach SOKiK. Mianowicie m.in. w wyroku z 19.11.2019 r., XVII AmE 373/17⁴⁰, sąd powtórzył powyższą wykładnię art. 11d ust. 3 w zw. z art. 11c ust. 2 pkt 2 p.e. i wskazał, że jakkolwiek w demokratycznym państwie prawa zakłada się pierwszeństwo wykładni językowej⁴¹, to jednak powszechnie uznaje się za konieczne posiłkowanie się

³⁸ LEX nr 2750350.

³⁹ Por. podobne rozstrzygnięcia SOKiK m.in. w wyrokach: z 6.12.2019 r., XVII AmE 68/18, LEX nr 2923508; z 12.02.2020 r., XVII AmE 323/18, LEX nr 3127523; z 11.03.2020 r., XVII AmE 333/18, LEX nr 3154175; zob. też rozbudowaną argumentację w wyroku z 13.05.2020 r., XVII AmE 357/18, LEX nr 3164539.

⁴⁰ LEX nr 2937488.

⁴¹ W tym wypadku SOKiK powołał się na uchwałę SN 7 sędziów z 25.04.2003 r., III CZP 8/03, OSNC 2004/1, poz. 1, oraz postanowienia SN z 20.07.2005 r., I KZP 25/05, OSNwSK 2005/1, poz. 1362 i z 31.08.2005 r., V KK 426/04, OSNwSK 2005/1, poz. 1597.

także subsydiarnie wykładnią systemową oraz wykładnią funkcjonalną⁴². Zdaniem SOKiK wykładnia systemowa i celowościowa wręcz wzmacniają argumentację, że niezastosowanie się przez odbiorców do ograniczeń w poborze energii elektrycznej wprowadzonych przez OSP w oparciu o przepis art. 11c ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 11d ust. 3 p.e. podlega sankcji określonej w art. 56 ust. 1 pkt 3a p.e. Odwołując się do wykładni celowościowej sąd bowiem wskazał, że wyraźnym celem wszystkich analizowanych przepisów ustawy – Prawo energetyczne jest eliminowanie zagrożeń systemu elektroenergetycznego m.in. przed niekontrolowanymi awariami systemu z powodu jego przeciążenia i tym samym zapewnienie bezpieczeństwa dostaw energii elektrycznej. Niedostosowanie się odbiorcy do każdego ograniczenia wprowadzonego na podstawie przepisu art. 11d ust. 3 p.e., a więc także z powołaniem się na regulację art. 11c ust. 2 pkt 2 p.e., stanowi realne zagrożenie bezpieczeństwa dostaw energii elektrycznej.

Ponadto w opinii SOKiK możliwą podstawą prawną odpowiedzialności odbiorców za niedostosowanie się do ograniczeń wprowadzonych przez OSP zgodnie z art. 11c ust. 2 pkt 2 p.e. może być również przepis art. 11c ust. 3 p.e., do którego także odwołuje się przepis art. 56 ust. 1 pkt 3a p.e. Przepis art. 11c ust. 3 p.e. stanowi mianowicie, że OSP powiadamia niezwłocznie ministra właściwego ds. gospodarki oraz Prezesa URE m.in. o podjętych działaniach i środkach w celu usunięcia zagrożenia bezpieczeństwa dostaw energii elektrycznej. Jeśli więc przepis art. 56 ust. 1 pkt 3a p.e. sankcjonuje niestosowanie się do ograniczeń w poborze energii wprowadzonych w oparciu o regulację art. 11c ust. 3 p.e., to niewątpliwie można przyjąć, że ustawodawca w ten sposób sankcjonuje ograniczenia wprowadzone także na podstawie art. 11c ust. 2 pkt 2 p.e. przez OSP. Wprawdzie przepis art. 11c ust. 3 p.e. sam w sobie nie stanowi podstawy do wprowadzenia ograniczeń przez operatora systemu przesyłowego, ale wskazuje na ograniczenia już wprowadzone przez tego operatora, gdyż zawiera sformułowanie: „o podjętych działaniach i środkach w celu usunięcia zagrożenia”. Tym samym możliwe jest powiązanie odpowiedzialności z art. 56 ust. 1 pkt 3a p.e. z ograniczeniami wprowadzonymi w oparciu o przepis art. 11c ust. 2 pkt 2 p.e., do którego odnosi się przepis art. 11c ust. 3 p.e.

W grupie orzeczeń uznających, że przepis art. 56 ust. 1 pkt 3a p.e. sankcjonuje także naruszenie przez odbiorców ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii wprowadzonych na polecenie OSP na podstawie art. 11c ust. 2 pkt 2 p.e. (w zw. z art. 11d ust. 3 oraz art. 11c ust. 3 p.e.) należy wskazać także m.in. na wyroki SOKiK z 24.05.2021 r., XVII AmE 253/20⁴³ oraz XVII AmE 246/20⁴⁴. Sąd orzekł w nich, że zawarte w przepisie art. 56 ust. 3a p.e. odesłanie do art. 11c ust. 3 p.e. to wprawdzie błąd ustawodawcy i nie można stwierdzić, że jest ono samoistną podstawą do wprowadzenia ograniczeń, jednakże regulacja ta stanowi zasadniczą podstawę

⁴² W tym przypadku SOKiK przywołał: uchwałę SN z 11.01.2006 r., I KZP 53/05, OSNKW 2006/2, poz. 13; postanowienie SN z 2.12.2004 r., III KK 112/04, OSNKW 2005/1, poz. 6; uchwałę SN 7 sędziów z 25.04.2003 r., III CZP 8/03, OSNC 2004/1, poz. 1; uchwałę SN 7 sędziów z 19.05.2015 r., III CZP 114/14, OSNC 2015/12, poz. 134; wyrok SN z 11.04.2008 r., II CSK 650/07, LEX nr 391825.

⁴³ LEX nr 3244973.

⁴⁴ LEX nr 3244982.

prawną dla działań OSP opartych na przepisie art. 11c ust. 2 pkt 2 p.e. Co interesujące, SOKiK odniósł się we wskazanych wyrokach do innych swoich orzeczeń, do których odwołał się powód (odbiorca). Sąd ten orzekł w nich, że art. 56 ust. 1 pkt 3a p.e. nie sankcjonuje naruszenia ograniczeń wprowadzonych na polecenie OSP na podstawie art. 11c ust. 2 p.e. Jednakże w odniesieniu do nich SOKiK podzielił stanowisko SA w Warszawie wyrażone w wyroku z 10.03.2020 r., VII AGa 366/19⁴⁵, w którym ten ostatni stwierdził, że sankcja zawarta w art. 56 ust. 1 pkt 3a p.e. dotyczy także przypadku niezastosowania się przez odbiorcę energii elektrycznej do ograniczeń w jej dostarczaniu i poborze, wprowadzonych w trybie art. 11c ust. 2 pkt 2 p.e. Ponadto SA w Warszawie wskazał, że przepisy art. 11d p.e. wskazują środki i sposoby działania OSP i stanowią zatem rozwinięcie generalnych dyrektyw postępowania przewidzianych w art. 11c ust. 2 p.e. (odpowiednio: art. 11c ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 11d ust. 1 p.e. oraz art. 11c ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 11d ust. 3 p.e.). Regulacja zawarta w art. 11d ust. 1 p.e. określa zatem uprawnienia OSP względem innych użytkowników systemu (w celu wykonania art. 11c ust. 2 pkt 1 p.e.), z kolei art. 11d ust. 3 p.e. zezwala na wykonywanie usług przesyłania i dystrybucji w sposób odpowiadający treści art. 11c ust. 2 pkt 2 p.e. W konkluzji SA w Warszawie uznał, że przytoczone przepisy są ze sobą funkcjonalnie powiązane i istnieje między nimi ścisła zależność, co potwierdza – w opinii sądu – ich redakcja, wskazująca analogiczne hipotezy ich stosowania: „W przypadku powstania zagrożenia bezpieczeństwa dostaw energii elektrycznej (...)”⁴⁶ i „W okresie występowania zagrożenia bezpieczeństwa dostaw energii elektrycznej (...)”⁴⁷. Sąd Apelacyjny w Warszawie powołał się w tym zakresie także na uzasadnienie ustawy nowelizującej ustawę – Prawo energetyczne (wprowadzającej przywołane przepisy), w którym wskazano, że ograniczenia w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej, zainicjowane na podstawie art. 11 p.e. oraz art. 11c – 11d p.e., różnią się od siebie. Rozbieżności polegają na tym, że art. 11 p.e. dotyczy sytuacji zagrożenia systemu, które można wcześniej przewidzieć, a czas jest wystarczający na wprowadzenie środków nadzwyczajnych w postaci ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej wprowadzanych w drodze rozporządzenia Rady Ministrów, gdy tymczasem nowe art. 11c–11f p.e. zawierają dodatkowe przepisy dotyczące postępowania w sytuacjach zagrożenia funkcjonowania systemu elektroenergetycznego i bezpieczeństwa dostaw energii elektrycznej, które mogą wystąpić nagle i wymagają natychmiastowych działań operatorów systemów. Przepisy te mają, w intencji ustawodawcy, dać operatorom systemów możliwość skutecznego zarządzania instalacjami i sieciami energetycznymi nawet w sytuacjach wyjątkowych⁴⁸.

W nawiązaniu do powyżej przytoczonego orzeczenia SA w Warszawie należy wskazać, że sąd ten od początku konsekwentnie prezentował w postępowaniach odwoławczych od orzeczeń SOKiK stanowisko, że art. 56 ust. 1 pkt 3a p.e. sankcjonuje także naruszenia ograniczeń poboru energii elektrycznej wprowadzone na polecenie

⁴⁵ LEX nr 3052850.

⁴⁶ Artykuł 11c ust. 2 p.e.

⁴⁷ Artykuł 11d ust. 3 p.e.

⁴⁸ LEX nr 3052850.

OSP⁴⁹. Co więcej, w wyroku z 29.03.2021 r., VII AGa 471/19⁵⁰, sąd ten wprawdzie stwierdził, że, „redakcja art. 56 ust. 1 pkt 3a ustawy Prawo energetyczne jest niewłaściwa”, ponieważ na podstawie art. 11d ust. 3 p.e. nie dochodzi do ograniczenia w dostawie i poborze energii elektrycznej, tylko do ograniczenia w świadczonych usługach przesyłania i dystrybucji, które „są pochodną ograniczeń w dostawach i poborze”. Jednakże jednocześnie wskazał, że w przypadku kar nakładanych za delikty administracyjne istotne racje mogą przemawiać za „przełamaniem językowego brzmienia przepisu wynikami wykładni dokonanej przy pomocy pozostałych metod”⁵¹. Jako szczególny przykład takiej sytuacji sąd podał przypadek, w którym ustalone przy użyciu metody językowej znaczenie normy „ma wymiar absurdalny i nie dający się pogodzić z wartościami, jakie stoją u podstaw jej wprowadzenia”⁵². W konsekwencji – zdaniem sądu – karze pieniężnej, określonej w przepisie art. 56 ust. 1 pkt 3a p.e., podlegał również podmiot, który nie zastosował się do ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii wydanych przez OSP, będącego operatorem systemu wprowadzającym ograniczenia zgodnie z aktami wykonawczymi do ustawy – Prawo energetyczne, do których odbiorca zobowiązał się dostosować podczas poboru mocy⁵³.

Poza omówionym powyżej problemem dopuszczalności sankcjonowania naruszeń w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej wprowadzonych na polecenie OSP na gruncie art. 56 ust. 1 pkt 3a p.e. (w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie nowelizacji z 20.05.2021 r.⁵⁴) w swych rozstrzygnięciach dotyczących nakładania kar z tytułu niedostosowania się odbiorców do ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej zarówno SOKiK, jak i SA w Warszawie odniosły się także do interpretacji przesłanki „społecznej szkodliwości czynu” jako przesłanki uwzględnianej przy ustalaniu wysokości kary pieniężnej (zgodnie z art. 56 ust. 6 p.e.) czy też odstąpieniu od jej wymierzenia (zgodnie z art. 56 ust. 6a p.e.).

W wyroku z 12.09.2018 r., XVII AmE 162/18⁵⁵, SOKiK odniósł się do zakresu przekroczenia poboru mocy przez odbiorcę (powoda) w dniach 10–11.08.2015 r., które wyniosło 7,8135 MW w godzinie. Sąd uzasadnił takie podejście tym, że odbiorca, nie stosując się do wprowadzonych ograniczeń i dokonując przekroczenia w powyższym zakresie, w sposób bezpośredni oddziaływał negatywnie na bezpieczeństwo energetyczne, co mogło spowodować wystąpienie rzeczywistego zagrożenia w pracy całego systemu. Na tej podstawie SOKiK doszedł do wniosku, że okoliczność ta świadczy o stopniu szkodliwości czynu powoda wyższym niż znikomy, co uniemożliwiało odstąpienie od nałożenia kary.

⁴⁹ Zob. m.in. wyroki SA w Warszawie: z 3.04.2020 r., VII AGa 2273/18, LEX nr 3169026; z 31.08.2020 r., VII AGa 103/19, LEX nr 3115660; z 31.08.2020 r., VII AGa 173/20, LEX nr 3115653; z 14.12.2020 r., VII AGa 139/19, LEX nr 3160267; z 14.12.2020 r., VII AGa 226/19, LEX nr 3160249; z 24.03.2021 r., VII AGa 729/19, LEX nr 3225557; z 25.03.2021 r., VII AGa 920/19, LEX nr 3225553.

⁵⁰ LEX nr 3225555.

⁵¹ LEX nr 3225555.

⁵² LEX nr 3225555 z odwołaniem się do uchwały SN z 21.01.2016 r., III SZP 4/15, OSNP 2016/8, poz. 110.

⁵³ LEX nr 3225555 z odwołaniem się do uchwały SN z 21.01.2016 r., III SZP 4/15, OSNP 2016/8, poz. 110.

⁵⁴ Dz.U. z 2021 r. poz. 1093 ze zm.

⁵⁵ LEX nr 2601175; podobnie m.in. wyrok SOKiK z 4.10.2018 r., XVII AmE 229/18, LEX nr 2613515.

W wyrokach z 15.10.2019 r., XVII AmE 324/17⁵⁶, oraz z 19.11.2019 r., XVII AmE 373/17⁵⁷, SOKiK zajął dalej idące stanowisko, zgodnie z którym „przy ocenie stopnia szkodliwości czynu powoda drugorzędne znaczenie miał rozmiar przekroczenia poboru mocy”⁵⁸ czy też „krótkotrwałość trwania naruszenia”, ponieważ – zdaniem sądu – „w przypadku przekroczenia wprowadzonego ograniczenia poboru energii, o stopniu szkodliwości decyduje sam charakter czynu i jego znaczenie dla zagrożenia bezpieczeństwa dostaw energii elektrycznej, a w konsekwencji dla bezpieczeństwa energetycznego kraju”. Sąd wskazał jednocześnie, że energia elektryczna jest niezbędna we współczesnym świecie do funkcjonowania wszystkich obszarów aktywności zarówno państwa, jak i każdego z członków społeczeństwa. Podkreślił, że nietrudno sobie wyobrazić, jak katastrofalne mogą się okazać skutki niekontrolowanych wyłączeń dostaw energii elektrycznej (tzw. *blackoutów*), spowodowanych przekroczeniami krytycznych wartości podstawowych parametrów technicznych pracy systemu elektroenergetycznego na znacznym obszarze kraju. Sąd przyjął tym samym, że każde przekroczenie dopuszczalnych poziomów poboru energii – w sytuacji ograniczeń dostaw i poboru energii elektrycznej – należy traktować jako społecznie szkodliwe, bowiem chociaż jest ono często jedynie niewielkim ułamkiem całkowitego przekroczenia, to jednak może doprowadzić do przeciążenia systemu elektroenergetycznego i jego niekontrolowanego wyłączenia.

Co istotne, w celu ustalenia stopnia szkodliwości czynu SOKiK posłużył się sposobem weryfikacji stopnia społecznej szkodliwości czynu wypracowanym na gruncie prawa karnego. Odwołał się bowiem do stanowiska wyrażonego w wyroku SN z 15.10.2014 r., III SK 47/13⁵⁹, zgodnie z którym, skoro prawodawca posłużył się w art. 56 ust. 6a p.e. instytucją prawa karnego, a jednocześnie w ustawie – Prawo energetyczne brakuje wskazówek, jakimi kryteriami należy się posługiwać w celu oceny stopnia społecznej szkodliwości, to z uwagi na represyjny charakter kar pieniężnych przewidzianych w art. 56 p.e. zasadne jest odwołanie się do art. 115 § 2 Kodeksu karnego⁶⁰, który zawiera zamknięty katalog kryteriów oceny stopnia szkodliwości społecznej czynu. Zgodnie z wyrokiem SN z 11.04.2011 r., IV KK 382/10⁶¹, o stopniu społecznej szkodliwości mają decydować wyłącznie okoliczności związane z czynem, przy czym podstawowe znaczenie dla określenia stopnia szkodliwości czynu mają rodzaj i charakter naruszonego dobra chronionego prawem, rozmiar wyrządzonej i grożącej szkody oraz zamiar i motywacja sprawcy⁶². Odnosząc wskazane kryteria

⁵⁶ LEX nr 2750340.

⁵⁷ LEX nr 2937488.

⁵⁸ Podobnie SOKiK w wyroku z 21.10.2019 r., XVII AmE 300/17, LEX nr 2749808, twierdzi, że „dla zasadności nałożenia kary pieniężnej za niestosowanie się do ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii, wprowadzonych na podstawie art. 11, art. 11c ust. 3 lub art. 11d ust. 3 nie ma znaczenia, czy pobór mocy (wartość przekroczenia) mógł stanowić realne zagrożenie bezpieczeństwa pracy sieci elektroenergetycznej kraju. Celem wprowadzanych ograniczeń jest zbilansowanie mocy w sieci elektroenergetycznej kraju. Każde przekroczenie poboru mocy skierowane jest przeciwko celowi wprowadzonego ograniczenia, a zatem godzi w bezpieczeństwo energetyczne kraju”.

⁵⁹ OSNP 2016/8, poz. 112.

⁶⁰ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 1138) – dalej k.k.

⁶¹ LEX nr 846390.

⁶² LEX nr 846390.

do oceny stopnia społecznej szkodliwości czynu odbiorcy (powoda), SOKiK uznał, że zasadnicze znaczenie dla tej oceny ma rodzaj i charakter naruszonego dobra oraz waga naruszonych obowiązków, a także rodzaj naruszonych reguł ostrożności, które w sprawie niniejszej jednoznacznie wskazują, że powód dopuścił się naruszenia dobra szczególnie chronionego przez prawo energetyczne i niezwykle ważkiego dla wszystkich dziedzin życia oraz gałęzi przemysłu, jakim jest bezpieczeństwo systemu elektroenergetycznego. Stabilna praca tego systemu, bez zakłóceń wynikających m.in. z niedostosowania się niektórych odbiorców do wprowadzonych ograniczeń w poborze mocy, ma niezwykle znaczenie dla bezpieczeństwa oraz życia i zdrowia ludzi. W ocenie sądu powód na skutek nieweryfikowania informacji o ewentualnych ograniczeniach poboru mocy publikowanych na stronach internetowych operatora i przekazywanych na antenie radia nie dochował wymaganej od niego przez właściwe przepisy należytej staranności. Z uwagi na powyższe powód musiał się zatem liczyć z możliwością naruszenia norm prawa energetycznego przez niedostosowanie się do wprowadzonych ograniczeń poboru mocy. Jednocześnie sąd wskazał, że nawet jeśli w okolicznościach rozpatrywanej sprawy nie można było mówić o celowym niedostosowaniu się przez powoda do wprowadzonych ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej, to jednak naruszenie reguł ostrożności w odniesieniu do tak ważnego dobra chronionego, jakim jest bezpieczeństwo krajowego systemu elektroenergetycznego, nie może pozostać obojętne dla oceny stopnia szkodliwości czynu. W konkluzji sąd doszedł do wniosku, że w przypadku czynu polegającego na przekroczeniu wprowadzonych ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej brakuje podstaw do odstąpienia od wymierzenia kary na podstawie art. 56 ust. 6a p.e., ponieważ stopień szkodliwości nie jest w tym przypadku znikomy⁶³.

