

INSTYTUT WYMIARU SPRAWIEDLIWOŚCI

PRAWO W DZIAŁANIU

48

SPRAWY CYWILNE

Redakcja naukowa Elżbieta Holewińska-Łapińska



Wolters Kluwer

Warszawa 2021

Zgodnie z Komunikatem Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 1 grudnia 2021 r.
w sprawie wykazu czasopism naukowych i recenzowanych materiałów z konferencji
międzynarodowych wraz z przypisaną liczbą punktów w procesie ewaluacji
kwartalnik Prawo w Działaniu uzyskał 100 punktów.

ISSN: 2657-4691 (wersja online)

ISSN 2084-1906

Nakład 200 egz.

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

Wydawca:

Na zlecenie Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości

Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.

01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33



Wolters Kluwer

DYREKTOR DZIAŁU PUBLIKACJI PERIODYCZNYCH

Klaudia Szawłowska-Milczarek

e-mail: czasopisma@wolterskluwer.pl

Szczegółowe informacje o prenumeracie czasopisma można uzyskać:

Infolinia: 801 044 545, prenumerata@wolterskluwer.pl

Obsługa Klienta tel.: (22) 535 82 72

Księgarnia Profinfo: www.profinfo.pl

RADA PROGRAMOWA

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

REDAKTOR NACZELNY

Marcin Wielec

KOLEGIUM REDAKCYJNE

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

REDAKCJA

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

ADRES REDAKCJI

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

Komunikat w sprawie ogłoszenia listy recenzentów za rok 2021

Redakcja ma przyjemność poinformować, że w gronie recenzentów kwartalnika Prawo w Działaniu w roku 2021 znalazły się następujące osoby:

1. Marek Andrzejewski, dr hab., prof., INP PAN
2. Marcin Białecki, dr, UKSW
3. Krzysztof Buk, dr, UKSW
4. Helena Ciepla, SSN w stanie spoczynku, dr, Uczelnia Łazarskiego
5. Piotr Chlebowicz, dr hab., UW
6. Edyta Figura-Góralczyk, dr, UE w Krakowie
7. Stanisław Hoc, prof., UO
8. Barbara Janusz-Pohl, dr hab., prof. UAM
9. Mirosław Kosek, dr hab., prof. UKSW
10. Artur Kotowski, dr hab., prof. UKSW
11. Ewa Kruk, dr hab., prof. UMCS
12. Bogusław Lackoroński, dr hab., UW
13. Agnieszka Lewicka-Zelent, dr hab., prof. UMCS
14. Rafał Łukasiewicz, dr, URz
15. Paweł Mazur, dr, UAM
16. Mariusz Nawrocki, dr hab., USz
17. Olga Sitarz, dr hab., prof. UZ
18. Ryszard Stefański, prof. zw., Uczelnia Łazarskiego
19. Marek Świerczyński, dr hab., prof. UKSW
20. Adam Taracha, dr hab., prof. UMCS
21. Emilia Truskołaska, dr, UWB
22. Leszek Wiczorek, dr hab., UJK
23. Marcin Wielec, dr hab., UKSW
24. Paulina Wiktorska, dr, INP PAN
25. Ewa Wojtaszek-Mik, dr, UW
26. Bartosz Wołodkiewicz, dr, UW
27. Dagmara Woźniakowska-Fajst, dr hab., UW

Spis treści:

Artykuły

Konrad Czech

Wyzwania w zakresie adjudykacyjnego rozstrzygania sporów
międzynarodowych dotyczących zmian klimatu
– w kierunku zacierania się granic prawa publicznego i prywatnego?9

Magdalena Arczewska

Tymczasowość rodzinnych form pieczy zastępczej w świetle wyników
badań empirycznych 45

Sławomira Kotas-Turoboyska

Kryteria oceny sprzeciwu dziecka wyrażonego na podstawie
art. 13 ust. 2 Konwencji dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia
dziecka za granicę w świetle wybranego orzecznictwa sądów81

Jędrzej Maksymilian Kondek

Naprawienie szkody z art. 446 § 3 Kodeksu cywilnego wyrządzonej
w wypadkach komunikacyjnych w świetle badań aktowych96

Rafał Adamus

W sprawie potrzeby uregulowania umowy franczyzy w Polsce 120

Filip Manikowski

Legitymacja procesowa w przypadku dochodzenia roszczeń
przez pacjenta 159

Patryk Kowalski

Powództwo organów podatkowych o ustalenie w świetle
badań empirycznych 185

Izabela Oleksy-Piesik

Realizacja prawa do sądu w sprawach aktualizacji opłaty rocznej
z tytułu użytkowania wieczystego jako spraw o charakterze cywilnym 213

Ewelina Mikołajczuk
Analiza funkcjonowania portali informacyjnych sądów powszechnych... 228

Marcin Białecki
Zakaz wyrokowania ponad żądanie – uwagi do wyroku
Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z 23.11.2018 r., II CNP 54/17250

Opinie i informacje

Michał Skwarzyński
Podmiotowe granice wolności słowa w wypowiedziach publicznych..... 261

Joanna Siekiera
Instytucja azylu w Norwegii..... 272

Contents:

Articles

Konrad Czech

Challenges in the Area of Judicial Resolution of International
Disputes Concerning Climate Change: Towards the Blurring
of Boundaries Between Public and Private Law?9

Magdalena Arczewska

The Temporary Nature of Family Foster Care in the Light
of the Results of Empirical Studies..... 45

Sławomira Kotas-Turoboyska

Evaluation of a Child's Objection Expressed under Article 13(2)
of the Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction
in the Light of Case Law81

Jędrzej Maksymilian Kondek

Redressing Damage under Article 446(3) of the Civil Code Caused
in Road Accidents in the Light of Case File Study..... 96

Rafał Adamus

On the Need to Regulate Franchise Agreements in Poland 120

Filip Manikowski

Locus Standi to Sue in the Event of Pursuing Claims Related
to Violations of Patient Rights 159

Patryk Kowalski

Actions Brought by Tax Authorities to Establish Existence
or Non-Existence of a Legal Relationship or Right in the Light
of Empirical Legal Research..... 185

Izabela Oleksy-Piesik

Fulfilment of the Right to a Fair Trial in Cases of Adjusting the Annual
Perpetual Usufruct Fee as Civil Law Cases..... 213

Ewelina Mikołajczuk	
Analysis of the Functioning of Ordinary Courts' Information Portals.....	228

Marcin Białecki	
Prohibition of Awarding Beyond the Pursued Claim.	
Comments on Judgment of the Supreme Court – Civil Chamber	
of 23 November 2018, II CNP 54/17	250

Opinions and knowledge

Michał Skwarzyński	
Entity-Related Limits of Freedom of Speech in Public Statements.....	261

Joanna Siekiera	
Asylum in Norway	272

Konrad Czech*

Wyzwania w zakresie adjudykacyjnego rozstrzygania sporów międzynarodowych dotyczących zmian klimatu – w kierunku zacierania się granic prawa publicznego i prywatnego? **

1. WPROWADZENIE

Artykuł analizuje zagadnienie adjudykacyjnego rozstrzygania sporów międzynarodowych dotyczących w sposób bezpośredni lub pośredni problematyki zmian klimatu¹. Opracowanie odnosi się głównie do sporów w konfiguracjach międzypaństwowych i mieszanych, choć w znacznym stopniu także w prywatnych, mogących występować obok wcześniej wymienionych. Z tego względu w artykule używane jest pojęcie „adjudykacyjnych” sposobów rozstrzygania sporów, które podkreśla potrzebę szerszego spojrzenia na omawianą problematykę niż tylko przez pryzmat metod sądowych znanych prawu międzynarodowemu. Istnieje szereg trudności w zakresie holistycznego rozstrzygania sporów dotyczących zmian klimatu z użyciem typowych dla prawa międzynarodowego metod sądowych, które wynikają – z jednej strony – z daleko posuniętej specyfiki reżimu zmian klimatu, a z drugiej strony, z proliferacji „konkurujących” ze sobą sądów i trybunałów międzynarodowych, jak i z pewnych ograniczeń stosowanych w nich procedur oraz praktyk proceduralnych. Biorąc pod uwagę, że zjawisko zmian klimatu stanowi przedmiot

* Doktor nauk prawnych, LL.M. (NYU/NUS), adiunkt w Katedrze Prawa Międzynarodowego i Europejskiego, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Polska, ORCID: 0000-0002-4854-3675, e-mail: k.czech@uksw.edu.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 10.11.2020 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 13.10.2021 r.