Powyższa interpretacja przesłanki społecznej szkodliwości czynu została potwierdzona w orzecznictwie SA w Warszawie, m.in. w wyroku z 24.03.2021 r., VII AGa 729/19⁶⁴. Sąd stwierdził w nim, że o stopniu szkodliwości czynu polegającego na niedostosowaniu się przez odbiorcę do obowiązujących ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej decyduje sam charakter czynu i jego znaczenie z perspektywy zagrożenia bezpieczeństwa dostaw energii elektrycznej, a w konsekwencji bezpieczeństwa energetycznego kraju i ogólnego bezpieczeństwa państwa. Z tego względu – w opinii sądu – konieczna jest eliminacja zagrożeń bezpieczeństwa dostaw energii, w szczególności po ogłoszeniu 20 stopnia ograniczenia zasilania, tzn. w czasie, gdy system elektroenergetyczny nie dysponuje zapasem mocy. W związku z tym w takiej krytycznej wobec bezpieczeństwa energetycznego sytuacji każde, nawet niewielkie, przekroczenie dopuszczalnego poboru energii elektrycznej niesie ze sobą znaczny stopień szkodliwości, ponieważ bezpośrednio zagraża sprawności obciążonego krajowego systemu elektroenergetycznego. Nie można zatem – w opinii sądu – przyjąć, że stopień szkodliwości czynu odbiorcy (powoda) jest znikomy, a w konsekwencji nie ma w takim przypadku możliwości zastosowania w stosunku do niego dobrodziejstwa odstąpienia od wymierzenia kary pieniężnej stosownie do art. 56 ust. 6a p.e.

⁶³ LEX nr 846390.

⁶⁴ LEX nr 3225557.

Oprócz przesłanki „społecznej szkodliwości czynu” SOKiK odniósł się także do przesłanki „stopnia zawinienia” jako przesłanki wymiaru kary w przypadku niedostosowania się do ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej. Mianowicie m.in. w wyrokach z 15.10.2019 r., XVII AmE 324/17⁶⁵, oraz z 19.11.2019 r., XVII AmE 373/17⁶⁶, SOKiK stwierdził, że oceniając stopień zawinienia po stronie odbiorcy, należy uwzględnić to, że odbiorca podlegał ograniczeniom w poborze energii elektrycznej przewidzianym dla niego indywidualnie w planie ograniczeń, który został mu przedstawiony przez właściwego OSD i którego odbiorca, w momencie przedstawiania mu tego planu, nie kwestionował. Plan ograniczeń uwzględniał bowiem określoną i zaakceptowaną przez odbiorcę moc bezpieczną dla maksymalnego 20 stopnia ograniczenia mocy. Oznacza to, że niedostosowanie się do ograniczeń i niezmnieszenie poboru energii do poziomu przewidzianego w planie ograniczeń nie może znajdować usprawiedliwienia w szczególnym sposobie wykorzystywania przez odbiorcę energii elektrycznej (np. ruch zakładu produkcyjnego), gdyż tego rodzaju argumenty powinny być – zdaniem SOKiK – podnoszone już na etapie wprowadzania planów ograniczeń. Jednocześnie sąd podkreślił, że niedostosowanie się odbiorcy do planu ograniczeń wskazuje, że powód swoim zachowaniem doprowadził do poważnego zagrożenia dla bezpieczeństwa systemu elektroenergetycznego. Ponadto, w opinii sądu, jeżeli odbiorca nie śledzi komunikatów, to nie można uznać, że nie nastąpiło zawinienie z jego strony, ponieważ wartość, jaką stanowi bezpieczeństwo systemu elektroenergetycznego całego kraju, zasługuje na szczególną ochronę i brak ograniczeń poboru energii elektrycznej na przestrzeni ostatnich kilku dziesięcioleci nie zwalnia odbiorców od konieczności dostosowania się do wielkości poboru zgodnej z corocznie aktualizowanymi planami ograniczeń. Już sam fakt informowania corocznie powoda o bieżących planach ograniczeń, powinien – w opinii SOKiK – wywoływać u niego co najmniej refleksję, że plany te jednak są istotne, skoro cyklicznie się je uaktualnia⁶⁷.

Podczas omawiania stanowiska orzecznictwa odnośnie przesłanki „stopnia zawinienia” odbiorcy naruszającego obowiązujące ograniczenia w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej należy jeszcze wskazać, że w postępowaniach prowadzonych przed SOKiK i SA w Warszawie niektórzy odbiorcy podnosili, iż z uwagi na szczególne uwarunkowania technologiczne prowadzonej przez nich działalności gospodarczej nie byli w stanie od razu dostosować się do wprowadzonych ograniczeń, co powinno zostać – ich zdaniem – uwzględnione przez Prezesa URE w trakcie oceny stopnia zawinienia. W odpowiedzi na ten argument SOKiK stwierdził m.in. w wyrokach z 27.06.2019 r., XVII AmE 173/17⁶⁸, oraz z 15.10.2019 r., XVII AmE 324/17⁶⁹, że niedostosowanie się do ograniczeń i niezmnieszenie poboru energii do poziomu przewidzianego w planie ograniczeń nie może znajdować usprawiedliwienia w szczególnym sposobie wykorzystywania przez powoda energii elektrycznej, gdyż te argumenty powinny być

⁶⁵ LEX nr 2750340.

⁶⁶ LEX nr 2937488.

⁶⁷ LEX nr 2937488.

⁶⁸ LEX nr 2747835.

⁶⁹ LEX nr 2750340.

podnoszone na etapie wprowadzania planów ograniczeń. A zatem kwestie ustalenia bezpiecznego poziomu minimalnego poboru energii elektrycznej odbiorca ma prawo poruszać jedynie na etapie zawierania umowy i tworzenia planów ograniczeń. W tym względzie sąd wskazał na przepisy § 9 i § 10 rozporządzenia w sprawie ograniczeń 2007, zgodnie z którymi moc bezpieczna, czyli maksymalne ograniczenia lub ustalone minimum niepowodujące zagrożeń i zakłóceń, jest określana właśnie w planach ograniczeń i stanowi pochodną mocy określonej w umowach sprzedaży i dystrybucji⁷⁰. Podobnie SA w Warszawie w wyroku z 25.03.2021 r., VII AGa 825/19⁷¹, wskazał, że skoro odbiorca (powód) podlega pod normę administracyjną związaną z penalizacją dokonanego czynu niedostosowania się do ograniczeń w badanym okresie i nie jest podmiotem wskazanym w § 6 rozporządzenia w sprawie ograniczeń 2007, tzn. podmiotem podlegającym ochronie przed ograniczeniami, a przekroczenie poboru miało miejsce, to niedostosowanie się do ograniczeń i niezmnieszenie poboru energii do poziomu przewidzianego w planie ograniczeń nie może znajdować usprawiedliwienia w szczególnym sposobie wykorzystywania energii elektrycznej, takim jak praca zakładu produkcyjnego odbiorcy, gdyż te argumenty powinny być podnoszone na etapie wprowadzania planów ograniczeń⁷².

Natomiast w kontekście powyższych rozstrzygnięć, dokonanych przez SOKiK i SA w Warszawie, na uwagę zasługuje wyrok SOKiK z 23.09.2020 r., XVII AmE 352/18⁷³. Sprawa dotyczyła odbiorcy, który dysponował obiektem, o którym mowa w § 6 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia w sprawie ograniczeń 2007, tj. obiektem dysponującym środkami technicznymi służącymi zapobieganiu emisji negatywnie oddziałujących na środowisko. Prezes URE stanął na stanowisku, że skoro odbiorca ten został objęty planem ograniczeń, gdyż nie przedstawił operatorowi przesłanek uzasadniających objęcie go ochroną przed ograniczeniami, to podlega karze pieniężnej, o której mowa w art. 56 ust. 1 pkt 3a p.e. Sąd nie podzielił tej argumentacji i stwierdził, że odbiorca z mocy prawa podlegał ochronie przed wprowadzanymi ograniczeniami jako podmiot, do którego należy obiekt, o którym mowa w § 6 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia w sprawie ograniczeń 2007. Jak zauważył SOKiK, „dysponowanie przedmiotowym obiektem jest okolicznością, która aktualizuje ochronę powoda przed wprowadzonymi ograniczeniami w sposób automatyczny, bez spełnienia jakichkolwiek dalszych warunków”⁷⁴. Ponadto na powyższą okoliczność nie ma wpływu fakt opracowania i ustalenia względem tego odbiorcy wartości ograniczeń w poszczególnych stopniach zasilania w planie ograniczeń.

Wreszcie na uwagę zasługuje wyrok SOKiK z 12.08.2020 r., XVII AmE 343/18⁷⁵, w którym sąd odniósł się do kwestii rozbieżności pomiędzy treścią zawartą przez odbiorcę umowy a zapisami planu ograniczeń odnośnie wartości mocy bezpiecznej. W analizowanym przez sąd stanie faktycznym bezsporna była okoliczność polegająca na tym, że w czasie wprowadzonych ograniczeń w sierpniu 2015 r. odbiorcę (powoda)

⁷⁰ LEX nr 2750340; por. § 8 ust. 1 i 2 rozporządzenia w sprawie ograniczeń 2021.

⁷¹ LEX nr 3232284.

⁷² LEX nr 3232284.

⁷³ LEX nr 3130543.

⁷⁴ LEX nr 3130543.

⁷⁵ LEX nr 3130547.

wiązała – zgodnie z treścią zawartej przez niego umowy sprzedaży energii elektrycznej – moc bezpieczna o wartości 90 kW. Pomimo tego w planie ograniczeń wskazano wartość mocy bezpiecznej jako 0,00 MW. Oznaczało to, że plan ograniczeń zawierał wartości niezgodne z umową, a zatem wbrew treści § 9 rozporządzenia w sprawie ograniczeń 2007. Z tego względu sąd orzekł, że nie było możliwe nałożenie kary pieniężnej na odbiorcę z tytułu niedostosowania poboru energii do wartości określonych w sposób wadliwy i sprzeczny z obowiązującą umową w planie ograniczeń⁷⁶.

W swym orzecznictwie SOKiK odniósł się także do podnoszonego wielokrotnie przez skarżących odbiorców argumentu, że nie nastąpiło indywidualne poinformowanie o wprowadzeniu ograniczeń. W opinii sądu brak wiedzy odbiorcy o wprowadzeniu ograniczeń w poborze energii elektrycznej nie może stanowić podstawy do przyjęcia braku zawinienia, gdyż kwestie informowania odbiorców są wyczerpująco uregulowane w § 12 ust. 1 i 2 rozporządzenia w sprawie ograniczeń 2007. Zgodnie z tym przepisem „ograniczenia w poborze energii elektrycznej są realizowane przez odbiorców stosownie do komunikatów operatorów o obowiązujących stopniach zasilania”, przy czym „komunikaty operatorów o obowiązujących stopniach zasilania, wprowadzanych jako obowiązujące w najbliższych 12 godzinach i przewidywanych na następne 12 godzin, są ogłaszane w radiowych komunikatach energetycznych w programie I Polskiego Radia o godzinie 7:55 i 19:55 oraz na stronach internetowych operatorów”. Jeśli zatem odbiorca nie śledzi komunikatów, to nie można uznać, że brak jest po jego stronie zawinienia. Orzeczenie to jest o tyle interesujące, że przepis § 10 obowiązującego rozporządzenia w sprawie ograniczeń 2021 powtarza w ust. 1 i 2 regulację przytoczonego § 12 ust. 1 i 2 rozporządzenia w sprawie ograniczeń 2007 i wskazuje dodatkowo w ust. 2 zd. 2, że odbiorcy są „obowiązani stosować się” do stopni zasilania określonych w komunikatach radiowych operatorów w czasie określonym w tych komunikatach. Jednocześnie jednak § 10 ust. 5 rozporządzenia w sprawie ograniczeń 2021 stanowi, że OSD „indywidualnie powiadamiają odbiorców przyłączonych do sieci dystrybucyjnej o wprowadzeniu ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej oraz o wprowadzeniu, w trakcie trwania ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej, innych stopni zasilania niż stopnie zasilania ogłoszone w komunikatach radiowych, przesyłając wiadomość tekstową na adres poczty elektronicznej lub na numer telefonu wskazany przez odbiorcę w umowach”. Wywołało to w przyszłości pytania, czy zaniedbanie OSD w wykonaniu obowiązku powiadomienia odbiorcy o wprowadzonych ograniczeniach będzie zwalniało odbiorcę z odpowiedzialności za niedostosowanie się do ograniczeń, zwłaszcza w kontekście regulacji § 10 ust. 1 i 2 rozporządzenia w sprawie ograniczeń 2021, gdzie mowa o „stosowaniu się do komunikatów radiowych” operatorów. Powyższe orzeczenie SOKiK skłania jednak do postawienia tezy, że w zakresie informowania odbiorców o wprowadzonych ograniczeniach w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej pierwszeństwo będą miały komunikaty radiowe operatorów i wynikający z § 10 ust. 2 rozporządzenia w sprawie ograniczeń 2021 obowiązek „stosowania się” do nich.

⁷⁶LEX nr 3130547.

Od powyższej sytuacji należy jednakże odróżnić przypadek, gdy odbiorca nie został prawidłowo poinformowany o obowiązującym go planie ograniczeń. W wyrokach z 5.12.2019 r., XVII AmE 352/17⁷⁷, oraz z 14.05.2020 r., XVII AmE 191/18⁷⁸, SOKiK wskazał, że chociaż odbiorca formalnie był podmiotem, który podlegał ograniczeniom w poborze energii elektrycznej z racji określonej dla niego mocy umownej przekraczającej 300 kW, to jednak nie miał obowiązku stosowania się do ograniczeń wprowadzonych w dniach 10–13.08.2015 r., ponieważ – jak wynikało z przeprowadzonego postępowania dowodowego – nie został mu przedstawiony obowiązujący go plan ograniczeń. Konieczność powiadamiania odbiorców o planach ograniczeń i to co najmniej 30 dni przed dniem obowiązywania ograniczeń wynikał bowiem z regulacji § 11 ust. 2 rozporządzenia w sprawie ograniczeń 2007. Z uwagi na to, że obowiązek informowania odbiorców o obowiązujących ich planach ograniczeń nakłada obecnie na operatorów § 8 ust. 6 rozporządzenia w sprawie ograniczeń 2021, powyższe rozstrzygnięcie zachowuje swoją aktualność.

Odnosnie przesłanki „dotychczasowego zachowania podmiotu” jako przesłanki branej pod uwagę przy wymiarze kary SOKiK wypowiedział się m.in. w wyroku z 21.10.2019 r., XVII AmE 300/17⁷⁹. Wskazał w nim, że fakt późniejszego dostosowania wielkości poboru energii elektrycznej przez odbiorcę (w trakcie trwania ograniczeń) nie ma istotnego znaczenia dla zastosowania tej przesłanki, bowiem – w opinii sądu – w analizowanym stanie faktycznym „dotychczasowe zachowanie podmiotu” polegało na niestosowaniu się do ograniczeń w dniach 10–11.08.2015 r., a zatem niestosowanie się do ograniczeń w tych dniach nie może stanowić przesłanki uzasadniającej obniżenie kary⁸⁰.

5. Podsumowanie

Analiza orzecznictwa SOKiK i SA w Warszawie w sprawach dotyczących nakładania kar pieniężnych z tytułu niestosowania się przez odbiorców do ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej skłania do następujących wniosków.

Przede wszystkim należy zauważyć, że jakkolwiek SOKiK pierwotnie podzielił prezentowany w doktrynie pogląd, iż art. 56 ust. 1 pkt 3a p.e. nie sankcjonuje naruszeń ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej wprowadzonych na polecenie OSP na podstawie art. 11c ust. 2 pkt 2 p.e., to jednak ostatecznie w orzecznictwie SOKiK przeważało stanowisko przeciwne, które zresztą konsekwentnie przedstawiano od początku w orzecznictwie SA w Warszawie. Jest to o tyle interesujące, że zarówno SOKiK, jak i SA w Warszawie wskazywały w uzasadnieniach niektórych swoich orzeczeń, że przepis art. 56 ust. 1 pkt 3a p.e. w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie nowelizacji z 20.05.2021 r.⁸¹ (zawierający odesłanie do treści art. 11c ust. 3 p.e. stanowiącego o obowiązku OSP powiadomienia ministra właściwego ds.

⁷⁷ LEX nr 3066518.

⁷⁸ LEX nr 3154164.

⁷⁹ LEX nr 2749808.

⁸⁰ LEX nr 2749808.

⁸¹ Dz.U. z 2021 r. poz. 1093 ze zm.

energii oraz Prezesa URE o wystąpieniu zagrożenia bezpieczeństwa dostaw energii i podjętych działaniach i środkach, zamiast do art. 11c ust. 2 pkt 2 p.e. stanowiącego o uprawnieniu OSP do wprowadzenia na terytorium RP czasowych ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej) stanowi „błąd ustawodawcy”. Judykatura przypisała tym samym, zgodnie zresztą z katalogiem celów regulacji ustawy – Prawo energetyczne, szczególną wagę kwestii zagwarantowania bezpieczeństwa dostaw energii, interpretując w tym duchu, co jest widoczne zwłaszcza w orzecznictwie SA w Warszawie, uprawnienia OSP do wprowadzania ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej oraz obowiązek odbiorców stosowania się do tych ograniczeń będący korelatem tych uprawnień czy wreszcie „zabezpieczającą” funkcję kar pieniężnych nakładanych na podstawie art. 56 ust. 1 pkt 3a p.e. Z tego względu, pomimo wątpliwości interpretacyjnych na gruncie stosowania art. 56 ust. 1 pkt 3a p.e. (w jego pierwotnym brzmieniu) i prezentowanego w orzecznictwie stanowiska, że zasada określoności prawa w odniesieniu do katalogu czynów karalnych stoi na przeszkodzie nakładaniu kar pieniężnych z tytułu niestosowania się do ograniczeń w poborze energii wprowadzanych na polecenie OSP (na podstawie art. 11c ust. 2 pkt 2 p.e.), w orzecznictwie ostatecznie zwyciężył pogląd, że wykładnia systemowa i funkcjonalna art. 56 ust. 1 pkt 3a p.e. „przełamująca” wykładnię językową tego przepisu jednak na to w pełni pozwala. Jakkolwiek nie sposób nie podzielić stanowiska, że bezpieczeństwo energetyczne, w tym bezpieczeństwo dostaw paliw i energii, stanowi dobro podlegające we współczesnym państwie szczególnej ochronie, to jednak wykładnia przepisów – na podstawie których nakładane są kary pieniężne – odbiegająca od prymatu wykładni językowej i zasady określoności prawa budzi wątpliwości. Fakt dokonania nowelizacji treści art. 56 ust. 1 pkt 3a p.e. na mocy ustawy z 20.05.2021 r.⁸² przez wprowadzenie odesłania do art. 11c ust. 2 pkt 2 p.e. w miejsce dotychczasowego odesłania do art. 11c ust. 3 p.e. potwierdza jedynie, że wskazywany w orzecznictwie „błąd” był na tyle istotny, iż wymagał interwencji ustawodawcy.