¹ Jak podaje ostatni raport Międzyrządowego Panelu ds. Zmian Klimatu (*Intergovernmental Panel on Climate Change*, IPCC), każda z trzech dekad między 1982 r. a 2012 r. była cieplejsza niż jakakolwiek dekada przed rozpoczęciem rewolucji przemysłowej – zob. IPCC, *Climate Change 2014 Synthesis Report*, Genewa 2014, s. 2, https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/02/SYR_AR5_FINAL_full.pdf (dostęp: 5.09.2020 r.). Zob. także K. Marciniak, *Zmiany klimatu jako wspólna sprawa ludzkości: współczesne uwarunkowania międzynarodowoprawne, ze szczególnym uwzględnieniem Porozumienia paryskiego* [w:] *Wspólne wartości prawa międzynarodowego, europejskiego i krajowego*, red. E. Gała-Wacinkiewicz, J. Menkes, Warszawa 2018, s. 105–106; S.M. Christiansen, *Climate Conflicts – A Case of International Environmental and Humanitarian Law*, Cham 2016, s. 5–6.

troski i odpowiedzialności nie tylko pierwotnych podmiotów prawa międzynarodowego, klarownym jest, że dotychczasowe paradygmaty postępowań spornych przed Międzynarodowym Trybunałem Sprawiedliwości (dalej MTS) nie współgrają z potrzebami oraz wyzwaniem, przed którymi stoją niepaństwowi interesariusze w procesie przeciwdziałania zmianom klimatu. Interesariuszami tymi są organizacje pozarządowe (*non-governmental organizations*, NGO), społeczności rdzenne (ludy tubylcze), korporacje ponadnarodowe (*multinational corporations*, MNC) czy uczestnicy dotychczasowych mechanizmów rynkowych z art. 6 i art. 12 Protokołu z Kioto do Ramowej Konwencji Narodów Zjednoczonych w sprawie zmian klimatu (dalej Protokół z Kioto), względnie uczestnicy przyszłych mechanizmów rynkowych po ich zastąpieniu nowymi mechanizmami². Aktualne paradygmaty metod sądowych nie współgrają ponadto z interesami organizacji międzynarodowych, w tym przede wszystkim regionalnych, które ani nie mogą być stroną postępowań spornych, ani nie mogą zabierać przed MTS głosu przez przedstawianie *amici curiae*.

Powyżej wskazane i inne omówione w artykule wyzwania prowadzą do wniosku, że kanoniczna analiza problematyki rozstrzygania sporów międzynarodowych – prowadzona przez pryzmat metod ich rozstrzygania wymienionych w art. 33 Karty Narodów Zjednoczonych³ – nie pozwala naświetlić pełnego spektrum potencjalnych sporów prawnych dotyczących zmian klimatu i sposobów ich możliwego rozstrzygnięcia. Procedury rozstrzygania sporów międzynarodowych na tle interpretacji lub stosowania Ramowej konwencji Narodów Zjednoczonych w sprawie zmian klimatu⁴ (UNFCCC) i Porozumienia paryskiego do Ramowej konwencji Narodów Zjednoczonych w sprawie zmian klimatu⁵ – uregulowane odpowiednio w art. 14 UNFCCC i art. 24 Porozumienia paryskiego, których litera jest inspirowana art. 33 KNZ – odnoszą się tylko do niewielkiego wycinka sporów międzynarodowych na tle zmian klimatu, jakimi są spory międzypaństwowe. Tego rodzaju spory – sprawy przed międzynarodowymi sądami i trybunałami bezpośrednio dotyczące problematyki zmian klimatu – wydają się mniej prawdopodobne niż sprawy inicjowane w konfiguracjach mieszanych lub prywatnych przez podmioty niepaństwowe na forach innych niż zarezerwowane dla państw. Te ostatnie spory mogą niekiedy dotyczyć tych samych stanów faktycznych, co spory na forum MTS lub arbitrażu międzypaństwowego. Mogą także co najmniej pośrednio dotyczyć problematyki klimatycznej, tj. posiadać elementy klimatyczne umożliwiające uzyskanie wypowiedzi orzeczniczej na temat zmian klimatu. Innymi słowy, wielopostaciowość sporów dotyczących na różne sposoby zmian klimatu powoduje, że większość sporów

² Protokół z Kioto do Ramowej Konwencji Narodów Zjednoczonych w sprawie zmian klimatu, sporządzony w Kioto 11.12.1997 r. (Dz.U. z 2005 r. Nr 203, poz. 1684). Umowa ta nadal obowiązuje, choć „polityczna i formalna” przyszłość Protokołu z Kioto i Poprawki dauhańskiej jest niepewna – zob. K. Marciniak, *Zmiany... [w:] Wspólne...*, s. 119 (z racji obowiązywania czynione będą odniesienia do Protokołu z Kioto w niniejszym artykule). Obecnie negocjowane są nowe mechanizmy rynkowe, które zastąpią mechanizmy Protokołu z Kioto.

³ Karta Narodów Zjednoczonych, Statut Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości i Porozumienie ustanawiające Komisję Przygotowawczą Narodów Zjednoczonych (Dz.U. z 1947 r. Nr 23, poz. 90) – dalej KNZ.

⁴ Ramowa konwencja Narodów Zjednoczonych w sprawie zmian klimatu, sporządzona w Nowym Jorku 9.05.1992 r. (Dz.U. z 1996 r. Nr 53, poz. 238).

⁵ Porozumienie paryskie do Ramowej konwencji Narodów Zjednoczonych w sprawie zmian klimatu, sporządzone w Nowym Jorku 9.05.1992 r., przyjęte w Paryżu 12.12.2015 r. (Dz.U. z 2017 r. poz. 36) – dalej Porozumienie paryskie.

mogących generować transgraniczne sprawy z elementami klimatycznymi wymyka się znanej z prawa międzynarodowego analizie na kanwie klasycznych metod tzw. *international dispute settlement* (IDS). Co więcej, niezależnie od wąskiego zakresu zastosowania, metody sądowe wdrażane w konfiguracjach *state-to-state* mają wady takie jak chociażby brak możliwości zapewnienia wykonalności wyrokom wydawanym w arbitrażu międzypaństwowym czy niedostateczne wykorzystanie biegłych w sprawach przed MTS.

Odpowiedzią na zidentyfikowane problemy może być w przyszłości, m.in. konsolidacja różnego rodzaju postępowań spornych (spraw z elementami klimatycznymi) prowadzonych paralelnie w rozmaitych konfiguracjach i dotyczących tego samego stanu faktycznego w jeden wielostronny spór arbitrażowy (choćby pod auspicjami Stałego Trybunału Arbitrażowego, STA) o cechach mieszanych (zarazem publiczno- i prywatnoprawnych). Do promocji tego rodzaju możliwości wydaje się dążyć aktualnie nie tylko STA, ale także inne instytucje arbitrażowe, szczególnie Międzynarodowa Izba Handlowa (*International Chamber of Commerce*, ICC), która jako pierwsza w historii organizacja sektora prywatnego uzyskała w 2016 r. status obserwatora prac Zgromadzenia Ogólnego Organizacji Narodów Zjednoczonych (ZO ONZ)⁶. Należy spodziewać się wzrostu liczby spraw z elementami klimatycznymi, czego efektem ubocznym może być dynamizacja zacierania się granic między domeną prawa publicznego a prywatnego w zakresie IDS (odchodzenie od *stricte* publicznoprawnych metod na rzecz metod mieszanych, wdrażanych z udziałem państw pod egidą instytucji prywatnych takich jak ICC, z wykorzystaniem ich prywatnoprawnych procedur, które przewidują różnego rodzaju formy partycypacji w postępowaniach spornych dla wszystkich interesariuszy w procesie walki ze zmianami klimatu).

2. ZAŁOŻENIA I STRUKTURA ANALIZY ZAGADNIENIA

Na potrzeby artykułu przyjęto, że wypracowanie sprawnych sposobów rozstrzygania sporów międzynarodowych dotyczących problematyki klimatycznej, w tym metod adjudykacyjnych, jest pożądane w celu zapewnienia efektywności prawnomiędzynarodowemu reżimowi odnoszącemu się do tych zmian⁷. Zarazem przedstawiona przez Międzynarodowe Stowarzyszenie Prawników (*International Bar Association*, IBA) w raporcie *Achieving Justice and Human Rights in an Era of Climate Disruption* (dalej Raport IBA 2014) koncepcja *climate justice* nakazuje spojrzeć na postępowania adjudykacyjne szerzej niż tylko przez pryzmat sporów w konfiguracjach międzypaństwowych⁸. Kładzie ona nacisk na zapewnienie nie tylko państwom, ale także jednostkom praw materialnych i proceduralnych niezbędnych do włączenia się w walkę ze skutkami zmian klimatu na poziomie krajowym, regionalnym

⁶ Rezolucja ZO ONZ z 13.12.2016 r. Nr A/RES/71/156. Zob. także ICC, *ICC granted UN Observer Status*, <https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/un-general-assembly-grants-observer-status-international-chamber-commerce-historic-decision/> (dostęp: 5.09.2020 r.).

⁷ Niemniej zob. D. French, L. Rajamani, *Climate Change and International Environmental Law: Musings on a Journey to Somewhere*, "Journal of Environmental Law" 2013/3, t. 25, s. 451–452. Zob. także D. Bodansky, *The Role of The International Court of Justice in Addressing Climate Change: Some Preliminary Reflections*, "Arizona State Law Journal" 2017, t. 49, s. 692–693.