Na marginesie powyższych rozważań można wskazać, że to, jak konieczna okazała się w tym wypadku wspomniana interwencja ustawodawcy, unaocniają chociażby dwa wyroki SOKiK z tego samego dnia (tj. 19.11.2019 r.), w których dwa różne składy orzekające tego sądu dokonały odmiennego rozstrzygnięcia kwestii sankcjonowania przez art. 56 ust. 1 pkt 3a p.e. naruszeń ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej wprowadzonych na polecenie OSP na podstawie art. 11c ust. 2 pkt 2 p.e. W jednym przypadku taką możliwość odrzucono⁸³, a w drugim w pełni zaakceptowano⁸⁴.

Podobnie przypisując szczególne znaczenie kwestii zapewnienia bezpieczeństwa energetycznego w kontekście konieczności wprowadzenia ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej, orzecznictwo dokonało wykładni przesłanki „stopnia szkodliwości czynu” polegającego na przekroczeniu dopuszczalnego poziomu poboru energii. Uznało, że zakres przekroczenia nie ma w tym wypadku istotnego znaczenia

⁸² Ustawa z 20.05.2021 r. o zmianie ustawy – Prawo energetyczne oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2021 r. poz. 1093 ze zm.).

⁸³ Wyrok SOKiK z 19.11.2019 r., XVII AmE 377/17, LEX nr 2937484.

⁸⁴ Wyrok SOKiK z 19.11.2019 r., XVII AmE 373/17, LEX nr 2937488.

i każde przekroczenie jako potencjalnie niosące niebezpieczeństwo dla funkcjonowania systemu energetycznego winno być kwalifikowane jako niespełniające kryterium „znikomej” szkodliwości.

Ponadto analiza orzecznictwa SOKiK i SA w Warszawie na gruncie stosowania art. 56 ust. 1 pkt 3a p.e. dostarcza istotnych wskazówek odnośnie takich kwestii jak sposób i forma informowania odbiorców o wprowadzonych ograniczeniach, rola planów ograniczeń czy kwestie uwzględniania szczególnych uwarunkowań korzystania z energii elektrycznej przez odbiorców, chociażby związanych z ruchem zakładu, w związku z oceną stopnia zawinienia po stronie odbiorcy niestosującego się do wprowadzonych ograniczeń. W odniesieniu do ostatniej z wymienionych kwestii orzecznictwo wyraźnie stało na stanowisku, że zagadnienia te powinny być przedmiotem ustaleń na etapie tworzenia planów ograniczeń i nie mają one znaczenia dla oceny zachowania odbiorcy po wprowadzeniu ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej. Pomimo tego, że rozstrzygnięcia zostały częściowo oparte na przepisach poprzednio obowiązującego rozporządzenia w sprawie ograniczeń 2007, zachowują one w znacznej mierze aktualność także na gruncie przepisów rozporządzenia w sprawie ograniczeń 2021.

Z uwagi na to, że nie można wykluczyć wystąpienia w przyszłości podobnej sytuacji do tej, jaka miała miejsce w sierpniu 2015 r., dokonana przez SOKiK i SA w Warszawie wykładnia przepisu art. 56 ust. 1 pkt 3a p.e. w zw. z art. 11, 11c i 11d p.e. ma istotne znaczenie nie tylko dla dogmatyki, lecz także dla praktyki stosowania norm sankcjonujących naruszenia ograniczeń w dostarczaniu i poborze energii elektrycznej.

Bibliografia

1. Elżanowski F. [w:] *Prawo energetyczne. Komentarz*, red. Z. Muras, M. Swora, Warszawa 2010.
2. Goss M., Góralski J., *Komentarz do art. 56, art. 57 [w:] Kary pieniężne w ustawie – Prawo energetyczne. Komentarz*, M. Goss, J. Góralski, LEX/el. 2021.
3. Ogłódek T. [w:] *Prawo energetyczne, Ustawa o odnawialnych źródłach energii, Ustawa o rynku mocy, Ustawa o inwestycjach w zakresie elektrowni wiatrowych. Komentarz*, red. M. Czarnecka, T. Ogłódek, Warszawa 2020.
4. *Ograniczenia poboru energii elektrycznej – mechanizm, skutki dla odbiorców przemysłowych i propozycje zmian. Raport przygotowany dla Izby Energetyki Przemysłowej i Odbiorców Energii przez Kancelarię Adwokacką dr hab. Mariusz Swora*, Gniezno, 30.08.2016 r., <https://wysokienapiecie.pl/wp-content/uploads/2016/10/raport-tws-ograniczen-w-poborze-ver-2-0.pdf>.
5. Sachajko M. [w:] *Prawo energetyczne, t. II. Komentarz do art. 12–72*, red. M. Swora, Z. Muras, Warszawa 2016.
6. Sachajko M. [w:] *Prawo energetyczne. Komentarz*, red. Z. Muras, M. Swora, Warszawa 2010.
7. Tarniowy K.A. [w:] *Prawo energetyczne. Komentarz*, red. M. Kuliński, Warszawa 2017, Legalis.
8. Wincenciak M., *Sankcje w prawie administracyjnym i procedura ich wymierzania*, Warszawa 2008.

Andrzej Pogłódek

Szczególna ochrona trwałości stosunku pracy
w przypadku pracownika – ojca
lub pracownika – innego członka najbliższej
rodziny w okresie ciąży pracownicy.
Uwagi de lege ferenda

*Special protection of the durability of the employment
relationship in the case of an employee – father or employee
– another member of the immediate family during
the pregnancy of the employee. Notes de lege ferenda*

Abstract

This paper presents a proposal to amend Art. 177 of the Labor Code by adding a provision which would determine special protection of the stability of the employment relationship also in case of an employee – father or employee – another member of the immediate family during the employee's pregnancy, as well as during the maternity leave of the employee or another person authorized to taking maternity leave. This proposal is justified both in the changing social reality and the necessity for the legislator to implement the ordinary provisions of the Constitution. In this regard, in particular, Article 33 section 1 of the Constitution and art. 71 section 1 of the Constitution in conjunction from art. 18 of the Constitution. Currently at the disposal of art. 177 of the Labor Code, the protection of someone other than employees – mother, employees, who due to the level of family protection provided for in the Constitution should be covered by it, is excluded. Therefore, the proposed amendment would remove the existing legislative omission regarding the employment relationship of these employees. An important factor supporting the proposed solution is thus enabling protection of other values recognized by the Constitution, such as: family, parenthood, family life and the best interests of the child. The adoption of the proposed

change would also allow for progress in the area of material equality between women and men in the labor market. Finally, in the author's opinion, the acceptance of the presented proposal would make Article 177 of the Labor Code not so much a provision concerning the special protection of the permanence of an employment relationship, but a real instrument of pro-natalist state policy covering the family as a whole.

Keywords: *best interests of the child, family, equality between men and women, special protection of the durability of the employment relationship*

Streszczenie

W niniejszym opracowaniu przedstawiono propozycję zmiany art. 177 Kodeksu pracy poprzez dodanie do niego przepisu, w którym przesądzono by o szczególnej ochronie trwałości stosunku pracy również w przypadku pracownika – ojca lub pracownika – innego członka najbliższej rodziny w okresie ciąży pracownicy, a także w okresie urlopu macierzyńskiego pracownicy lub innej osoby uprawnionej do korzystania z urlopu macierzyńskiego. Propozycja ta znajduje uzasadnienie zarówno w zmieniających się realiach społecznych, jak też w konieczności realizacji przez ustawodawcę zwykłego postanowień Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. W tym względzie należy mieć na uwadze w szczególności art. 33 ust. 1 Konstytucji oraz art. 71 ust. 1 Konstytucji w zw. z art. 18 Konstytucji. Obecnie z dyspozycji art. 177 Kodeksu pracy wyłączone jest ochrona niektórych innych niż pracownica – matka pracowników, którzy ze względu na przewidziany w Konstytucji poziom ochrony rodziny powinni zostać nią objęci. Proponowana nowelizacja wówczas usunęłaby istniejące pominięcie prawodawcze dotyczące stosunku pracy tych pracowników. Istotnym czynnikiem wspierającym powyższe rozwiązanie jest umożliwienie ochrony w ten sposób również innych uznanych przez Konstytucję wartości, takich jak: rodzina, rodzicielstwo, życie rodzinne czy dobro dziecka. Przyjęcie proponowanej zmiany pozwoliłoby także na postęp w obszarze materialnej równości kobiet i mężczyzn na rynku pracy. Wreszcie, w ocenie autora, przyjęcie przedstawionej propozycji uczyniłoby art. 177 Kodeksu pracy nie tyle przepisem dotyczącym szczególnej ochrony trwałości stosunku pracy, ile rzeczywistym instrumentem pronatalistycznej polityki państwa obejmującym rodzinę jako całość.

Słowa kluczowe: *dobro dziecka, rodzina, równość kobiet i mężczyzn, szczególna ochrona trwałości stosunku pracy*

1. Wprowadzenie

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie propozycji zmiany ustawy Kodeks pracy¹ polegającej na rozszerzeniu ochrony trwałości stosunku pracy przysługującej pracownicy w okresie ciąży i w okresie korzystania przez nią z urlopu macierzyńskiego także na pracownika – ojca lub pracownika – innego członka najbliższej rodziny. W piśmiennictwie wskazuje się, że praca zawodowa i życie rodzinne są ze sobą ściśle powiązane i wzajemnie od siebie zależne, przy czym obecnie „zjawiska dyskryminacji w zatrudnieniu z uwagi na obowiązki rodzicielskie nie dotyczą już tylko kobiet, ale również mężczyzn. Na przestrzeni ostatnich lat coraz bardziej widoczna jest przemiana modelu rodziny kształtującego się na model partnerski, w którym oboje rodzice dzielą między sobą obowiązki i odpowiedzialność za wychowanie dzieci oraz za sytuację finansową rodziny”². Ustawodawca powinien w związku z tym nie tylko przyznawać pracownikom – rodzicom szereg uprawnień związanych z rodzicielstwem, wprowadzać preferencyjne warunki organizacji czasu pracy, dążąc tym samym do łączenia przez nich pracy zawodowej z życiem rodzinnym, ale również gwarantować ochronę trwałości ich zatrudnienia. Zmiany społeczne przesądzają, że obecnie nie wystarczy gwarantowanie tej ochrony kobiecie w okresie ciąży i w okresie korzystania przez nią z urlopu macierzyńskiego (lub świadczenia podobnego). Objęty tą ochroną musi być również ojciec dziecka.

Proponowana nowelizacja zmierza do poprawy regulacji prawnych odnoszących się do ochrony trwałości stosunku pracy pracownika w przypadku powiększenia się jego rodziny w związku z pojawieniem się dziecka³. W tym względzie obecne uregulowanie uznać należy za niepełne, co stanowi pominięcie prawodawcze (zwane także zaniechaniem względnym albo częściowym). Pominięcie prawodawcze charakteryzuje się tym, że regulacja prawna została wydana i obowiązuje, ale jej zakres okazuje się niepełny lub zbyt wąski⁴. Obecnie z dyspozycji art. 177 k.p. wyłączona jest ochrona trwałości stosunku pracy pracownika – ojca lub pracownika – innego członka najbliższej rodziny, która – ze względu na przewidziany w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej⁵ poziom ochrony rodziny – powinna być nią objęta. Proponowana nowelizacja usunęłaby istniejące pominięcie prawodawcze dotyczące stosunku pracy tych pracowników. Trzeba również zauważyć, że obecny stan prawny godzi w szczególności w prawa kobiet nieaktywnych zawodowo. Pomija bowiem przypadek, w którym do rodziny pracownika należy nieaktywna zawodowo kobieta w okresie ciąży oraz w okresie korzystania przez nią z świadczenia rodzicielskiego⁶, a praca pracownika

¹ Ustawa z 26.06.1974 r. – Kodeks pracy (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1320 ze zm.) – dalej k.p.

² J. Czerniak-Swędzioł, *Dyskryminacja pracowników wypełniających obowiązki rodzicielskie*, „Z Problematyki Prawa Pracy i Polityki Socjalnej” 2020/1, s. 36.

³ Więcej o ochronie rodziny w obszarze prawa pracy zob. K. Serafin, *Ochrona rodziny w świetle przepisów prawa pracy*, Łódź 2018.

⁴ Por. m.in. postanowienia Trybunału Konstytucyjnego (dalej TK): z 2.12.2014 r., SK 7/14, OTK-A 2014/11, poz. 123; z 13.01.2015 r., SK 17/13, OTK-A 2015/1, poz. 5.

⁵ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.) – dalej Konstytucja.

⁶ Do 2016 r. prawo do urlopu macierzyńskiego przysługiwało tylko kobietom zatrudnionym na podstawie stosunku pracy, wykazującym opłacanie ubezpieczenia chorobowego. Dokładnie od 1.01.2016 r. zmieniło się prawo i możliwość otrzymania podobnego co do swojego *ratio legis* świadczenia rodzicielskiego, tzw. kosiniakowego, uzyskała również m.in. bezrobotna matka (art. 17c ustawy z 28.11.2003 r. o świadczeniach rodzinnych [tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 615]).

– ojca lub pracownika – innego członka najbliższej rodziny ma szczególne znaczenie dla zapewnienia stabilności ekonomicznej tej kobiety oraz samego dziecka. Z tego względu zasadne jest postulowanie rozszerzenia stosowania tych przepisów na pracownika – ojca lub pracownika – innego członka najbliższej rodziny.

2. Uzasadnienie proponowanej nowelizacji

Należy zauważyć, że zgodnie z art. 24 Konstytucji praca znajduje się pod ochroną Rzeczypospolitej Polskiej, a państwo sprawuje nadzór nad warunkami wykonywania pracy. Wyrażona w tym przepisie zasada ustrojowa umieszczająca pracę pod ochroną Rzeczypospolitej Polskiej jest normą prawną skierowaną do organów państwa, w szczególności do ustawodawcy. Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 4.10.2005 r., K 36/03⁷, uznał, że z zasady zawartej w art. 24 Konstytucji wynika obowiązek stwarzania przez państwo gwarancji ochrony pracowników, w tym ochrony przed niezgodnymi z prawem lub nieuzasadnionymi działaniami pracodawcy. Z kolei w wyroku z 18.10.2005 r., SK 48/03⁸, Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że praca świadczona w ramach szeroko rozumianego stosunku pracowniczego, zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 24 Konstytucji, pozostaje pod ochroną państwa. Oznacza to, że na państwie ciąży obowiązek ochrony pracowników jako „słabszej” strony stosunku pracy. Zmieniające się realia społeczne i gospodarcze powodują konieczność ciągłej aktualizacji norm ochronnych prawa pracy.

Należy też zauważyć, że art. 33 ust. 1 Konstytucji, zgodnie z którym „Kobieta i mężczyzna w Rzeczypospolitej Polskiej mają równe prawa w życiu rodzinnym, politycznym, społecznym i gospodarczym”, stanowi rozszerzenie, ujętej w art. 32 ust. 1 Konstytucji, ogólnej zasady równości⁹. Zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem TK zasada równości wobec prawa nakazuje równe (jednakowe) traktowanie wszystkich adresatów norm prawnych charakteryzujących się w takim samym stopniu tą samą, relewantną cechą¹⁰. Nie oznacza to bezwzględnego obowiązku ustawodawcy identycznego traktowania w każdej sytuacji wszystkich podmiotów, którym można przypisać cechę relewantną¹¹. Jednakże odstępstwo od równego traktowania podmiotów podobnych musi mieć charakter wyjątkowy i zawsze być odpowiednio uargumentowane. Ocena konstytucyjności przyjętego kryterium różnicowania oznacza według TK rozstrzygnięcie: „1) czy kryterium to pozostaje w racjonalnym związku z celem i treścią danej regulacji; 2) czy waga interesu, któremu różnicowanie ma służyć, pozostaje w odpowiedniej proporcji do wagi interesów, które zostaną naruszone w wyniku wprowadzonego różnicowania; 3) czy kryterium różnicowania pozostaje w związku z innymi wartościami, zasadami, czy normami

⁷ OTK-A 2005/9, poz. 98.

⁸ OTK-A 2005/9, poz. 101.

⁹ Zgodnie z nim: „Wszyscy są wobec prawa równi. Wszyscy mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne”.

¹⁰ Zob. wyroki TK: z 29.05.2001 r., K 5/01, OTK 2001/4, poz. 87; z 14.07.2004 r., SK 8/03, OTK-A 2004/7, poz. 65; z 5.04.2011 r., P 6/10, OTK-A 2011/3, poz. 19.

¹¹ Zob. orzeczenie TK z 18.03.1997 r., K 15/96, OTK 1997/1, poz. 8.

konstytucyjnymi, uzasadniającymi odmienne traktowanie podmiotów podobnych¹². Ustawodawca w art. 177 k.p. powiązał ochronę trwałości stosunku pracy pracownicy z okresem ciąży oraz z okresem korzystania przez nią z urlopu macierzyńskiego uwzględniając, że w tym czasie szczególnie ważne jest posiadanie przez nią poczucia bezpieczeństwa również w wymiarze socjalnym. Wobec tego także pracownik – ojciec lub pracownik – inny członek najbliższej rodziny kobiety w okresie ciąży oraz w okresie korzystania przez nią z urlopu macierzyńskiego posiada tę samą cechę relewantną co objęta w obecnym stanie prawnym ochroną stabilności stosunku pracy pracownica – matka. W mojej ocenie wspólny mianownik tworzą tu potrzeby rodziny pracowników związane z pojawieniem się nowego członka rodziny; jest to okoliczność uzasadniająca celowość wzmocnionej ochrony ich stosunku pracy. Wobec tego z punktu widzenia Konstytucji na jednakowe traktowanie zasługuje pracownica – matka, jak również pracownik – ojciec lub pracownik – inny członek najbliższej rodziny.

Owszem, genezę rozwiązania obecnego w art. 177 k.p. było pierwotnie zapewnienie pracownikom ochrony przed zwolnieniem z pracy z powodu ciąży oraz późniejszej opieki nad dzieckiem. Obecnie jednak Konstytucja w art. 71 ust. 2 mówi o zapewnianiu szczególnej pomocy matkom przed urodzeniem i po urodzeniu dziecka – bez różnicowania tej pomocy ze względu na aktywność zawodową. Dyspozycja art. 71 ust. 2 Konstytucji obejmuje zatem każdą kobietę w okresie przed urodzeniem i po urodzeniu dziecka. W mojej ocenie dyspozycja konstytucyjna zostanie w pełni zrealizowana w przypadku objęcia ochroną również stosunku pracy pracownika – ojca lub pracownika – innego członka najbliższej rodziny matki.

Nie można również zapominać, że w obszarze prawa pracy istnieje stała potrzeba wprowadzania rozwiązań rozszerzających ochronę praw pracowniczych. Uwzględniając potrzebę godzenia życia rodzinnego z pracą zawodową, należy stwierdzić, że również pracownik – ojciec lub pracownik – inny członek najbliższej rodziny powinni posiadać pewne uprawnienia, które pozwolą im włączyć się bardziej aktywnie w opiekę nad dzieckiem lub nad kobietą w okresie ciąży. Z tego względu, po odrzuceniu w ten sposób przyznawanej im tradycyjnie podrzędnej lub asystującej roli, uprawnienia pracownika – ojca lub pracownika – innego członka najbliższej rodziny powinny być niezależne od praw przyznanych matce dziecka. Podobnie, zapewnienie w tym przypadku równości kobiety i mężczyzny stanowić będzie nie tylko realizację konstytucyjnego nakazu ich równości w życiu rodzinnym, ale również środek dbania o dobro dziecka w celu zapewnienia mu integralnego i harmonijnego rozwoju.