⁸ Zob. IBA, *Achieving Justice and Human Rights in an Era of Climate Disruption*, Londyn 2014, s. 2–3, <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=0f8cee12-ee56-4452-bf43-cfcab196cc04> (dostęp: 14.10.2021 r.).

i międzynarodowym⁹. Nie powinno budzić wątpliwości, że rozwój wiążących metod rozstrzygania sporów międzynarodowych – nie tylko międzypaństwowych – może przyczynić się do zwiększania świadomości zagrożeń wynikających ze zmian klimatu (dzięki częstszym i bardziej wymownym wypowiedziom orzeczniczym w tym przedmiocie być może zjawisko zmian klimatu przestanie być negowane).

Postrzeganie omawianych metod jako peryferyjnych w niehierarchicznym i w znacznym stopniu konsensualnie zbudowanym systemie prawa międzynarodowego, w tym w prawie środowiska, powinno zmienić się na rzecz częstszego dostrzegania ich istotnej roli we wprowadzaniu tego prawa w życie. Znaczenie sądowych metod rozstrzygania sporów międzynarodowych w reżimie zmian klimatu będzie stopniowo wzrastać wraz z zaostrzaniem się problemu zmian klimatu i wzrastającą niepewnością co do możliwości podtrzymywania dotychczasowych konsensusów. „Transakcyjna” optyka metod dyplomatycznych, przede wszystkim negocjacji, może zawodzić w sytuacji, gdy pole do ustępstw pozwalających na poszukiwanie międzynarodowych kompromisów kurczy się wobec narastania zjawiska zmian klimatycznych¹⁰. Fakt, że państwa niechętnie godzą się na wszelkie klauzule IDS w zawieranych umowach międzynarodowych ani nie przekreśla znaczenia omawianej problematyki, ani nie zwalnia z potrzeby poszukiwania nowych rozwiązań w zakresie optymalnej architektury proceduralnej metod sądowych, która lepiej odpowiadać będzie na aktualne potrzeby, przełamując dotychczasowe kanony myślowe¹¹. Choć więc trafne jest znane twierdzenie, że „rozstrzyganie sporów jest dla prawa międzynarodowego tym, czym jest patologia dla medycyny (...)”, przez co bywa spychane na margines nauki prawa międzynarodowego, niedowartościowywanie tej materii w walce ze zmianami klimatu, szczególnie roli metod adjudykacyjnych, a także ograniczanie ich analizy jedynie do konfiguracji *state-to-state* powinno się zmienić¹². Niniejszy artykuł dąży do zmiany narracji deprecjonującej postępowania sporne i do przedstawienia nowego spojrzenia na ich optymalny kształt.

We wskazanym wyżej celu opracowanie najpierw omawia: a) cechy prawno-międzynarodowego reżimu zmian klimatu, które determinują specyfikę sporów dotyczących problematyki klimatycznej (pkt 3), następnie b) przybliży wielopostaciowy i wielojurysdykcyjny charakter sporów na tle tego samego stanu faktycznego, którego efektem jest możliwość rozpoczęcia w związku z nim więcej niż jednej sprawy z elementami klimatycznymi, w tym spraw z udziałem jednostek (pkt 4), po czym c) omawia proceduralne mankamenty wykorzystania sądowych metod IDS z UFGCC w celu pozyskania wypowiedzi orzeczniczych na temat zmian klimatu,

⁹ IBA, *Achieving...*, s. 2.

¹⁰ Zob. szerzej C. Romano, *International Dispute Settlement* [w:] *Oxford Handbook of International Environmental Law*, red. D. Bodansky, J. Brunnée, E. Hey, Oksford 2008, s. 1037–1038; D. Bodansky, *The Role...*, s. 692. Na tle relacji metod dyplomatycznych i sądowych zob. E. Lis, *Miejsce negocjacji w pokojowym załatwianiu sporów* [w:] *Prawo międzynarodowe – Idee a rzeczywistość*, red. E. Cała-Wacinkiewicz, Warszawa 2018, s. 310–311, 317, 327–328.

¹¹ Co do niechęci do zawierania klauzul IDS zob. A.T. Guzman, *The Cost of Credibility: Explaining Resistance to Interstate Dispute Resolution Mechanisms*, „The Journal of Legal Studies” 2002/2, t. 31, s. 304. Zob. także B. Koremenos, *If Only Half of International Agreements Have Dispute Resolution Provisions, Which Half Needs Explaining?*, „The Journal of Legal Studies” 2007/1, t. 36, s. 190.