Należy stwierdzić, że za wyłączeniem z ochrony trwałości stosunku pracy pracownika – ojca lub pracownika – innego członka najbliższej rodziny nie przemawiają żadne racje konstytucyjne. Uprawnienie przewidziane w art. 177 k.p. ma bowiem na celu nie tylko ochronę stabilności zatrudnienia kobiety w okresie ciąży oraz w okresie

¹² Wyrok TK z 20.10.1998 r., K 7/98, OTK 1998/6, poz. 96; zob. też np. wyroki TK: z 9.06.1998 r., K 28/97, OTK 1998/4, poz. 50; z 28.03.2007 r., K 40/04, OTK-A 2007/3, poz. 33; z 7.11.2007 r., K 18/06, OTK-A 2007/10, poz. 122; z 1.04.2008 r., SK 77/06, OTK-A 2008/3, poz. 39; z 18.07.2008 r., P 27/07, OTK-A 2008/6, poz. 107; z 18.11.2008 r., P 47/07, OTK-A 2008/9, poz. 156.

korzystania przez nią z urlopu macierzyńskiego, ale również ochronę takich uznanych przez Konstytucję wartości jak rodzina, rodzicielstwo czy dobro dziecka. Tylko uwzględniając te wartości, można w pełni odczytać treść normatywną zawartą w art. 177 k.p., który nie ma jedynie na celu zapobiegania dyskryminacji kobiet na rynku pracy z powodu ciąży czy późniejszego korzystania przez nie z urlopu macierzyńskiego. *Ratio legis* art. 177 k.p. jest ochrona rodziny, rodzicielstwa oraz dobra dziecka, w tym również dziecka poczętego, w okresie, w którym rodzina musi cieszyć się szczególną pomocą ze strony władz publicznych.

Uwzględnienie proponowanej nowelizacji będzie również promować równość kobiet i mężczyzn w życiu rodzinnym, zawodowym oraz społecznym. Nieobjęcie bowiem w obecnym brzmieniu art. 177 k.p. ochroną trwałości stosunku pracy również pracownika – ojca lub pracownika – innego członka najbliższej rodziny wynikało z przyjęcia przez ówczesnego ustawodawcę tradycyjnych ról społecznych, zgodnie z którymi ciąża oraz opieka nad noworodkiem stanowiły wyłącznie przedmiot troski kobiety. Obecnie jednak takie ujęcie w sposób nieuzasadniony wyklucza pracownika – ojca z aktywnego, bezpośredniego i samodzielnego udziału w tej sytuacji rodzinnej, wymagającej przecież zapewnienia zarówno wsparcia emocjonalnego, jak i poczucia stabilności ekonomicznej, którą daje praca zawodowa. Wreszcie utrata pracy wywołuje wiele negatywnych skutków emocjonalnych, ekonomicznych oraz dotyczących bezpieczeństwa rodziny. Z tych też względów ustawodawca w art. 177 k.p. w obecnym brzmieniu zapewnia stabilność stosunku pracy pracownicy. Pomija jednak innych pracowników, w których rodzinie ma miejsce takie samo wydarzenie życiowe. Nawet z perspektywy pracownicy utrata w tym okresie zatrudnienia przez pracownika – ojca lub pracownika – innego członka najbliższej rodziny będzie wywierać negatywne skutki dla rodziny. Szczególnie dotkliwe okazują się one w przypadku, w którym matka dziecka jest osobą bezrobotną lub nieaktywną zawodowo. Wreszcie okres, w którym ustawodawca w art. 177 k.p. objął pracownicę ochroną trwałości stosunku pracy, stanowi bardzo ważny etap w życiu całej rodziny. Osoby ją tworzące powinny udzielać sobie wsparcia, a nie przechodzić kryzys związany z utratą zatrudnienia przez pracownika – ojca lub pracownika – innego członka najbliższej rodziny, stąd tak ważne jest zapewnienie rodzinie w tym okresie bezpieczeństwa socjalnego.

Z tych względów, w mojej ocenie, pracownik – ojciec lub pracownik – inny członek najbliższej rodziny powinien być objęty ochroną trwałości stosunku pracy, przysługującą obecnie jedynie pracownicy. Należy bowiem uznać, że również taki pracownik, który w swojej rodzinie zapewnia matce dziecka wsparcie emocjonalne oraz poczucie bezpieczeństwa socjalnego, znajduje się w tej samej szczególnej sytuacji rodzinnej, która nakłada wymagania związane z pojawieniem się nowego członka rodziny. W obu przypadkach za przyznaniem takiej ochrony przemawiają identyczne wartości konstytucyjne (ochrona macierzyństwa, rodziny oraz rodzicielstwa; równość kobiet i mężczyzn oraz dobro dziecka). Wynika z tego, w mojej ocenie, potrzeba zrównania przez ustawodawcę sytuacji prawnej pracownika – ojca lub pracownika – innego członka najbliższej rodziny oraz pracownicy w okresie ciąży lub okresie korzystania przez nią z urlopu macierzyńskiego w zakresie (względnej) ochrony trwałości stosunku pracy. Konieczność taka wypływa z konstytucyjnej zasady równości kobiet i mężczyzn,

umożliwia promowanie godzenia życia rodzinnego z pracą zawodową przez kobiety i mężczyzn. Należy też zauważyć, że obecny brak takiego rozwiązania powoduje istnienie w praktyce zachowań dyskryminujących kobiety na rynku pracy, jak też godzi w dobro dziecka. Proponowana nowelizacja będzie sprzyjać równości między kobietami i mężczyznami w środowisku rodzinnym i pracy, pozwoli, by mężczyzna posiadał pracownicze i rodzinne gwarancje odrębne (wyłącznie ze względu na status ojca), niepowiązane z gwarancjami wobec kobiety i niezależne od jej decyzji.

Ustawodawca zwykły ze względu na brzmienie postanowień art. 18 oraz art. 71 ust. 2 Konstytucji jest zobowiązany do ustanowienia rozwiązań prawnych mających na celu ochronę rodziny, macierzyństwa, rodzicielstwa. Ze względu na art. 33 Konstytucji (ustanawiający równość kobiet i mężczyzn) oraz art. 71 ust. 1, jak też art. 47 Konstytucji (obowiązek ochrony życia rodzinnego) nie może pomijać ochrony prawnej ojcostwa. Obowiązująca Konstytucja nie wymienia „ojcostwa” jako wartości podlegającej ochronie, jednakże mówi o ochronie „rodzicielstwa” oraz nakłada na państwo obowiązek uwzględniania „dobrej rodziny”. Proponowana nowelizacja związana jest ze zmianą realiów społecznych powodującą, że ustanowione w ubiegłym wieku rozwiązania prawne mające na celu ochronę macierzyństwa i zapobieganie dyskryminacji kobiet na rynku pracy zachowują swoją zasadność, muszą być jednak rozwinięte w dwóch kierunkach.

Konstytucja pozwala uznać, że obowiązek państwa w tym względzie wykracza poza ochronę trwałości stosunku pracy matki dziecka oraz ochronę jej przed dyskryminacją na rynku pracy i powinien objąć również ochronę życia rodzinnego (art. 47 Konstytucji), wspieranie rodziny (art. 71 ust. 1 Konstytucji w zw. z art. 18 Konstytucji), jak też ochronę praw dziecka. Obowiązek państwa musi uwzględniać konieczność wzmocnienia równego uczestniczenia obojga rodziców w opiece nad dzieckiem oraz nieróżnicowanie ze względu na płeć możliwości łączenia życia rodzinnego, osobistego i pracy oraz wspierać zmianę tradycyjnego modelu podziału obowiązków rodzinnych w celu zapewnienia równości płci.

Ustrojowo można wskazać, że istnieją wyraźne podstawy konstytucyjne do rozszerzenia ochrony trwałości stosunku pracy również na pracownika – ojca lub pracownika – innego członka najbliższej rodziny. Konstytucja w art. 18 stanowi, że: „Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej”. Wymieniony tu obowiązek „ochrony” oraz „opieki” został uszczegółowiony w art. 71 Konstytucji. Obowiązek uwzględniania przez państwo „dobrej rodziny” w swojej polityce społecznej i gospodarczej wynika *expressis verbis* z art. 71 ust. 1 Konstytucji. Ustrojodawca przewidział, że: „Rodziny znajdujące się w trudnej sytuacji materialnej i społecznej, zwłaszcza wielodzietne i niepełne, mają prawo do szczególnej pomocy ze strony władz publicznych” (ust. 1). Przepis art. 71 ust. 1 Konstytucji określa minimalny standard ochrony rodzin, który nie może zostać obniżony w drodze ustawy zwykłej i którego naruszenie może stanowić podstawę zarzutu niekonstytucyjności. W wyroku z 8.05.2001 r., P 15/00¹³, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że przepis

¹³ OTK 2001/4, poz. 83.

art. 71 ust. 1 Konstytucji formułuje powinność oraz standard działania organów władzy zarówno prawodawczych, jak i stosujących prawo. Ustrojodawca w art. 71 ust. 1 w sposób wyraźny wskazał obowiązek troski o dobro rodziny, podkreślając, że rodziny pozostające w trudnej sytuacji materialnej i życiowej mają prawo do korzystania z pomocy wykraczającej poza zakres zwykłej opieki ze strony państwa.

Odrębnie Konstytucja przewiduje, że „Matka przed i po urodzeniu dziecka ma prawo do szczególnej pomocy władz publicznych” (art. 71 ust. 2), przy czym w tym przypadku zakres tego prawa określa ustawa. Obowiązek ten w prawie pracy, wynikający również z wiążących Rzeczpospolitą Polską umów międzynarodowych, jest wykonywany m.in. przez ochronę matki przed urodzeniem i po urodzeniu dziecka przed utratą pracy z powodu ciąży lub sprawowania opieki nad dzieckiem. W tym zakresie art. 177 k.p. w obecnym brzmieniu ma wymiar gwarancyjny, bowiem jednym z najczęstszych przejawów dyskryminacji ze względu na płeć było i jest nieuzasadnione zwalnianie z pracy kobiet w ciąży w związku z niedogodnościami i kosztami, jakie ich stan niesie dla pracodawcy. Prawo pracy powinno jednak nie tylko gwarantować pracownicy ochronę przed dyskryminacją na rynku pracy z powodu macierzyństwa, ale winno również zapewniać stabilizację jej życia w wymiarze ekonomicznym, co obecnie jest gwarantowane jedynie częściowo – z uwagi na nieuwzględnianie pracownika – ojca lub pracownika – innego członka najbliższej rodziny. Ustawodawca nie bierze bowiem pod uwagę, że również trwałość stosunku pracy ojca dziecka ma znaczenie dla kobiety w ciąży oraz w okresie korzystania przez nią z urlopu macierzyńskiego. Utrata pracy przez pracownika – ojca w tym okresie może negatywnie wpłynąć na dobro rodziny, która przecież również znajduje się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej. Niezależnie od tego ze względu na sam konstytucyjny obowiązek udzielania szczególnej pomocy matce przed urodzeniem i po urodzeniu dziecka ustawodawca powinien dążyć do uwzględnienia różnych stanów faktycznych.

Obecnie ustawodawca musi również uwzględniać potrzebę łączenia życia rodzinnego, prywatnego oraz pracy w równym stopniu przez kobiety i mężczyzn. Zgodnie z art. 33 ust. 1 Konstytucji „Kobieta i mężczyzna w Rzeczypospolitej Polskiej mają równe prawa w życiu rodzinnym, politycznym, społecznym i gospodarczym”. Wynika z tego konstytucyjny obowiązek ustawodawcy zwykłego do niestanowienia rozwiązań prawnych, które powodowałyby nierówność kobiet i mężczyzn, jak też zobowiązanie do zmiany przepisów, które różnicują w sposób nieuzasadniony sytuację prawną kobiet i mężczyzn. Szczególne znaczenie ma to w przypadku życia rodzinnego oraz rodzicielstwa. Wiąże się to również z wynikającym z art. 72 Konstytucji obowiązkiem ochrony praw dziecka, bowiem Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 16.07.2007 r., SK 61/06¹⁴, wskazał, że „Zgodnie z powszechnie przyjętym poglądem najpełniejsza realizacja zasady dobra dziecka dokonywać się może poprzez zapewnienie możliwości jego wychowania w rodzinie (...)”¹⁵. Stąd szczególne znaczenie ma przyjmowanie w obszarze odnoszącym się do rodziny, macierzyństwa oraz rodzicielstwa takich rozwiązań, które będą przyczyniać się do możliwości łączenia życia

¹⁴ OTK-A 2007/7, poz. 77.

¹⁵ Zob. także wyroki TK: z 17.04.2007 r., SK 20/05, OTK-A 2007/4, poz. 38; z 28.04.2003 r., K 18/02, OTK-A 2003/4, poz. 32.

rodzinnego z pracą zawodową, do równości małżonków, a w przypadku wychowania dzieci będą uwzględniać ich dobro oraz zapewniać ich integralny i niezakłócony rozwój. Obowiązek podejmowania przez ustawodawcę działań na rzecz tworzenia równych możliwości łączenia życia rodzinnego, prywatnego oraz zawodowego przez kobiety i mężczyzn wynika również z prawa międzynarodowego. Należy zauważyć, że można obecnie mówić o wzroście tendencji normatywnej związanej z podejmowaniem działań na rzecz pogodzenia życia rodzinnego i pracy, by w ten sposób zapewnić równe szanse kobiet i mężczyzn na rynku pracy, jak też osiągnąć sprawiedliwy podział obowiązków między małżonkami w rodzinie, co pomaga w łączeniu życia rodzinnego z pracą zawodową. Ustawodawca w ostatnich latach wprowadził szereg zmian umożliwiających pogodzenie pracy zawodowej z życiem rodzinnym. Przykładowo w ustawie z 24.07.2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks pracy oraz niektórych innych ustaw¹⁶ ustawodawca m.in. uprościł i uelastycznił system urlopów związanych z rodzicielstwem oraz umożliwił rodzicom i opiekunom dziecka dzielenie się uprawnieniami związanymi z opieką nad dzieckiem w przypadku, gdy jedno z nich ma status pracownika, drugie natomiast objęte jest ubezpieczeniem społecznym w razie choroby i macierzyństwa na innej podstawie niż stosunek pracy (np. z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej). Wymieniona ustawa rozszerzyła również krąg osób uprawnionych do urlopu macierzyńskiego oraz urlopu rodzicielskiego o pracownika, innego niż pracownik – ojciec wychowujący dziecko, członka najbliższej rodziny. Później w wyniku przyjęcia ustawy z 16.05.2019 r.¹⁷ rozszerzono na te osoby ochronę trwałości stosunku pracy. Stąd obecnie art. 177 § 5 k.p. przewiduje odpowiednie stosowanie przepisów zakazujących wypowiedzenia i rozwiązania umowy o pracę pracownika – ojca lub pracownika – innego członka najbliższej rodziny w okresie korzystania przez nich z urlopu macierzyńskiego¹⁸.

Należy zauważyć, że obecnie łączenie życia rodzinnego oraz pracy zawodowej nie może być sprowadzane jedynie do promowania aktywności zawodowej kobiety, ochrony przed dyskryminacją w miejscu pracy ze względu na płeć oraz ustanowienia skutecznych procedur prawnych w takich przypadkach. Powinno się również zwracać uwagę na to, by także pracownik – ojciec mógł łączyć pracę zawodową z czynnym uczestnictwem w życiu swojej rodziny, by miał on rzeczywistą możliwość łączenia swoich obowiązków rodzinnych z zawodowymi. W obszarze prawa pracy powinno się więc kłaść nacisk na promowanie pogodzenia życia rodzinnego i pracy zawodowej

¹⁶ Dz.U. z 2015 r. poz. 1268 ze zm.

¹⁷ Ustawa z 16.05.2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks pracy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2019 r. poz. 1043).

¹⁸ Przy czym pracownik – inny członek najbliższej rodziny może korzystać z urlopu macierzyńskiego w czterech szczególnych sytuacjach: 1) gdy matka dziecka, będąca pracownicą albo ubezpieczoną (tj. osobą niebędącą pracownicą, objętą ubezpieczeniem społecznym w razie choroby i macierzyństwa, określonym w ustawie z 13.10.1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych [tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 423 ze zm.]), legitymuje się orzeczeniem o niezdolności do samodzielnej egzystencji; 2) gdy matka dziecka, będąca pracownicą albo ubezpieczoną, przebywa w szpitalu albo innym zakładzie leczniczym podmiotu leczniczego wykonującego działalność leczniczą w rodzaju stacjonarne i całodobowe świadczenia zdrowotne, ze względu na stan zdrowia uniemożliwiający jej sprawowanie osobistej opieki nad dzieckiem; 3) w przypadku zgonu matki dziecka; 4) w przypadku porzucenia dziecka przez matkę. Przepisy te, na podstawie art. 182¹⁸ k.p., stosuje się odpowiednio również do urlopu rodzicielskiego.

przez oboje rodziców. Tylko takie rozwiązania są bowiem zgodne z konstytucyjną zasadą równości kobiet i mężczyzn oraz z wyrażonym w niej zakazem dyskryminacji. Dodanie § 6 w niżej proponowanym brzmieniu do art. 177 k.p. pozwoliłoby na rzeczywiste zrównanie sytuacji kobiet i mężczyzn na rynku pracy. Usunęłoby mianowicie istniejącą obecnie przesłankę do praktycznej dyskryminacji kobiet w zatrudnieniu przez pracodawców związaną z ich obawą, że rozwiązanie stosunku pracy będzie utrudnione z powodu ciąży lub korzystania z urlopu macierzyńskiego; taką samą bowiem obawę pracodawca w przypadku proponowanej nowelizacji mógłby mieć również wobec mężczyzn. Nowelizacja w proponowanym kształcie sprzyjałaby utrwaleniu modelu rodziny, w której oboje rodzice łączą życie rodzinne z pracą zawodową. Skutek proponowanej zmiany jest zatem zgodny z prowadzoną polityką społeczną, której cel to ułatwienie godzenia pracy z obowiązками rodzinnymi. Stanowi odpowiedź na wyzwania związane z problemami demograficznymi, które stoją przed polskim społeczeństwem. Rozciągnięcie ochrony trwałości stosunku pracy na pracownika – ojca lub pracownika – innego członka najbliższej rodziny pozwoli również na zwiększenie zaangażowania się tych osób w proces opieki nad dzieckiem, a w okresie ciąży kobiety – nad matką jeszcze nienarodzonego dziecka. Tylko bowiem promowanie aktywnego zaangażowania drugiego z rodziców w tym szczególnym okresie, o którym mowa w art. 177 k.p., może się przyczynić do zaistnienia zmian społecznych niezbędnych do łączenia życia rodzinnego i zawodowego, a także do rzeczywistej równości między kobietami i mężczyznami w sferze zatrudnienia. Umożliwi również zwiększenie poczucia współodpowiedzialności tych osób za rodzinę. Okres oczekiwania na pojawienie się nowego członka rodziny i pierwsze miesiące życia dziecka oddziałują bowiem w równym stopniu w przypadku zdrowych relacji rodzinnych na sytuację kobiety, jak i jej męża. Wynika to z tego, że w związku powstaje sytuacja wymagająca zapewniania szczególnego wsparcia, nie tylko psychicznego, ale także materialnego, żonie. Stąd też państwo ma obowiązek uwzględnić i w równym stopniu chronić prawa pracownicze obojga rodziców bez dyskryminacji żadnego z nich. Nowelizacja zniosłaby istniejące pominięcie roli odgrywanej przez pracownika – ojca lub pracownika – innego członka najbliższej rodziny.

Szczególnie pozytywne skutki społeczne nowelizacja będzie mieć w przypadku, gdy taki pracownik jest jedyną osobą aktywną zawodowo w gospodarstwie domowym. Utrata przez niego pracy w równie negatywny sposób oddziałuje na spójność nowej rodziny i na dobro dziecka jak w wypadku utraty pracy przez pracownicę, która jednak takiej ochronie obecnie podlega. Skorzystanie z możliwości otrzymania zasiłku dla bezrobotnych czy świadczeń z pomocy społecznej w każdym przypadku świadczy o pogorszeniu poziomu życia rodziny. Złego stanu warunków bytowych rodziny nie usuwa to, że bezrobotna matka ma od 2016 r. prawo do zasiłku rodzicielskiego. W tym względzie proponowane rozwiązanie stanowiłoby również realizację dyrektywy wynikającej z art. 38 Konstytucji, która nakłada na państwo obowiązek prawnej ochrony życia, co obejmuje również zapewnienie każdemu niezbędnego minimum, pozwalającego na godne życie. Stąd zasadne jest rozciągnięcie, przez wzgląd na dobro rodziny i dziecka, takiej ochrony także na pracownika – ojca lub pracownika – innego członka najbliższej rodziny

3. Zakończenie

Uwzględniając przedstawione powyżej argumenty poddaje pod rozwałę propozycję dodania do art. 177 Kodeksu pracy paragrafu 6 o następującym brzmieniu: „Przepisy § 1, 2, 3, 31 i 4 stosuje się odpowiednio także do pracownika – ojca lub pracownika – innego członka najbliższej rodziny w okresie ciąży pracownicy, a także w okresie urlopu macierzyńskiego pracownicy lub innej osoby uprawnionej do korzystania z urlopu macierzyńskiego”. Artykuł 177 k.p. w wyniku przyjęcia proponowanej zmiany nie byłby już jedynie przepisem mającym na celu ochronę pracownicy przed dyskryminacją na rynku pracy, ale elementem zapewnienia trwałości stosunku pracy każdego pracownika w celu ochrony rodziny oraz dobra dziecka. Przepis ten uzupełniony o § 6 sprzyałby również równości kobiet i mężczyzn, jak też stanowiłby kolejne rozwiązanie zgodne z pronatalistyczną polityką państwa. Ponadto służyłby ochronie wartości konstytucyjnej, jaką jest rodzina, oraz realizowałby spoczywający na państwie obowiązek jej ochrony. W przypadku uwzględnienia przedstawionej propozycji możliwe będzie zapewnienie rodzinie, która oczekuje na pojawienie się lub wychowanie dziecka, zabezpieczenia sytuacji również w wymiarze bytowym. Uzasadnienie proponowanej zmiany można także odnaleźć w prawie międzynarodowym¹⁹. Powszechna Deklaracja Praw Człowieka uchwalona 10.12.1948 r. w art. 16 stanowi, że państwo ma obowiązek zagwarantowania każdej rodzinie prawa do ochrony, gdyż rodzinę uznaje się za naturalną i podstawową komórkę społeczeństwa. W odniesieniu do uprawnień rodzicielskich Konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych z 18.12.1979 r. w swej preambule wyraźnie wskazuje, że „tradycyjna rola mężczyzn w rodzinie i społeczeństwie powinna ulegać ewolucji, podobnie jak rola kobiety, i że jest to warunkiem osiągnięcia pełnej równości mężczyzn i kobiet”²⁰. W Konwencji o Prawach Dziecka przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych z 20.11.1989 r.²¹ zaznaczono, że oboje rodzice ponoszą wspólną odpowiedzialność za wychowanie i rozwój dziecka oraz że jak najlepsze zabezpieczenie interesów dziecka powinno być przedmiotem ich największej troski (art. 18 ust. 1). Oprócz tego proponowane rozwiązanie może też realizować wynikający z art. 33 ust. 1 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej²² (UE) obowiązek zapewnienia rodzinie ochrony prawnej, ekonomicznej. Należy też zauważyć, że zgodnie z art. 23 zd. 1 Karty Praw Podstawowych UE równość kobiet i mężczyzn winna być zapewniona we wszystkich dziedzinach, w tym w zakresie zatrudnienia, pracy i wynagrodzenia. Zagadnienie to rozwinęto w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1158 z 20.06.2019 r. w sprawie równowagi między życiem zawodowym

¹⁹ Zob. szerzej: T. Świętnicki, *Ochrona trwałości stosunku pracy na arenie międzynarodowej*, „Roczniki Administracji i Prawa” 2019/2(XIX), s. 253–265; M.J. Zieliński, *Zróżnicowanie powszechnej ochrony trwałości stosunku pracy w zależności od rodzaju umowy o pracę w świetle prawa międzynarodowego i prawa UE*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2017/7, s. 11–22.

²⁰ Dz.U. z 1982 r. Nr 10, poz. 71.

²¹ Dz.U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526 ze zm.

²² Dz.Urz. UE C 303 z 14.12.2007 r., s. 1.

a prywatnym rodziców i opiekunów oraz uchylającej dyrektywę Rady 2010/18/UE²³, gdzie wskazano, że „Polityki dotyczące równowagi między życiem zawodowym a prywatnym powinny przyczyniać się do osiągnięcia równości płci przez wspieranie uczestnictwa kobiet w rynku pracy, równego podziału obowiązków opiekuńczych między mężczyzn i kobiety oraz zmniejszania różnic w wynagradzaniu kobiet i mężczyzn. W politykach tych powinno uwzględniać się zmiany demograficzne, w tym skutki starzenia się społeczeństwa”.

Bibliografia

1. Czerniak-Swędzioł J., *Dyskryminacja pracowników wypełniających obowiązki rodzicielskie*, Z Problematyki Prawa Pracy i Polityki Socjalnej 2020, t. 1.
2. Serafin K., *Ochrona rodziny w świetle przepisów prawa pracy*, Łódź 2018.
3. Świętnicki T., *Ochrona trwałości stosunku pracy na arenie międzynarodowej*, Roczniki Administracji i Prawa 2019, nr XIX, z. 2.
4. Zieliński M.J., *Zróżnicowanie powszechnej ochrony trwałości stosunku pracy w zależności od rodzaju umowy o pracę w świetle prawa międzynarodowego i prawa UE*, Praca i Zabezpieczenie Społeczne 2017, nr 7.

²³Dz.Urz. UE. L 188 z 12.07.2019 r., s. 79.

Edit Írisz Horváth

Procedural Principles for Effective Legal Protection in Administrative Proceedings

Zasady proceduralne skutecznej ochrony prawnej w postępowaniu administracyjnym

Abstract

In addition to certain detailed rules of procedures, court proceedings are permeated by principles. They can be clustered into diverse groups, as the legislators of each procedural code attribute different roles to the respective principles. Effective redress, due process and other principles compete with each other, and the legislators must choose which principles should be prioritized in the specific time in order to meet the social, political, and economic set-up of the era. This is true in general for all court procedures, especially for codes of administrative procedure, since these provide control over the executive branch. Thus, the goal of all codes of administrative procedure should be to provide an “unbroken” system of judicial protection. Nevertheless, ways and means have been different in each state when inventing how this is to be achieved.

The present study aims to examine principles guiding procedures prevailing in the administrative proceedings in Hungary and Poland. The analysis of the procedural principles will certainly show what principles are currently pursued in Europe to ensure effective legal protection.

Keywords: procedural principles, administrative litigation in Poland, administrative litigation in Hungary, effective legal protection in administrative proceedings

Dr. Edit Írisz Horváth PhD, associate professor, Pázmány Péter Catholic University, Faculty of Law and Political Sciences, Hungary, ORCID: 0000-0002-9277-6329, e-mail: horvath.edit.irisz@jak.ppke.hu

The manuscript was submitted by the author on: 3 January 2022; the manuscript was accepted for publication on: 9 May 2022.

Streszczenie

Poza pewnymi szczegółowymi wyjątkami postępowanie sądowe rządzi się swoimi zasadami. Można je łączyć w różne grupy, ponieważ ustawodawcy każdego kodeksu proceduralnego przypisują odmienne role poszczególnym zasadom. Dokonuje się oceny, co jest ważniejsze: skuteczne zadośćuczynienie, sprawiedliwy proces czy inne zasady. Ustawodawcy muszą dokonać wyboru, którym zasadom należy nadać priorytet w określonym czasie, aby sprostać społecznym, politycznym i ekonomicznym wyzwaniom danej epoki. Dotyczy to generalnie wszystkich procedur sądowych, zwłaszcza kodeksów postępowania administracyjnego, ponieważ zapewniają one kontrolę nad władzą wykonawczą. Zatem celem wszystkich kodeksów postępowania administracyjnego powinno być zapewnienie „nieprzerwanego” systemu ochrony sądowej. Sposoby i środki, za pomocą których to osiągnąć, były jednak różne i właściwe dla poszczególnych krajów.

Niniejsze opracowanie ma na celu zbadanie zasad rządzących procedurami panującymi w postępowaniu administracyjnym na Węgrzech i w Polsce. Analiza zasad proceduralnych z pewnością pokaże, jakie zasady są obecnie realizowane w Europie w celu zapewnienia skutecznej ochrony prawnej.

Słowa kluczowe: zasady proceduralne, spory administracyjne w Polsce, spory administracyjne na Węgrzech, skuteczna ochrona prawna w postępowaniu administracyjnym

1. Introduction

In all walks of life, every person encounters offices and authorities which establish general and particular rights and obligations. These offices and authorities are pillars of the administrative system while exercising their executive power.

To foster efficacy in administration, there is a general need for municipal administration as well as for the protection of legality within administration. Judicial control over the administration can be regarded as one of the preconditions to comply with this legality. In certain countries, such legality is manifested in the work of either an independent administrative court, or as part of the civil jurisdiction. Due to their nature, administrative authorities generally establish rights and obligations for themselves. No such perfect state exists which, by mere means of internal control, would be able to eliminate bias in every action. Bringing infringements to an end, moreover, eliminating breach of law cannot be left with the interested parties. It shall be ensured by law enforcement via external control, precisely, by an independent judicial organ¹.

As the history of legal development proves, control can be most effective when the revision of the administrative actions is delegated to independent courts. Moreover, the judicial control of the administrative decisions should cover not just certain, but most of the cases, especially those which are the relevant cases for the citizens².

It is a measure of constitutionality whether a state allows or not, and if it does, to what extent to submit itself to the control of an independent court as mentioned above. There are three criteria of a constitutional state:

- distribution of the state powers,
- unconditional rule of law, and
- self-restraint of the state derived from the above two criteria³.

Meeting the third criterion presupposes the existence of the administrative jurisdiction. The existence of the latter is at least as important as that of the constitutional court, while its impact on the citizens' everyday life of is much higher. This cannot be regarded as a simple solution as provided by state administration affecting the structure of the state organization, but much rather a new opinion of the civil society about acts, the law and the authorities. Today there is no greater offense than declaring that an act is unconstitutional and that an administrative decision breaks the law, hence both must be annulled⁴.

According to those stated above, administrative jurisdiction is one of the guarantees for civil legal security. However, a state needs to "get mature" in order to avail this and every other legal guaranty.

István Stipta identified three preconditions listed below which should be granted to establish judicial control over public administration:

- administration and jurisdiction should be isolated from each other pursuant to the constitution;

¹G. Kozma, F. Petrik, *Közigazgatási perek a gyakorlatban*. Budapest 1994, p. 10.

²G. Kozma, F. Petrik, *Közigazgatási...*

³G. Kozma, F. Petrik, *Közigazgatási...*, p. 9.

⁴G. Kozma, F. Petrik, *Közigazgatási...*

- the customary character of the administrative rules should be eliminated: instead, the range of the state actions should be regulated by acts and their activity should be determined by decrees at the lowest;
- there should be a social expectation to protect civil rights: the opinion which stresses the primacy of the state interest should be pushed into background⁵.

These preconditions were met in certain states in different times and in different forms. Thus, it can be assumed that every state has its own administrative jurisdiction specific in its structure and operation.

In addition to certain detailed rules of procedures, court proceedings are permeated by principles. They can be clustered into diverse groups, as the legislators of each procedural code attributed different roles to the respective principles. Effective redress, due process and other principles compete with each other, and the legislators must choose which principles should be prioritized in the specific time in order to meet the social, political, and economic set-up of the era. This is true in general for all court procedures, especially for codes of administrative procedure, since these provide control over the executive branch. Thus, the goal of all codes of administrative procedure should be to provide an “unbroken” system of judicial protection. Nevertheless, ways and means have been different in each state when inventing how to achieve this.

The present study aims to examine principles guiding procedures prevailing in the administrative proceedings in Hungary and Poland. The analysis of the procedural principles will certainly show what principles are currently pursued in Europe to ensure effective legal protection. From this, we can draw conclusions about current trends in administrative proceedings, and this may also provide some guidance in mapping of the future developments.

2. On procedural principles in general

The jurisprudence of court proceedings is not uniform when considering the nature, scheme, or content of the principles. Determining the number of the existing principles or whether that the different names cover the same principle would be a time-consuming task of substantial volume. It is obvious, however, that the principles always revolve around the most important problems of litigation and seek answers to questions that cannot be explained by a single item of legislation or one specific legal institution. As the world changes constantly, so do the principles following these changes, each principle appearing and disappearing from time to time.

At the same time, constant change affects each principle, resulting in somewhat different content at each stage of their existence. In addition to constant change, Miklós Kengyel sees just one constant thing about these principles: the procedural problem that can be grasped or expressed in them, such as the relationship between the court and the parties, the truth, equal opportunities, or the efficiency of dispute resolution, etc.⁶

⁵I. Stipta, *A magyar bírósági rendszer története*, Debrecen 1997, p. 136.

⁶M. Kengyel, *Magyar polgári eljárásjog*, Budapest 2014, p. 70.

Legal literature does not present uniformity as to the exact functioning and character of the principles. There is quite a number of legal scholars who attribute normative character to these principles. They sustain the idea that this normative character should be present both in legislation and in law enforcement. In this opinion the principles provide certain direction for the future regulation of the proceedings in legislation, whereas in law enforcement, in case of doubt, they fill the gap: that of the absence of a legal interpretation or appropriate legal provision. Because of the constant change in the principles, other legal scholars sustain that there is no normative character in these. They only recognize the role of principles in the interpretation of the law⁷. This, rather theoretical, debate is settled by national legislators in most of the cases: by focusing on the normative character mostly. In addition, the various documents of international law and the related case law are of great help in revealing the content of each principle.

On concluding the present study, an attempt is made to create a comparative analysis regarding the content of each principle.

3. Procedural principles of the Hungarian Code of Administrative Procedure

3.1. Historical overview: the administrative jurisdiction in Hungary

The three preconditions for establishing judicial control over administration as mentioned above had to come into being so that the necessity for administrative jurisdiction could be formulated at all in Hungary.

Before 1848, due to the lack of these three preconditions, proper administrative jurisdiction had not existed in Hungary. The changes in 1848 generated relevant conditions for legal defence against administrative actions, yet April Laws of 1848 could not have real impact to this, due to the tragic end of the revolution and war of independence. Thus, the outlines and the principal demand for administrative jurisdiction could only be laid down. After the Austro-Hungarian Compromise of 1867, implementing the acts from 1848 became possible, and the ideas about state organization gained clarity. The contemporary ruling party did not plan the establishment of the administrative jurisdiction at that time. Specifically, they feared that the administrative court would weaken the state will, that it would control the ministerial self-sufficiency, enhancing separation in times when the country was divided either nationally or politically. Neither did the opposition, though defining itself as public law, demanded the establishment of an institute which would limit the power of the government; they rather concentrated on questions they deemed to be more urgent⁸. There was considerable theoretical uncertainty about this question, academic debates clarifying the concept were missing as well.

Following the establishment of the Financial Administrative Court in 1883, the preparatory work for creating general administrative jurisdiction started to progress.

⁷M. Kengyel, *Magyar...*

⁸E.g. the criticism of the compromise, the autonomy of the counties and the principle of election.

As a result, by Act XXVI of 1896, the Hungarian Royal Administrative Court was established, into which the Financial Administrative Court was incorporated and held equal status with the president of the Curia; the judges of this court had to comply with highly professional requirements. The court had a written procedure with only one instance, but with authority of reformation⁹. The competence of the court was laid down in an itemized list. However, this list was modified more than a hundred times. It can be generally assumed that about 80% of administrative decisions could have been reviewed by the Hungarian Royal Administrative Court¹⁰. In practice, most of the cases were tax and duty related, even cases in connection to the entitlement of representatives to duties and pension¹¹. During the 50-year or even longer existence of the Hungarian Royal Administrative Court the intention was strong and there were attempts to broaden the procedure with further instances, or to connect the court with the general court system, yet all without practical accomplishment.

Between 1949 and 1989, administrative jurisdiction as such was non-existent in Hungary, apart from a few, sporadic cases.

After the regime change, in 1989 the legislators created constitutional basis for the exercise of administrative jurisdiction by amending the Constitution. As a result, administrative jurisdiction revived in 1991, when the Hungarian Constitutional Court provided for creating the necessary condition for establishing judicial control over the administrative decisions.

Act XXVI of 1991 was not a single act, but a modification of three acts (Act on Administrative Proceedings, Act on Code of Civil Procedure and Act on Court Organization). Thus, the main rules of the administrative jurisdiction were laid down in the Code of Civil Procedure. Chapter XX of the Code of Civil Procedure was applied to actions for the review of administrative decisions. Administrative actions were brought by the client or by any other party to the proceeding concerning provisions expressly pertaining to them. The claim was submitted against the administrative body that had brought the decision to be reviewed. (327.§ Par. (2)) The court procedure had a lot of own rules (i.e. they were different from the general rules) and to some extent a foreign body in the Code of Civil Procedure. This statement is supported by the fact that these rules were amended several times, and from time to time the idea of creating an independent administrative jurisdiction reappeared.

On the initiative of András Patyi¹², the Hungarian Government deemed that the time had come in 2014 to deal substantially with the hitherto undeservedly neglected area of administrative justice. The Government legislated on the procedural code of public administration by Government resolution 1011/2015. (I.22.), followed by resolution 1352/2015. (VI.2.) on certain tasks connected to the preparation of the act on the procedural code of public administration and the act on general administrative

⁹ See more on the procedure: T. Csiba, *A közigazgatási bíráskodás alapvető kérdései* [in:] *Közigazgatási bíráskodás*, M. Imre (ed.), Budapest 2007, pp. 24–25.

¹⁰ D. Kiss, *A közigazgatási perek* [in:] *A polgári perrendtartás magyarázata*, J. Németh (ed.), Budapest 1999, p. 1356.

¹¹ M. Kengyel, *Magyar...*, p. 424.