¹² C. Romano, *International...* [w:] *Oxford Handbook...*, s. 1037. Niemniej zob. D. Bodansky, *The Role...*, s. 712. Często twierdzi się, że skuteczną alternatywą dla IDS są postępowania sądowe przed sądami krajowymi – zob. D. French, L. Rajamani, *Climate Change...*, s. 453; D. Bodansky, *The Role...*, s. 699.

jak też potencjalne zalety i wady wykorzystania niekiedy arbitrażu inwestycyjnego w sprawach z elementami klimatycznymi (pkt 5 i 6), aby na koniec d) wskazać na potrzebę uwzględniania w przyszłych porozumieniach klimatycznych roli podmiotów niepaństwowych w walce ze zmianami klimatu i omówić prawdopodobny wzrost znaczenia instytucji oraz procedur arbitrażowych w rozstrzyganiu wielostronnych sporów dotyczących problematyki klimatycznej (pkt 7).

3. CECHY PRAWNOMIĘDZYNARODOWEGO REŻIMU ZMIAN KLIMATU

Najważniejsze jest to, aby akty prawne składające się na reżim prawny zmian klimatu zostały wspomniane na wstępie, a są nimi UNFCCC i umowy uzupełniające jej ramifikację, czyli Protokół z Kioto oraz Porozumienie paryskie (reżim zmian klimatu *sensu stricto*). Analityczne omówienie ich celów i kluczowych postanowień, w tym charakteru zawartych w nich zobowiązań międzynarodowych, dla każdej z tych umów z osobna nie jest możliwe w tym artykule – spowodowałoby jego nadmierne rozbudowanie¹³. Zamiast tego zostaną poniżej wskazane syntetycznie jedynie takie cechy reżimu zmian klimatu – oraz szerzej międzynarodowego prawa środowiska – które będą rzutować na charakter sporów prawnych na tle zmian klimatu.

Po pierwsze, reżim prawa zmian klimatu, będąc wrośnięty w międzynarodowe prawo środowiska, niejako „dziedziczy” trapiące je problemy, nawet jeśli uznać, że pod pewnymi względami przejawia interesujące odrębności¹⁴. Tak jak międzynarodowe prawo środowiska z pewnością nie jest samowystarczającym porządkiem prawnym (*self-contained regime*), tak też nie jest nim reżim zmian klimatu oparty na UNFCCC¹⁵. Obok podstawowych umów międzynarodowych wskazanych wyżej, szerzej rozumianej problematyki ochrony klimatu i atmosfery dotyczą umowy niezależne od ram UNFCCC¹⁶, pewne znaczenie w tej dziedzinie mają dodatkowo inne wielostronne umowy międzynarodowe, w tym takie, których nie zalicza się do międzynarodowego prawa środowiska, jak np. Konwencja Narodów Zjednoczonych o prawie morza¹⁷. Nie powstała wyspecjalizowana organizacja systemu NZ, która czuwałaby nad spójnym rozwojem tego reżimu. Wobec dekoncentracji relewantnych norm prawa międzynarodowego – faktu ich ułokowania w szeregu umów – wydaje się, że terminu „reżim

¹³ Szerzej zob. K. Marciniak, *Zmiany...* [w:] *Wspólne...*, s. 116 i n.

¹⁴ Za cechy specyficzne można uznać odchodzenie od typowego dla prawa środowiska różnicowania zobowiązań państw w zależności od stopnia ich rozwoju i liberalizację rozumienia pojęcia „konsensusu” koniecznego do podejmowania decyzji przez konferencję stron – zob. D. French, L. Rajamani, *Climate Change...*, s. 439–440 i 449.

¹⁵ Tak A. Boyle, *Relationship Between International Environmental Law and Other Branches of International Law*, [w:] *Oxford Handbook...*, s. 125 i n. Zob. odmiennie M. Medvedieva, T. Shevchenko, I. Sopilko, A. Guliev, S. Bilotsky, L. Nevara, A. Lovin, D. Sirokha, *Fragmentation and Synergies in International Climate Change Regime*, „Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues” 2018/3, t. 21, s. 4.

¹⁶ Niezależne od UNFCCC są choćby Konwencja o ochronie warstwy ozonowej sporządzona w Wiedniu 22.03.1985 r. (Dz.U. z 1992 r. Nr 98, poz. 488) i Protokół montrealski w sprawie substancji zubażających warstwę ozonową sporządzony w Montrealu 16.09.1987 r. (Dz.U. z 1992 r. Nr 98, poz. 490). Zob. szerzej M. Medvedieva, T. Shevchenko, I. Sopilko, A. Guliev, S. Bilotsky, L. Nevara, A. Lovin, D. Sirokha, *Fragmentation...*, s. 4 i n. Zob. także IBA, *Achieving...*, s. 64.