¹² A. Patyi, *A magyar közigazgatási bíráskodás elmélete és története. Institutiones administrationis. A magyar közigazgatás és közigazgatási jog általános tanai*, VIII. kötet, Budapest 2019, p. 309.

regulations. It was along the principles laid down in these two resolutions that further acts were prepared: Act T/12233 concerning general administrative regulations and the Act concerning proposals on the restructuring of the court system, and Act T/12234 on administrative procedure. Both the act on administrative regulation and on the procedural code of public administration were sent for debate to the National Assembly and were both passed with a simple majority on 6 December 2016. Eventually, the act concerning the restructuring of the court system was not sent to the Assembly. The reason was that the Ministry of Justice was still conducting political negotiations with the representatives of the parliamentary parties when the above-mentioned two acts were passed.

Pursuant to Art. 6 par. (4) of the Constitution, János Áder, the president of the republic, requested the Constitutional Court to rule on the constitutionality of the act and its being compatible with public law of Art. 7 par. (4) and Art. 12 par. (2) pts. a) and c) of the Act on the procedural code of public administration passed by the National Assembly on 7 December 2016, not promulgated as of that time. The president of the republic furthermore requested the Court to evaluate whether promulgation of the above questioned legislative proposals is constitutional.

The Constitutional Court, through Constitutional Court decision 1/2017. (I.17.) found Art. 7 par. (4) and Art. 12 par. (2) pts. a) and c) of the Act on the procedural code of public administration, passed by the National Assembly on 6 December 2016, to contravene the Constitution, and as such, inappropriate for promulgation. The Constitutional Court made the decision public on 13 January 2017¹³.

Based on decision 1/2017. (I. 17.) of the Constitutional Court, the National Assembly eventually modified several provisions in the Act on the procedural code of public administration and passed the law again, which was then promulgated on 1 March 2017 as Act I/2017 on the procedural code of public administration, which became effective, as per initial plans, on 1 January 2018.

Thus, since 1 January 2018, Hungary has a new Code of Civil Procedures (hereinafter: HCCP) and a new Code of Administrative Court Procedure (hereinafter: HCAP). Both have special rules when compared with the previous regulation. These acts are still in their early stages of life, also bearing “childhood diseases”. It is the stage of minor or even major modifications by assessing and revising goals and practices.

3.2. Principles in the HCAP

The goal of the HCAP is to provide redress and legal protection against unlawful activities in public administration. HCAP shall apply to administrative lawsuits and other administrative court proceedings for adjudging administrative disputes; nevertheless, it is not applicable in administrative disputes where the law orders apply other court procedural rules.

¹³ More about the decision of the Constitutional Court: E.Í. Horváth, *Decision of the Constitutional Court on the Act on Procedural Code of Public Administration (Taken Prior to the Act's Promulgation)* [in:] *Hungarian Yearbook of International Law and European Law* 2017, M. Szabó, P.L. Láncoš, R. Varga (eds.), Hague 2018, pp. 551–567.

Somewhat deviating from the main procedural codes, the HCAP does not contain provisions of principle in the strict, traditional sense of the word, nevertheless sets out in one section the duties of the courts (Section 2) and the obligations of the parties (Section 3), thereby setting out the general requirements of the procedure.

3.2.1. Duties of the court

The legislator designates the first task of the courts: providing **effective legal protection** based on common European constitutional traditions and as provided by Article 28 of the Basic Law. The provision of effective legal protection is also mentioned in the Preamble of the HCAP itself as one of its goals.

The provision of legal protection by the court must be exercised against public administration or an administrative activity that requires separation from public administration (organizational, management, leadership) and a right or interest protected by law which needs to be protected. Ensuring effective legal protection as the task of the court must therefore be two-fold: subjective and objective.

The provision of subjective legal protection is related to the principle of disposition, while objective legal protection appears as a breakthrough of the principle of disposition, through which the court will have the opportunity to take *ex officio* proceedings or take certain procedural measures of its own motion. In this two-fold activity, the court must find the delicate balance with which subjective and objective legal protection can still be achieved while effectively ensuring equality of arms. According to Krisztina Rozsnyai, the principle of effective legal protection imposes three requirements on the courts in terms of content, encompassing their entire judicial activity: they are obliged to provide gap-free and timely effective legal protection, keeping in mind the equality of arms¹⁴.

The principle of **fair proceeding** serves to enforce procedural truth and to allow proceedings to be conducted in accordance with the rule of law. Under Article 6 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms signed in Rome on 4 November 1950, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Section XXVIII, paragraph (1) of the Hungarian Basic Law states that everyone has the right to have their rights and obligations heard by a court in a fair and public hearing within a reasonable time. Hungarian legislature tried to fulfil these obligations when the requirement of fair process was included among the rules of the HCAP. Gábor Gadó points out that the different codes of procedures themselves ensure fairness of the proceedings by the principle of fair proceedings. As main substantive elements of procedural justice he lists the regulation in accordance with the principle of legal certainty, the independent (impartial) procedure of the judge, the observance of the parties' right to self-determination and the fair and equitable distribution of

¹⁴K. Rozsnyai, *Tisztességes ügyintézés – tisztességes eljárás*. Presentation, was taken at the event "Jubileumi Konferenciák az ELTE ÁJK Alapításának 350. évfordulója alkalmából" on 5 May 2017 on the conference "Új eljárásjogi kódexeink II.: Általános Közigazgatási Rendtartás és Közigazgatási Perrendtartás".

advantages and disadvantages based on reciprocity¹⁵. In the context of a fair trial, therefore, the main duty of the court is to ensure that its proceedings comply with the principles of the HCAP.

A fair trial serves to enforce procedural truth and to allow proceedings to be conducted in accordance with the rule of law, but is not sufficient itself to ensure that the outcome of the proceedings is correct in all cases. Therefore, the right to appeal is guaranteed in the Basic Law.

The Hungarian Constitutional Court has examined the principle of fair process in several decisions¹⁶, based on which we can state that the principle of fair process is not an absolute principle against which no other right or principle can be considered, but rather a procedural guarantee that exists in relation to its content. It follows that the application of the principle of fair process can be examined on a case-by-case basis; whether the procedure was fair or not can only be determined by considering all the circumstances of the case¹⁷.

Section 2 paragraphs (6)-(7) of HCAP further clarify the principle of fair proceeding. These rules are intended to serve equal opportunities for the parties in litigation.

In accordance with the principle of **concentrated and cost-effective proceeding**, the court (and the parties as well) should strive to ensure that the dispute can be resolved in one hearing if possible. This principle is intended to be facilitated by the rules on the conduct of proceedings. Concentration of litigation serves the purpose of substantive litigation; essentially, it cannot be considered as a principle, but rather a result that can be achieved through the enforcement of the entire set of rules of litigation¹⁸.

The next principle(s) are: **judging within the framework of the petition of claim, and taking account of the applications, statements in accordance with their content**. Referring to the latter, it is to be noted that these are not adjudicated in accordance with their specification in terms of form. The principle of conditionality pertinent to the application is the reverse of the right of disposal on the parties and imposes two requirements on the courts. On the one hand, they can decide only about the issue for which the parties have applied. On the other hand, the court must exhaust the application in its decision, but it is bound by its material and substantive framework. The principle of conditionality pertinent to the application therefore means that the court will act in an administrative dispute only when and to the extent that the proceedings are requested by a party. In administrative lawsuits, therefore, the “masters of the case” are the parties to the lawsuit, so they are entitled to determine the subject of the lawsuit, hence the court’s margin of manoeuvre. Two other principles appear in HCAP limiting the principle of conditionality in application: the principle of *ex officio* procedure and the principle of good faith as an obligation of the parties.

¹⁵ G. Gadó, *Az eljárási igazságosság a polgári perben*, Magyar Jog 2000, Vol. 1, pp. 18–19.

¹⁶ See more about the practice of the Hungarian Constitutional Court: L. Trócsányi (ed.), *A Mi alkotmányunk – Vélemények és elemzések Magyarország Alkotmányáról*, Complex, Budapest 2006, p. 376.

¹⁷ K. Bakos, *A tisztességes eljáráshoz való jog a jogágak határán*, *De iurisprudencia et iure publico – Jog- és Politikatudományi Folyóirat* 2011, Vol. 2.

¹⁸ I. Varga, T. Éless (eds.), *Szakértői Javaslat az új polgári perrendtartás kodifikációjára*, Budapest 2016, pp. 46–47.

With the principle of classification according to content, the Hungarian legislator followed the procedural practice instated historically, namely individual applications should be assessed according to their content and not according to their title.

By ensuring the possibility of *ex officio* **judicial measures**, the HCAP breaks the principle of being bound by an application and allows the courts to order an investigation or proof of their own motion in the cases specified in the law in administrative disputes. The principle of *ex officio* procedures is therefore not an absolute principle; it can only be enforced in cases specified by the law.

3.2.2. The parties' obligations

The law obliges the parties to **sue in good faith**. This obligation constitutes a procedure in good faith and is not the same as the requirement of good faith or fairness known in substantive law. The duty of good faith is, in fact, the main obligation of the parties, which is fulfilled through the enforcement of the obligations contained therein, such as the obligation to cooperate, the obligation to tell the truth, the obligation to provide the materials of the lawsuit, etc. Due to the principle of good faith, the parties are obliged to refrain from any conduct that results in protracted litigation, unnecessary additional costs, or other difficulties in the proceedings. In the event of a breach of the duty to sue in good faith, the court will determine the legal consequences in the light of the conduct or omission of the party, which can range from a warning through a fine to the loss of litigation.

The obligation to **cooperate** includes the obligation of the parties to support the proceedings, as well as the obligation of the court to intervene. The obligation to cooperate is therefore not a well-defined obligation, but any obligation which is directly or indirectly capable of facilitating the concentrated completion of the proceedings, including in particular the obligation to bring proceedings in good faith for the parties. This is most clearly embodied in the requirement of a fair trial referring to the court, notwithstanding the fact that the HCAP obliges both the court and the parties to make concentrated proceedings specifically. According to the wording of HCAP, however, cooperation shall be understood as standing between the parties and the court and not in the relationship between the parties. The parties must, therefore, cooperate with the court during the administrative proceedings. However, given that the plaintiff turned to the court precisely because he was unable to settle his administrative dispute with the defendant, it should be the task of the court to organize the cooperation. In case the parties are unwilling to cooperate with the court or are absent, other powers, granted to the court by the legislator, may be invoked to assist proceedings to perform in a concentrated manner, while respecting the parties' right of disposal.

As with the new law, the legislator highlights the obligation of the parties to **tell the truth** among the sub-requirements of the obligation to file in good faith. This provision shall apply *mutatis mutandis* not only to the parties, but also to their representatives throughout the proceedings. The obligation to tell the truth applies to the parties' statements of fact and other statements of fact: either in positive (statement)

or negative (denial) form. However, the obligation to tell the truth is not the same as revealing the reality, as it only requires the parties to state the facts or the statements of facts made by them, but not to bring the facts to court to an extent that otherwise is detrimental to their own interest. The duty to tell the truth also means that the parties may not allege unfavourable facts to the opponent, the untruth of which is known to them, nor may they dispute facts of which they are aware. The obligation to tell the truth applies only to statements of fact, not to other points and opinions made by the parties.

The obligation to provide the materials of the lawsuit shall be borne by the parties, unless otherwise provided by law; providing the materials of the lawsuit involves the disclosure of the facts necessary to adjudicate the dispute and the provision of data and evidence in support of it. The obligation to provide the materials of the lawsuit stems from the principle of conditionality of the application, as it ensures the parties' right to self-determination during the administrative proceedings. However, this right to self-determination is also a responsibility of the parties, as the legislator allows the court to act *ex officio* in exceptional cases only, which "breaks" the exclusivity of the parties' obligation to provide the materials of the lawsuit.

The principle of **concentrated litigation** also applies to the parties. The HCAP states that the parties are obliged to cooperate with the court to ensure a concentrated conclusion of the proceedings. Concentration of litigation is therefore a requirement for both the court and the parties in administrative litigation.

4. Procedural principles guiding the Polish Code of Administrative Court Procedure

4.1. Historical overview: the administrative jurisdiction in Poland¹⁹

Walking through the 20th century political-economic and social cavalry of the Central and Eastern European states, in Poland, the new Constitution of the Republic of Poland was amended on 2 April 1997. The Constitution entered into force on 17 October 1997. This was the starting point, which actually made it possible to review the previous rules on administrative litigation and put them on a new footing. Regarding administrative procedures, the codification of three laws has taken place in parallel. The completion of the draft law was preceded by many discussions and consultations, as a result of which, on 22 October 2001, the Polish President submitted a draft to the Sejm. The Act on the System of Administrative Courts adopted the Sejm on 25 July 2002. The Act on Proceedings before Administrative Courts (further: PCAP) and the Act on Proceedings before Administrative Courts, Rules (implementing regulations) introducing the Act on Proceedings before Administrative Courts were adopted on 30 August 2002. These acts entered into force on 1 January 2004. Of course, the PCAP has undergone several revisions since its entry into force, its last major modification was in 2019.

¹⁹See further: J. Turlukowski, *Administrative Justice in Poland*, BRICS Law Journal 2016, Vol. 2, pp. 124–130.

4.2. Principles in the PCAP

In PCAP, similarly to the Hungarian, we do not find a separate chapter that contains the principles. Nevertheless, some provisions at the principal level appear at the beginning of the Act. It may be noted that these provisions in fact mention some of the classical principles of procedural law.

Accordingly, the law contains the principle of equality of arms in Article 6, which states that an administrative court shall, if necessary, provide the parties to a proceeding that are not represented by a lawyer, legal advisor, tax advisor or patent agent with necessary information on procedural steps and the consequences of their omissions. Article 7 of the PCAP sets out the requirement of efficiency, with regard to the time factor because the Act requires that an administrative court should undertake actions aimed at quick settlement of the case and should try to decide it at the first sitting. In Article 10, the principle of publicity appears when the PCAP states that cases shall be heard in public, unless a special provision provides otherwise.

Somewhat beyond the classical principles of procedural law, in Article 8 of the PCAP appears the rule of law, in connection with which the Act allows the participation in the proceedings of the prosecutor, the Ombudsman, the Ombudsman for Children and the Ombudsman for Small and Medium-sized Entrepreneurs. In some respects, the provisions of Articles 12a-b, which provide the alpha and omega for the application of modern information technology, can also be considered as provisions at the level of principle.

In addition to these few provisions at the beginning of the PCAP, there are some basic provisions that are scattered, such as the principle of free evidence.

The PCAP, like the Hungarian, German or even the Austrian CAP, also refers back to the rules of civil procedure in several places and orders their application. What is interesting and unique is that the PCAP not only orders the application of the rules laid down in the Code of Civil Procedure, but also considers the principles laid down therein to be applicable in administrative court proceedings. This means that civil and administrative justice, but at least the rules of procedure in Poland, are undoubtedly based on common foundations, as common principles form a basis which seems to operate independently of the purpose of litigation.

5. Conclusions

It should be emphasized, that the CAPs of Hungary and Poland (but also of the other states) rely heavily on the rules laid down in the code of civil procedures: in case of Poland, this reliance extends specifically to the principles of civil procedure, too. The question arises whether these principles apply in CAPs that do not mention the principles of civil procedure. In the absence of a provision, this question should obviously be answered in the negative. At the same time, we may be uncertain as to the answer to be given, since whether we look at the rules of the HCAP or the PCAP, we can find a significant reference to the rules of civil procedure. On the other hand, each of the

detailed procedural rules must be affected by the procedural principles, which must be taken into account in the application of the rules. Taking this into consideration, we can easily conclude that the principles of civil procedure are present and do work in administrative lawsuits. Thus, they are practically present in each national legal system as principles of procedural law, regardless of the type of procedure.

Summarizing the above, reiterating the general requirements of courts regarding administrative court proceedings, three categories of principles and fundamental rights must be mentioned in this field.

The general principles of justice are enshrined in the constitutions or basic law, maybe also in the acts on the organization and administration of courts. There are also individual rights that can be linked to the principles of justice and are valid in judicial proceedings. The third round consists of the principles which are specific to administrative litigation.

The principles that pervade the whole of justice are the principle of judicial monopoly of the judiciary, the principle of equality before the courts (including the principle of equal rights and a single court), the right to use one's mother tongue, the principle of judicial independence, the principle of orality, the principle of directness, the principle of corporate justice, the principle of publicity, participation of lay persons in justice. Furthermore, whether we look at HCAP or PCAP, or any national regulation, these will be the principles and requirements that we can discover everywhere in a certain manner and to a certain extent.

The following can be described as individual rights related to justice: the right to go to court, the right to a fair trial, the right to representation (including the right to a probation lawyer), the right to legal redress, free proof, and free weighing of evidence. These rights have the same nature as the principles in the first group.

Most of the principles and rights in the first and second group have also been laid down in various international legal instruments and are to be interpreted often by international courts.

The third group includes principles that specifically govern the administrative litigation. In this area, national legislation obviously enjoys a great deal of liberalization, since it is always the political, economic, and social system of a given age that decides which principles and requirements appear precisely in this circle.

Particularly on the side of law enforcement, it is held that the subject of principles is a purely theoretical field which is a playground for professors (theorists) and for the judges at the constitutional courts since they value and consider the detailed rules of procedure to be more important.

Restricted albeit to the Hungarian and Polish systems in this topic, the present study targeted to demonstrate not only that the principles play a very important role in the judiciary, but also in individual litigation, due to the emergence of their normative nature. Therefore, strengthening the normative nature of the principles as a goal for future legislation should be strongly recommended and beneficial, as this will ensure procedural guarantees that will ultimately merge in the right to fair trial.

References

1. *Administrative Procedures and the Supervision of Administration in Hungary, Poland, Bulgaria, Estonia and Albania*, https://www.oecd-ilibrary.org/governance/administrative-procedures-and-the-supervision-of-administration-in-hungary-poland-bulgaria-estonia-and-albania_5kml6198lvkf-en.
2. Bakos K., *A tisztességes eljárásról való jog a jogágak határán*, De iuris prudentia et iure publico – Jog- és Politikatudományi Folyóirat 2011, Vol. 2.
3. Csiba T., *A közigazgatási bíráskodás alapvető kérdései* [in:] *Közigazgatási bíráskodás*, M. Imre (ed.), Budapest 2007.
4. Gadó G., *Az eljárási igazságosság a polgári perben*, Magyar Jog 2000, Vol. 1.
5. Horváth E.Í., *Decision of the Constitutional Court on the Act on Procedural Code of Public Administration (Taken Prior to the Act's Promulgation)* [in:] *Hungarian Yearbook of International Law and European Law 2017*, M. Szabó, P.L. Lángos, R. Varga (eds.), Hague 2018.
6. Katz-Suchy J., *Administrative procedure in Poland*, Journal of the Indian Law Institute 1962, Vol. 3.
7. Kengyel M., *Magyar polgári eljárásjog*, Budapest 2014.
8. Kiss D., *A közigazgatási perek* [in:] *A polgári perrendtartás magyarázata*, J. Németh (ed.), Budapest 1999.
9. Kozma G., Petrik F., *Közigazgatási perek a gyakorlatban*, Budapest 1994.
10. Majewski K., *General Principles of Code of Administrative Procedure after Amendment of 2017*, Annuals of the Administration and Law 2017, No. 17 (1).
11. Michalak M., Kledzik P., *Public participation in dealing with cases in administrative procedure – reflections on the basis of the Polish legal system*, Juridical Tribune 2018, Vol. 8 Issue 2.
12. Patyi A., *A magyar közigazgatási bíráskodás elmélete és története. Institutiones administrationis. A magyar közigazgatás és közigazgatási jog általános tanai*, VIII. kötet, Budapest 2019.
13. Reid C.T., *The Polish Code of Administrative Procedure*, Review of Socialist Law 1987, Vol. 13.
14. Rozsnyai K., *Tisztességes ügyintézés – tisztességes eljárás*, The conference „Új eljárásjogi kódexeink II.: Általános Közigazgatási Rendtartás és Közigazgatási Perrendtartás”.
15. Seerden R. (ed.), *Comparative administrative law. Administrative Law of the European Union, Its Member States and the United States*, Cambridge-Antwerp-Portland 2018.
16. Stipta I., *A magyar bírósági rendszer története*, Debrecen 1997.
17. Trócsányi L. (ed.), *A Mi alkotmányunk – Vélemények és elemzések Magyarország Alkotmányáról*, Complex, Budapest 2006.
18. Turlukowski J., *Administrative Justice in Poland*, BRICS Law Journal 2016, Vol. 2.
19. Varga I., Éless T. (eds.), *Szakértői Javaslat az új polgári perrendtartás kodifikációjára*, Budapest 2016.

Tomasz Bojanowski, Klaudia Łuniewska, Bartłomiej Oręziak
Report on the International Scientific Conference
“The impact of digital platforms and social
media on freedom of expression and pluralism
– in general terms”. Warsaw, 27 May 2021

*Sprawozdanie z Międzynarodowej Konferencji Naukowej
pt. „Wpływ platform cyfrowych i mediów społecznościowych
na wolność słowa i pluralizm – w ujęciu ogólnym”.
Warszawa, 27.05.2021 r.*

Background to the conference

On 27 May 2021, the International Scientific Conference “The impact of digital platforms and social media on freedom of expression and pluralism - in general terms” took place in Warsaw. The conference was the inaugural event of the Polish part of the research team working on the impact of digital platforms and social media on freedom of speech and pluralism of the Central European Professors Network 2021. The main organizers of the project were the Institute of Justice, the Ferenc Madl Institute of Comparative Law and the European Association for Comparative Law.

The Central European Professors’ Network started its international comparative law research activity on 1 January 2021, under the coordination of the Ferenc Mádl Institute of Comparative Law.

The Professors’ Network, with the active participation of seven countries (Czech Republic, Croatia, Poland, Hungary, Serbia, Slovakia, Slovenia) and 34 main

Tomasz Bojanowski is a student at the Faculty of Law and Administration of the Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw, Poland, ORCID: 0000-0001-8294-0968, e-mail: tomaszbojanowski@gmail.com.

Klaudia Łuniewska, MA, is a graduate of law studies at the Faculty of Law and Administration of the Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw, Poland, ORCID: 0000-0002-3546-3414, e-mail: klaudiakarolinaluniewska@gmail.com.

Bartłomiej Oręziak, MA, is a PhD student at the Department of Human Rights Protection and International Humanitarian Law, Faculty of Law and Administration of the Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw, Poland, ORCID: 0000-0001-8705-6880, e-mail: boreziak@gmail.com. The manuscript was submitted by the authors on 22 November 2021; the manuscript was accepted for publication by the editorial board on 22 December 2021.

researchers, organises comprehensive international scientific activities in four research groups. The key issues covered are: "Interpretation of fundamental rights in Europe", "Family protection in law", "Freedom of conscience and religion in Europe" and "The impact of digital platforms and social media on freedom of expression and pluralism". The primary aim of the initiative is to create and organise a Central European professional network through closer partnership.

The partial and final results of the cooperation, which will run until 31 December 2021, will be made available by each of the research team on various professional platforms, including conferences, and in the form of publications (scientific articles and books summarizing research results).

One of the groups operating within the European Professors' Network is a working group investigating the impact of digital platforms and social media on freedom of expression and pluralism. In this group Poland is represented by the following researchers: Prof. Marcin Wielec and M. Sc. Bartłomiej Oręziak. The working group deals with extremely momentous aspects of the study of law in the context of the development of civilization and widespread digitization, i.e. the impact of new technologies on the functioning of public life.

This was the first event piloted by Polish academics within the Central European Professors' Network 2021. It is worth pointing out that the Central European Professors' Network includes academics from countries such as the Czech Republic, Croatia, Poland, Hungary, Serbia, Slovakia and Slovenia. The aim of this project is to draw the attention of the European citizens to topics that are important and relevant to the future of Europe, in particular Central Europe.

The main theme of the conference "The impact of digital platforms and social media on freedom of expression and pluralism – in general terms" were two issues related to the functioning of social media and their impact on freedom of expression and pluralism, i.e:

- analysis of the impact of fake news on the Internet in relation to freedom of expression and pluralism of opinion;
- analysis of the impact of online censorship on freedom of expression and pluralism of opinion.

The issue of digitalisation and addressing its possible disadvantages from a legal perspective are crucial for Europe in the 21st century.

Inauguration of Conference

Under normal epidemiological conditions, the conference would have been held in Poland, in the conference room of the Institute of Justice. However, due to the COVID-19 coronavirus pandemic, the event was organized remotely using the Zoom platform.

The conference was officially opened by the Director of the Institute of Justice, Vice Dean Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw and also Head of the Department of Criminal Procedure at Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw, Prof. Marcin Wielec. He warmly welcomed the invited guests and expressed his great joy at the participation of Polish scientists in the European Professors' Network 2021.

The Director of the Institute of Justice then gave the floor to Prof. dr habil. János Ede Szilágyi – Director of the Ferenc Madel Institute of Comparative Law. Professor János Ede Szilágyi also welcomed all the guests and said that the cooperation of scientists in Central Europe is extremely important and that initiatives such as the European Professors’ Network 2021 are essential for the integration of academia and scientific cooperation.

First expert panel

The conference was moderated by Prof. Marcin Wielec, who opened the first panel with a speech entitled “Attempt to determine criminal liability for fake news in Poland”. In his speech, the director of the Institute of Justice pointed out the difficulties connected with determining criminal liability for fake news. He underlined that the Polish criminal law is not adequately prepared for such a phenomenon as fake news. According to Prof. Wielec, it is necessary to undertake detailed research on the subject in question in order to develop solutions which will be an appropriate response to the phenomenon of fake news.

The second speaker was the Coordinator of Centre for Strategic Analysis Bartłomiej Oręziak from the Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw. The title of his paper was “Legal aspects of censorship in social networks. Perspective of the Republic of Poland”. He pointed out the nowadays important issues of censorship in social networks, which are not embedded in the laws of individual countries. The speaker stressed that in Poland, there are works on the regulation of censorship on social networks, but they require an in-depth further analysis.

The next speaker was Prof. Davor Derenčinović from the University of Zagreb. The topic of his speech was “Social Media, Freedom of expression and legal regulation of fake news in Croatia”. The professor tried to briefly present the issue of the correlation between freedom of expression in social media and the problems related to possible censorship of their content. He also discussed issues related to the national regulation of fake news from the Croatian perspective.

It is worth adding that Prof. Davor Derenčinović was elected by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE) as a judge of the European Court of Human Rights. Davor Derenčinović is also the Head of the Department of Criminal Law at the University of Zagreb.

The last speaker in the first panel was Prof. Kristina Čufar from the University of Ljubljana. The title of her paper was “Incendiary Speech on Facebook between Private and Public Regulation: Slovenian Perspective”. The Professor pointed out the extremely important issue of hate crime incendiary speech in the social media perspective. The topic was presented from the perspective of both public and private regulation on the example of Slovenia.

Second expert panel

Professor Marcin Wielec was also the moderator of the second panel. After a short break, Professor Wielec gave the floor to the other speakers. The difference from the first panel was that it featured as many as five speakers.

The first speaker of this panel was Prof. Aleš Rozehnal from Charles University in Prague. In his speech, the Professor addressed the issue of censorship and fake news in social media from the perspective of the Czech Republic. Professor Aleš Rozehnal pointed out the need for an in-depth discussion of this issue in the legal space.

The floor was then taken by Prof. Dušan V. Popović from the University of Belgrade. The topic of his speech was: "Social networks between proclaimed neutrality and value-based decisions". In his speech, he pointed to the issue of political neutrality and the issue of value in social media. Using the specific examples, he stressed that the issue of worldview neutrality of social media should be researched. He also pointed out that despite all efforts, we cannot fully dissociate ourselves from the values we adopt when making decisions.

The next speaker was Prof. Sanja Radovanović from the University of Novi Sad. The title of her paper was "Serbia Limitations on freedom of expression in Serbia". The professor pointed out the important issues of limitations on freedom of speech and freedom of expression in the perspective of social media. She noticed that social media platforms, which until recently were the guarantors of the indicated human rights, have recently started to gradually restrict them.

The fourth speaker was Prof. András Koltay from the National University of Public Service. The topic of his presentation was: "Freedom and censorship: the need for strengthening fundamental European values in the age of online platforms - a Hungarian perspective". In his paper, the professor pointed out that in the time of the rapid development of social media and European integration, we cannot forget about values. Here, the professor pointed to the Hungarian perspective, which is based on the foundations of Christian civilisation.

The last speaker at the conference was Prof. Gábor Hulkó from Széchenyi István University. The title of his paper was "General Rules of Freedom of Expression on Social Media Platforms in Slovakia". In his speech he discussed the most important issues of freedom of speech and freedom of expression in the context of social media use from the perspective of the Slovak Republic.

Summary

At the very end of the event, the floor was once again taken by Prof. Marcin Wielec, who thanked everyone for attending the conference and for delivering their papers. According to the professor, this is an introduction to a greater project which will allow to develop comprehensive and interdisciplinary solutions for the regulation of social media and their impact on freedom of speech and expression. He pointed out that the International Scientific Conference "The impact of digital platforms and social media on freedom of expression and pluralism - in general terms" provided an opportunity for Central European researchers to exchange experiences on phenomena such as social media censorship and fake news.

It should be emphasized that the speeches were substantive and dealt with interesting issues in a comparative perspective. Researchers from individual countries were able to learn about relevant legal solutions in the field of new technologies and their

impact on freedom of speech. Knowledge and experience gained at the conference will certainly bear fruit in the future.

The conference was well received in the international legal community. It is worth mentioning that it was the first and certainly not the last event organized within the European Professors Network. In parallel, a working group dealing with legal aspects of religion in public life is conducting their research work. The following researchers are responsible for the substantive aspects in this group: Balazs Schanda (Hungary), Csink Lóránt (Hungary), Dalibor Đukić, Ph.D. (Serbia), Damián Němec (Czech Republic), Vojtech Vladár (Slovakia), Frane Staničić (Croatia), Vanja-Ivan Savić (Croatia), Marek Bielecki (Poland), Michał Poniatowski (Poland), Paweł Sobczyk (Poland).

On this occasion, it is worth pointing out the important role of international research in the development of science. This allows scientists from different countries to discuss the results of their research in comparative terms. This is why institutions such as the Ferenc Mádl Institute of Comparative Law, the Institute of Justice (Warsaw) and the Central European Association for Comparative Law also undertake international cooperation in other projects, such as Polish-Hungarian Research Platform.

Jowita Sosnowska

Sprawozdanie z seminarium naukowego „Ekspresja religijna versus wolność słowa”

*Report from the scientific seminar
“Religious expression versus freedom of speech”*

W dniu 2.03.2022 r. w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości w Warszawie (dalej Instytut) odbyło się seminarium naukowe pt. „Ekspresja religijna versus wolność słowa”. Wybitni naukowcy i praktycy podczas panelu publicystycznego oraz profesorskiego dyskutowali na temat problemów i rozwiązań prawnych odnoszących się do tytułowych zagadnień. Seminarium stanowiło także forum do prezentacji wyników badań, rezultatów oraz przemyśleń prelegentów. Gościem specjalnym była Päivi Räsänen – Przewodnicząca Chrześcijańskich Demokratów w Finlandii.

Obszary tematyczne spotkania dotyczyły takiej problematyki jak wolność religijna i sumienia, wolność wypowiedzi czy ochrona uczuć religijnych w przestrzeni publicznej. Podjęto również dyskusję na temat wartości chrześcijańskich i ich miejsca we współczesnym świecie, chrystianofobii, a także kwestii dotyczących cenzury, rewolucji kulturowej oraz teorii zderzenia cywilizacji Samuela P. Huntingtona.

Uroczystego otwarcia seminarium dokonali **Podsekretarz Stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości dr Marcin Romanowski** oraz **Dyrektor Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości prof. UKSW dr hab. Marcin Wielec**, który na wstępie powitał wszystkich zebranych i podkreślił, że seminarium stanowi połączenie dwóch koegzystujących ze sobą światów, a mianowicie świata publicystyki oraz świata nauki. Mimo że te dwa światy pozostają odmienne co do celu czy metod przekazu, mają jeden punkt wspólny, jakim jest prawda, która prawidłowo odkrywana oraz przekazywana przez naukowców i publicystów posiada swoją wartość oraz zdrowe konsekwencje. Staje się ona tą oryginalną prawdą w myśl maksymy św. Tomasza z Akwinu, a wcześniej Platona i Arystotelesa – *veritas est adaequatio rei et intellectus* (prawda jest zgodnością rzeczy oraz umysłu). I tylko taka prawda, jak mawiał Józef Mackiewicz, jest interesująca. Dlatego też paneliści w czasie spotkania będą szukać

Mgr Jowita Sosnowska, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, Wydział Prawa i Administracji, Polska, ORCID: 0000-0003-1371-4611, e-mail: jowita.sosnowska@opoczta.pl
Data zgłoszenia tekstu przez autora: 28.03.2022 r.; data zaakceptowania do publikacji: 31.03.2022 r.

tej prawdy. Na koniec Dyrektor Instytutu życzył prelegentom owocnych obrad oraz nowatorskich spostrzeżeń i wniosków, a następnie poprosił o zabranie głosu Wiceministra Sprawiedliwości dr. Marcina Romanowskiego.

Podsekretarz Stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości powitał uczestników oraz podziękował Instytutowi za zorganizowanie seminarium, a panelistom – za przybycie. Nawiązując do agresji Rosji na Ukrainę, podkreślił, iż w obecnej sytuacji warto dyskutować o takich zagadnieniach jak wolność religijna, ochrona uczuć religijnych, wolność słowa. Po głębszej refleksji dostrzec można, jakie są w istocie wartości, za które warto oddać życie. Te wartości, które chroni każde suwerenne państwo, to dobra niezbywalne, właściwe każdemu człowiekowi. Niezależnie od tego, w jaki sposób aktualna władza polityczna podejmuje decyzje, nie może i nie powinna tych dóbr naruszać.

Minister zauważył także, że działania podejmowane przez Zachód w odniesieniu do rosyjskiego agresora nie przyniosły zamierzonych rezultatów, gdyż Federacja Rosyjska nie ustępuje i dopuszcza się zamachu na suwerenność Ukrainy. Podkreślił, że agresji należy się przeciwstawiać, by chronić wartości takie jak wolność czy suwerenność. Nawiązując do historii Europy, Minister wspomniał jednocześnie słowa Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej Lecha Kaczyńskiego, który mówił o agresji Rosji najpierw na Gruzję, potem na Ukrainę, na państwa bałtyckie i być może na Polskę. Następnie przywołał również wypowiedź Garriego Kasparowa, który kilka lat temu, przed agresją na Krym, zwrócił uwagę na to, iż Adolf Hitler zaatakował Polskę dlatego, że nikt nie przeciwstawił się agresji na Czechosłowację, a Czechosłowację zaatakował dlatego, że nikt nie przeciwstawił się agresji na Austrię.

Wiceminister Sprawiedliwości zauważył, iż doświadczamy kryzysu wartości, dóbr będących przedmiotem niniejszego seminarium naukowego. Od wielu lat nasza zachodnia cywilizacja jest atakowana ze strony ideologii, które mają swoje źródła marksistowskie, neomarksistowskie. Agresja na poziomie cywilizacyjnym dokonuje się od dawna, następuje dekonstrukcja, niszczenie najbardziej podstawowych pojęć, takich jak przede wszystkim godność człowieka, która stanowi źródło i podstawę wszystkich praw, która powoduje w ostateczności, że możemy mówić o dobrach przynależnych człowiekowi.

Mając na uwadze powyższe względy, Minister przekonywał, że godność człowieka – przyrodzona, niezbywalna, równa, jako źródło praw – jest fundamentem naszego systemu prawnego, ale również fundamentem całej naszej cywilizacji, a do obowiązków każdego z nas należy obrona tej wartości. Godność jest także jednym z dwóch podstawowych (obok dobra wspólnego) dóbr, zasad w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Bez obrony tych wartości trudno przeciwstawić się negatywnym zjawiskom, z którymi spotykamy się od wielu lat, a mianowicie ze zjawiskiem deprawacji, dekonstrukcji pojęć, które określają podstawowe prawa, dobra przynależne człowiekowi, takie jak wolność, związana z nią równość czy jeszcze bardziej związana z nią niedyskryminacja.

Podsekretarz Stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości nie krył tego, że w dzisiejszych czasach niezwykle ważne są regulacje prawnomiędzynarodowe, które mają na celu ochronę pokoju, osób krzywdzonych czy najsłabszych. Natomiast

z drugiej strony w ostatnich kilkudziesięciu latach dokonywała się, również na poziomie międzynarodowym, dekonstrukcja klasycznej koncepcji praw człowieka, prawa międzynarodowego. Następuje proces odchodzenia od tych źródeł, które w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka były deklarowane, jako ufundowane na osobowym sposobie istnienia człowieka, na ludzkiej godności. Niszczeniu ulegają także korzenie, podstawy, na których zbudowana jest nasza cywilizacja i kultura, także kultura prawna.

Wiceminister Sprawiedliwości podkreślił, że od wielu lat mamy do czynienia również z wojną na poziomie kulturowym, cywilizacyjnym, a termin *cancel culture* trafnie opisuje to, czego obecnie doświadcza wiele osób, czyli wykluczenia ze względu na światopogląd, który jest ufundowany na klasycznie rozumianych dobrach, godności, wolności i równości człowieka, rozumianych zgodnie z prawdą, zgodnie z *adaequatio rei*.

Jednocześnie zaakcentował w swoim wystąpieniu, iż seminarium w związku z powyższym jest przykładem tego, jak warto zastanawiać się nad tymi podstawowymi dla każdego człowieka dobrami – wolnością sumienia, wolnością religii. Nawiązując do słów św. Jana Pawła II, który mówił o wolności religii i sumienia jako o podstawie również wszelkich wolności, Minister podkreślił, że wolność ta dotyczy tych najbardziej przynależnych człowiekowi, najbardziej mu wewnętrznym dóbr, takich jak relacja z Bogiem, z Absolutem, takich jak sumienie, wewnętrzny głos, mówiący nam, co jest dobre, a co – złe, w aspekcie obiektywnych dóbr, wartości godności, wolności czy równości.

Podsumowując, dr Marcin Romanowski podziękował Posłance Päivi Räsänen za przygotowanie wystąpienia i słowa, które zostaną przez nią skierowane, ponieważ ukazują one, jak dzisiaj wolność religijna jest zagrożona. W historii Europy niejednokrotnie ludzie ze względu na swoje wyznanie, swój światopogląd fundowany na chrześcijaństwie byli wyśmiewani, ale i obecnie zdarzają się niepokojące przypadki prześladowań i dyskryminacji na tle religijnym oraz ze względu na wyznawane poglądy. Minister przywołał przykład Rocco Buttiglione, który został wykluczony z możliwości członkostwa w Komisji Europejskiej z uwagi na swoje poglądy, wyrażane przez niego w prywatnych publikacjach. Podsekretarz Stanu przytoczył również sprawę pracownika Ikei, który został zwolniony, dlatego że nie chciał uczestniczyć w promocji postaw LGBT narzucanych przez pracodawcę w sposób, który łamie prawa pracownicze oraz prawo do wolności i jest sprzeczny z zasadą niedyskryminacji. Mimo działania prokuratury, która stanęła w obronie pracownika, w pierwszej instancji orzeczenie sądu w swej istocie zaprzecza możliwości ochrony wolności sumienia i religii w miejscu pracy. Jednocześnie Minister wyraził nadzieję, iż zapowiedziane odwołanie od orzeczenia sądu pierwszej instancji naprawi tę błędną interpretację, błędne rozstrzygnięcie. Dodał także, że w ostatnich latach takich przykładów jest wiele. Mimo że prokuratura niejednokrotnie przedstawia zarzuty, wnosi akt oskarżenia w sprawach ewidentnych, z pewnymi jednak wyjątkami, mamy niestety interpretacje postaw sądów, które idą w poprzek treści kodeksu karnego oraz konstytucyjnej ochronie wolności sumienia, wolności religii.