¹⁷ Konwencja Narodów Zjednoczonych o prawie morza sporządzona w Montego Bay 10.12.1982 r. (Dz.U. 2002 Nr 59, poz. 543). Problematyce relacji tej konwencji do zjawiska zmian klimatu poświęcony został numer specjalny czasopisma „The International Journal of Marine and Coastal Law” przygotowany pod red. M. McCreath, A.R. Maggio („The International Journal of Marine and Coastal Law 2019”, Special Issue: Climate Change and the LOSC 2019/3, t. 34). Zob. także W.C.G. Burns, *Potential Causes of Action for Climate Change Damages in International Fora: The Law of the Sea Convention*, „McGill Journal of Sustainable Development Law” 2006/1, t. 2, s. 28 i n.

zmian klimatu” można używać również w szerszym znaczeniu w odniesieniu do zbioru wszystkich norm adresujących zagadnienia ochrony przed globalnym ociepleniem, ochrony warstwy ozonowej, ochrony atmosfery, czy dotyczących wielkoskalowych modyfikacji pogody. Problematyka zmian klimatu przenika zresztą nie tylko do międzynarodowego prawa morza, lecz także m.in. do sfery praw człowieka¹⁸. Proces ten prowadzi do dwukierunkowego oddziaływania, rodząc możliwe konflikty lub synergie norm prawnych¹⁹. Wskazuje się na możliwość pozwania państwa w związku z nadmierną emisją gazów cieplarnianych przez jednostkę na jednym z forów odpowiednich dla ochrony praw człowieka²⁰. Jednocześnie stosowanie norm prawnych tworzących reżim zmian klimatu nie może odbywać się w „ideologicznej próżni”, w tym w oderwaniu od szeroko pojmowanej problematyki praw człowieka. Symptomatyczna wydaje się pod tym względem preambuła do Porozumienia paryskiego. Stwierdzono w niej m.in., że strony Porozumienia paryskiego „podejmując działania dotyczące zmian klimatu, powinny respektować, promować i uwzględnić swoje odpowiednie zobowiązania dotyczące praw człowieka, prawa do zdrowia, praw ludów rdzennych, społeczności lokalnych (...)”. Problematykę zmian klimatu można również analizować z perspektywy międzynarodowego prawa humanitarnego²¹. Wszystko to oznacza, że na płaszczyźnie międzynarodowej dochodzi do niekontrolowanego rozproszenia relewantnych dla problematyki zmian klimatu norm między co najmniej kilka lub kilkanaście umów międzynarodowych, spośród których część zaliczana jest do odmiennych działów prawa międzynarodowego.

Dywersyfikacja umiejscowienia relewantnych norm jest efektem rozwoju prawa traktatowego w kierunku licznych podsystemów, których historyczne i funkcjonalne zróżnicowanie powoduje, że w ich ramach mogą powstawać normy prawne adresujące to samo zjawisko z odmiennych perspektyw – wpisuje się ona w zagadnienie fragmentacji prawa międzynarodowego²². Wszystko to idzie w parze z brakiem jednego wyspecjalizowanego organu sądowego, który zapewniłby harmonijny rozwój zbioru norm odnoszących się do zmian klimatu – dotyczy to również bardziej generalnie całego międzynarodowego prawa środowiska (zjawisko tzw. *fragmentation of interpretation* albo *fragmentation of jurisdiction*)²³. W historii międzynarodowego

¹⁸ Zob. szerzej A. Boyle, *Human Rights and the Environment: Where Next?*, “The European Journal of International Law” 2012/2, t. 23, s. 613 i n.; T. Koivurova, S. Duyck, L. Heinämäki, *Climate Change and Human Rights* [w:] *Climate Change and the Law*, red. E. Hollo, K. Kulovesi, M. Mehling, Dordrecht–Heidelberg–Nowy Jork–Londyn 2013, s. 287 i n. Zob. także IBA, *Achieving...*, s. 6, 41–43, 66–69.

¹⁹ M. Medvedieva, T. Shevchenko, I. Sopilko, A. Guliiev, S. Bilotsky, L. Nevara, A. Lovin, D. Sirokha, *Fragmentation...*, s. 9.

²⁰ Zob. E.A. Posner, *Climate Change and International Human Rights Litigation: A Critical Appraisal*, “University of Pennsylvania Law Review” 2007/6, t. 155, s. 1926, 1929 i n. Jedną z ciekawszych prób wykorzystania instytucji ochrony praw człowieka była petycja Inuitów do Międzyamerykańskiej Komisji Praw Człowieka z 2005 r., https://earthjustice.org/sites/default/files/library/legal_docs/petition-to-the-inter-american-commission-on-human-rights-on-behalf-of-the-inuit-circumpolar-conference.pdf (dostęp: 12.09.2020 r.). Zob. szerzej co do problemów w takich sporach: O. Quirico, *Climate Change and State Responsibility for Human Rights Violations: Causation and Imputation*, “Netherlands International Law Review” 2018/2, t. 65, s. 189 i n.