Wiceminister Sprawiedliwości stwierdził, iż warto dysputować, sprzeciwiać się błędnym interpretacjom, które prowadzą do deprawacji, deprecjonują najbardziej podstawowe wartości godności, wolności, równości, w szczególności dzisiaj dyskutowanej wolności słowa, wolności religii. Nasze zadanie to troska o dobro wspólne oraz by te dobra, wartości były w każdej wspólnocie, również w naszej wspólnocie narodowej, państwowej, kultywowane, aby były czymś nieustającym. To zadanie zarówno instytucji państwowych, nauki, jak i mediów.

Na koniec Podsekretarz Stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości podkreślił, że cieszy się, iż w takim gronie będzie można dyskutować o ochronie jednej z najbardziej podstawowych wolności, wolności religii, wolności słowa i podziękował zgromadzonym za obecność.

Następnie Dyrektor Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości prof. UKSW dr hab. Marcin Wielec podziękował Wiceministrowi Sprawiedliwości za przekazane słowo, wprowadzenie w tematykę seminarium i zapowiedział panel publicystyczny. Zaprosił także do wysłuchania wykładu Päivi Räsänen z Finlandii.

Posłanka Päivi Räsänen podczas swojego wystąpienia przybliżyła problematykę wartości chrześcijańskich i ich miejsca we współczesnym świecie.

Na wstępie podziękowała organizatorom wydarzenia za zaproszenie. Podkreśliła także, że przebywanie z braćmi i siostrami chrześcijanami sprawia jej radość. Od 27 lat jest członkinią parlamentu i przez cały ten czas pozostaje otwarta, dzięki wierze i wartościom chrześcijańskim. Od 2011 do 2015 r. sprawowała urząd Ministra Spraw Wewnętrznych w Finlandii. Była wówczas odpowiedzialna za funkcjonowanie organu policji, bezpieczeństwo wewnętrzne, migrację oraz sprawy kościelne. Od 2004 do 2015 r. pełniła funkcję Przewodniczącej fińskiej partii Chryścijańscy Demokraci, a obecnie jest Przewodniczącą Parlamentarnej Grupy Chryścijańscy Demokraci.

Studiowała medycynę na Uniwersytecie Helsińskim, a do 1995 r., gdy została wybrana do Parlamentu Finlandii, pracowała jako lekarz. Niejednokrotnie miewała rozterki etyczne, szczególnie związane z aborcją. W ten sposób zrodziło się jej zainteresowanie polityką. Päivi Räsänen już w trakcie studiów zdecydowała, że nie będzie podejmowała się zabiegów aborcyjnych. Jako młoda lekarka brała udział w debatach publicznych dotyczących aborcji, pisała na ten temat książki, dawała wykłady, a także organizowała panele dyskusyjne. Obrona życia nienarodzonych dzieci stanowi dla niej, jako członkini parlamentu, najwyższy priorytet.

Posłanka zaakcentowała, że na przestrzeni zaledwie kilku dekad wiara Finów w podstawowe dogmaty chrześcijańskie dramatycznie spadła. Natomiast w niedawno opublikowanej ankiecie tylko 4% kobiet w wieku poniżej 35. roku życia odpowiedziało, że wierzy w Jezusa. Obecnie, zarówno w Finlandii, jak i w całej Europie, żyjemy w czasach, gdy presja, aby trzymać się z dala od wpływu wiary chrześcijańskiej, stale rośnie. Widoczna jest ona zarówno w dyskusjach politycznych, jak i podejmowaniu decyzji w kwestiach obrony życia na bardzo wczesnym etapie czy jego zakończenia. Wyrażanie opinii na temat małżeństw pomiędzy kobietą i mężczyzną czy jednopłciowych aktach seksualnych, noszących znamię grzechu, traktuje się teraz jako wyraz niepoprawności politycznej. Próba zburzenia systemu płci opartego na dwóch rodzajach jest bolesna, zwłaszcza dla dzieci. Ta walka między wartościami w dużej

mierze odbywa się w warstwie językowej poprzez nadawanie nowych interpretacji słowom takim jak: miłość, wolność, równość czy nawet tęcza. Pojęcia np. mężczyźni i kobiety, ojciec i matka są obdarzone miłością oraz funkcjonują tak długo, jak trwa historia ludzkości.

Mając na uwadze powyższe względy, Posłanka uważa, że kilka ostatnich lat było zaskakujących i trudnych. Latem 2019 r. rozpoczął się proces, który zakończył się oskarżeniem Päivi Räsänen o popełnienie trzech przestępstw. Została oskarżona o agitację kryminalną przeciwko grupie mniejszościowej, a przestępstwo to jest zagrożone grzywną lub karą więzienia na okres maksymalnie 2 lat. Posłanka stwierdziła, że niepokoi ją możliwość nałożenia na nią cenzury i zmuszenia do usunięcia z mediów społecznościowych postów nawiązujących do Biblii czy też zakaz publikacji jej tekstów. Równocześnie problemem jest to, że proces ten, bez nałożenia jeszcze jakiegokolwiek kary, spowodował samocenzurę wśród chrześcijan wierzących w Biblię. Wyrok sądu przynosi konsekwencje nie tylko dla wolności chrześcijan (do wyrażania swoich przekonań), ale także wszystkich, innych ludzi. W sądzie Päivi Räsänen odwoływała się do Konstytucji Finlandii, a także do międzynarodowych konwencji gwarantujących wolność słowa i wyznania. Pogląd, za który została oskarżona, nie różni się od przedstawionego w klasycznej doktrynie chrześcijańskiej. Jako że chrześcijaństwo stanowi dominujące wyznanie w Finlandii, uzasadnione jest założenie, że poglądy takie szerzy się we wspólnotach religijnych w tym państwie. Przewodnicząca Chrześcijańskich Demokratów nie przyznała się do popełnienia wykroczenia w odniesieniu do żadnego z zarzutów. Jej teksty i publikacje, które będą objęte dochodzeniem, odnoszą się do nauczania Biblii w kwestii małżeństwa, dzielenia życia pomiędzy kobietą i mężczyzną, jak również nauk św. Pawła Apostoła na temat aktów homoseksualnych. Równocześnie Posłanka podkreśliła, że nauki dotyczące małżeństwa i seksualności zawarte w Biblii opierają się na miłości bliźniego, a nie nienawiści do grupy ludzi.

Päivi Räsänen zauważyła, że podczas rozprawy sądowej Prokurator Generalna za cel obrała rdzeń doktryny chrześcijaństwa. Stwierdziła ona bowiem, że poglądy Posłanki określane są jako doktryna fundamentalistyczna, zawierająca się w słowach: „Kochaj grzesznika, odrzuć grzech”. Prokurator uznała tę doktrynę za obraźliwą i zniesławiającą, ponieważ według niej nie można rozgraniczyć tożsamości człowieka i jego czynów. Jeśli potępia się czyn, potępia się też człowieka i traktuje się go jako gorszego. Zdaniem Posłanki, Prokurator próbowała zaprzeczyć podstawowemu przesłaniu Biblii, czyli nauczaniu o Prawie i Ewangelii. Posłanka natomiast stwierdziła, że Bóg stworzył wszystkich ludzi na swoje podobieństwo. Wszyscy jesteśmy tak samo wartościowi, lecz wszyscy jesteśmy też grzesznikami. Godność ludzka nie zostaje umniejszona przez popełnianie grzechów, gdyż Bóg nadal kocha człowieka, a potępia jedynie grzech. Bóg tak ukochał wszystkich ludzi, że pozwolił swojemu jednemu Synowi cierpieć w imię kary za nasze grzechy i umrzeć na krzyżu. Jezus potępiał grzech, lecz kochał grzeszników. Päivi Räsänen spodziewa się, że proces może trafić nawet przed Europejski Trybunał Praw Człowieka. Jest także gotowa bronić wolności słowa, a także wolności wyznania. Wierzy, że to jej powołanie i honor, aby bronić podstawowych praw i wolności.

W kolejnej części wykładu Przewodnicząca Chrześcijańskich Demokratów odwołała się do wywiadu z Prokurator Generalną, który ukazał się w fińskiej gazecie „Helsinki News”. W wywiadzie Prokurator stwierdziła, że: „Nawet jeśli Pani Päivi Räsänen zostanie skazana, to nie ma konieczności usuwania Biblii z bibliotek, dyskusje na jej temat wciąż są dozwolone i można ją cytować, lecz najważniejsze jest to, czy ktoś się zgadza z jej treścią” (tłumaczenie – J.S.). Posłanka podkreśliła, że w ten sposób Prokurator Generalna całkowicie odbiera prawo do posiadania opinii. Dla chrześcijan Biblia to Słowo Boże i muszą oni mieć możliwość wyrażania swego poparcia dla niej. Jeśli zaniechamy naszego prawa do mówienia głośno i publicznie, przyznawania się do naszej wiary, to przestrzeń do mówienia ostatecznie się zmniejszy. Im więcej będziemy milczeć na temat nauk biblijnych w kwestii bolesnych zagadnień naszych czasów, tym silniejsza będzie reakcja.

Podsumowując swój wykład, Päivi Räsänen podkreśliła, że przepełnia ją wdzięczność za wsparcie, które otrzymała zarówno w swoim kraju, jak i poza nim. Dzięki tej sprawie wielu fińskich chrześcijan przebudziło się, aby bronić wolności wyznania i religii. Obywatele Finlandii, a także wiele Kościołów oraz osobowości z różnych organizacji chrześcijańskich okazali silne poparcie w jej sprawie.

Na koniec Posłanka dodała, że sędziowie będą musieli ocenić związek między podstawowymi prawami i prawem karnym, a także wzajemne powiązanie pomiędzy wieloma podstawowymi prawami. Wyrok będzie stanowił źródło oraz precedens wywierający wpływ na prawodawstwo w Europie.

Panel publicystyczny poprowadził **red. Paweł Lisicki**. Dyskusja objęła takie obszary tematyczne jak wolność słowa, wolność religii, poprawność polityczna, tożsamość płciowa oraz wartości europejskie. W debacie wzięli udział: **red. Aleksandra Rybińska** oraz **red. Grzegorz Górny**. Dyskusję rozpoczął red. Paweł Lisicki zadając pytanie, które przygotował, przywołując wystąpienie Wiceministra Sprawiedliwości dr. Marcina Romanowskiego i Przewodniczącej Chrześcijańskich Demokratów w Finlandii Päivi Räsänen. Natomiast w kontekście tego, jakimi wartościami kieruje się Zachód, nawiązał do przykładu Stanów Zjednoczonych, które ogłosiły obszerne sankcje na Rosję po napaści na Ukrainę, ale jednocześnie tego samego dnia pojawiła się najdalej idąca proaborcyjna ustawa w dziejach tego państwa. Odpowiadając na pytania moderatora panelu, Pawła Lisickiego, paneliści wygłosili następujące stanowiska.

- Red. Aleksandra Rybińska – opowiedziała o tym, do jakich wartości odwołują się ludzie, którzy forsują cenzurę oraz poprawność polityczną. Podkreśliła, że dzisiaj zasadniczy problem to skrajny indywidualizm, w którym człowiek sam kreuje siebie, to kim jest, a następnie zmusza pozostałych do uznania tego za fakt, prawdę oraz za rzeczywistość. Fragmentaryzacja, rozbięcie społeczeństwa jest celowym i zamierzonym działaniem lewicy. Pojęcia takie jak rasizm uniemożliwiają wolną debatę i również dla chrześcijan w tej debacie nie ma miejsca, ponieważ odwoływanie się do wartości chrześcijańskich jest obraźliwe i nieakceptowalne. Ostracyzm stanowi skuteczne narzędzie, dzięki któremu można wykluczyć wszystkich tych, którzy nie mieszczą się w *mainstreamie*.

- Red. Grzegorz Górny – opowiedział m.in. o roli praw uniwersalnych we współczesnym świecie. Nawiązał także do teorii zderzenia cywilizacji Samuela Huntingtona, który postawił tezę, że nie jest możliwe istnienie państw hybrydowych cywilizacyjnie (np. Turcja i Ukraina). Redaktor podkreślił, iż po tego typu kataklizmach jak II wojna światowa, upadek komunizmu, koniec zimnej wojny następuje zawsze powrót do wartości uniwersalnych, do prawdy obiektywnej, prawa naturalnego. Problemem jest dzisiaj również to, że wszyscy mówimy o wartościach europejskich, ale każdy rozumie je inaczej. Jednocześnie znajdujemy się dziś w sytuacji, w której podlegamy procesom kulturowym prowadzącym, przynajmniej na Zachodzie, do uśrednienia czy zgłajszachtowania opinii publicznej.
- Red. Paweł Lisicki nawiązując do wypowiedzi panelistów, zauważył, iż gdybyśmy posługiwali się językiem neomarksistowskim, nie mielibyśmy żadnego instrumentu ani żadnej miary, w oparciu o którą moglibyśmy pokazać, co jest dobre, a co – złe, że istnieją jakieś uniwersalne prawa.

Panel profesorski poprowadził **prof. ASzWoj dr hab. Marek Bielecki**. W czasie obrad prelegenci zajęli się kwestiami związanymi z ekspresją religijną, wolnością słowa, a także chrystianofobią.

Pierwszym mówcą podczas panelu drugiego był **ks. prof. UMK dr hab. Piotr Paweł Roszak** (Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu), który poprowadził prelekcję pt. „Źródła i formy chrystianofobii w Europie”. Wystąpienie odnosiło się do zjawiska chrystianofobii oraz jej potencjalnych źródeł. Ksiądz Profesor zauważył, że aktualnie obserwujemy formy wyrazu tego, co określamy mianem chrystianofobii. Nie zawsze mamy do czynienia z irracjonalnym lękiem przed chrześcijaństwem. Czasem to lęk bardzo racjonalny. W tym znaczeniu jest on przemyślany, uświadomiony i nie przypomina klaustrofobii czy innych fobii, z jakimi spotykamy się w życiu codziennym. Chrystianofobia zdaje się być pewną zorganizowaną formą dyskryminacji na coraz większej ilości pól interakcji życia społecznego. W ostatnim czasie pojawiło się wiele raportów zwracających uwagę na niepokojący wskaźnik, iż w wielu krajach świata wzrasta tzw. społeczna nienawiść do religii. Wokół niej tworzy się swoista klatka pojęciowa, która wiąże się z pewną próbą przejęcia dyskursu i ofensywy semantycznej. Proces dezinformacji, pewnych stereotypów na temat chrześcijan przez dyskryminację rozpoczyna pewien niebezpieczny proces fizycznych ataków na miejsca kultu, kościoły czy osoby duchowne.

Profesor KPSW dr hab. Joanna Taczkowska-Olszewska (Kujawsko-Pomorska Szkoła Wyższa w Bydgoszczy) była kolejnym mówcą podczas seminarium naukowego „Ekspresja religijna *versus* wolność słowa”. Profesor wygłosiła prelekcję pt. „Przesłanki udzielenia ochrony prawnej w związku z korzystaniem z wolności wypowiedzi”. W trakcie wystąpienia opowiedziała o kwestii ochrony wolności wypowiedzi. Podkreśliła, że istnieją związki pomiędzy wolnością słowa a wolnością religijną i wolnością sumienia oraz że należą one do katalogu praw podstawowych. Prawa wolnościowe to prawa, których podstawowym elementem jest wolność prawnie chroniona, a wolnością prawnie chronioną jest wolność od zakazów oraz nakazów. Rola ustawodawcy polega natomiast na powstrzymaniu się od ingerencji w sferę

prawnie chronionych wolności. Na prawodawcy ciąży obowiązek ustanowienia norm, które konkretyzują ogólny zakaz ingerencji oraz zapewniają jednostce środki prawne na wypadek bezprawnych interwencji ze strony czy to podmiotów prywatnych, czy też państwa w sferę wolności wypowiedzi, w sferę wolności religii.

Profesor Joanna Taczkowska-Olszewska zauważyła, że ochrona wolności, w tym wolności wypowiedzi oraz wolności wyznania i religii, ale także zasada równości obywateli wobec prawa oraz zasady ochrony godności jako źródła tych praw stanowią filar Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej i aksjologicznie jej fundament. Zastosowanie sankcji wobec osoby korzystającej z wolności wypowiedzi z tego powodu, że ujawnia swoje przekonania religijne, oznacza ograniczenie każdej z tych wolności, zarówno wolności wypowiedzi, jak i wolności religijnej. Zdaniem Profesor, wolność wypowiedzi powinna uzyskać ochronę w jej aspekcie gwarancyjnym, polegającym na potwierdzaniu przynależności wolności wypowiedzi do wartości prawnie chronionych, do tzw. pierwszego filaru praw i wolności, do praw pierwszej generacji czy praw podstawowych, ale także w aspekcie prawnopozytywnym, tj. wymagającym od państwa realizacji obowiązków o charakterze pozytywnym.

Kolejnym prelegentem podczas seminarium naukowego „Ekspresja religijna versus wolność słowa” był **prof. dr hab. Eugeniusz Sakowicz** z Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, który wygłosił prelekcję pt. „Ochrona uczuć religijnych w przestrzeni publicznej?”.

Profesor Eugeniusz Sakowicz przybliżył uczestnikom seminarium problematykę ochrony uczuć religijnych w przestrzeni publicznej, uderzenia w godność ludzi wiary religijnej czy też solidarności w obronie religii ludzi wierzących. Podkreślił, że w prawie kanonicznym nie pojawia się termin „przestępstwo obrazy uczuć religijnych”, istnieje jednak sformułowanie takie jak bezpośrednie uderzenie w godność człowieka. Natomiast państwo prawa, a za takie uchodzi współczesna demokracja, ma obowiązek bronić uczuć religijnych swoich obywateli, gdy poddawane są one atakom ze strony ekstremalnych, bezwzględnych środowisk, wyzutyh z podstawowych uczuć ludzkich, wrażliwości, empatii. Profesor zauważył, że jesteśmy świadkami głębokiego kryzysu demokracji, przede wszystkim kryzysu antropologicznego. Człowiek ceniący wartości ogólnoludzkie nie musi być tomistą, żeby cenić wartości – prawdę, dobro, piękno. Nie będzie obrażał innych ludzi, nie będzie naigrywał się z ich wiary, kpił z ich symboliki religijnej, która dla nich jest święta.

Na zakończenie seminarium naukowego „Ekspresja religijna versus wolność słowa” **prof. UO dr hab. Paweł Sobczyk**, Zastępca Dyrektora Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości podziękował wszystkim uczestnikom za udział w spotkaniu oraz zaprosił do kolejnych spotkań naukowych. Zapewnił także, że badania nad podejmowaną w czasie seminarium problematyką będą kontynuowane.