²¹ Zob. szerzej S.M. Christiansen, *Climate...*, s. 6 oraz 194 i n.

²² Zob. Raport Grupy Badawczej Komisji Prawa Międzynarodowego (red. M. Koskenniemi), *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From the Diversification and Expansion of International Law*, s. 10–11, https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf (dostęp: 12.09.2020 r.). Na tle rozdrobnienia regulacji zmian klimatu zob. H. van Asselt, *Managing the Fragmentation of International Climate Law* [w:] *Climate Change...*, s. 331–332.

²³ Zob. E. Cała-Wacinkiewicz, *Fragmentacja prawa międzynarodowego – sposoby pojmowania i relacje między pojęciami i zjawiskami* [w:] *Fragmentacja prawa międzynarodowego*, Warszawa 2018, s. 25 (pdf). Zob. także H. van Asselt, *Managing...* [w:] *Climate Change...*, s. 345.

prawa środowiska znane są przypadki wydawania przez sądy i trybunały sprzecznych rozstrzygnięć, niczym np. w sprawie *Southern Bluefin Tuna*²⁴. Przy okazji tej sprawy wypada notabene wspomnieć, że niewykluczone jest, iż pewnymi aspektami zjawiska zmian klimatu, np. wzrostem poziomu mórz, zajmie się w przyszłości Międzynarodowy Trybunał Prawa Morza (postrzegany niekiedy jako merytoryczna konkurencja dla MTS, z uwagi na bardziej progresywne podejście do problemów prawa środowiska)²⁵. Niestety, nie znalazł uznania ani forsowany od lat 90. XX w. pomysł powołania wyspecjalizowanego międzynarodowego sądu, który rozpatrywałby wyłącznie sprawy z zakresu prawa środowiska (*International Environmental Court*), ani pomysł utworzenia trybunału klimatycznego (*Climate Justice Tribunal*), który przedstawiono podczas negocjowania Porozumienia paryskiego²⁶. Brak takiego organu nie pozwala uznać reżimu zmian klimatu za samowystarczalny. Co za tym idzie, jak twierdzą Duncan French i Lavanya Rajamani trudno mówić o „prawie zmian klimatu”, gdy normy prawne dotyczące tego zjawiska są tak dalece rozproszone, że mogą być poddawane interpretacji na odmiennych płaszczyznach przez co najmniej kilka organów sądowych²⁷. Choć więc termin „reżim zmian klimatu” odnoszony jest w pierwszej kolejności do UNFCCC, Protokołu z Kioto i Porozumienia paryskiego, to trzeba pamiętać, że umowy te nie wyczerpują zbioru norm relewantnych dla zjawiska zmian klimatycznych, a spory dotyczące stosowania tych norm mogą trafiać do szeregu sądów i trybunałów. Spory nie dotyczące bezpośrednio problemu zmian klimatu – jak np. sprawa *The South China Sea Arbitration* między Filipinami a Chinami²⁸ – mogą stanowić pewien asumpt do uzyskania niekiedy wypadkowych, lecz ważnych w kontekście przeciwdziałania zmianom klimatu wypowiedzi orzeczniczych.

Po drugie, skupiając się na reżimie zmian klimatu w ścisłym znaczeniu, historia negocjacji UNFCCC, Protokołu z Kioto i Porozumienia paryskiego²⁹, jak również nawet pobieżna analiza językowa ostatniego z tych instrumentów³⁰ pozwala dostrzec,

²⁴ Zob. postanowienie Międzynarodowego Trybunału Prawa Morza z 27.08.1999 r., *Southern Bluefin Tuna (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan)*, *Provisional Measures*, ITLOS Reports 1999, s. 280; wyrok Trybunału Arbitrażowego z 4.08.2000 r., *Southern Bluefin Tuna Case between Australia and Japan and between New Zealand and Japan, Award on Jurisdiction and Admissibility*, „Reports of International Arbitral Awards” 2000, t. XXIII, s. 1–57. Zob. także S. Marr, *The Southern Bluefin Tuna Cases: The Precautionary Approach and Conservation and Management of Fish Resources*, „European Journal of International Law” 2000/4, t. 11, s. 81 i n.

²⁵ Zob. P. Sands, *Climate Change and the Rule of Law*, wykład w Sądzie Najwyższym Zjednoczonego Królestwa z 17.09.2015 r., s. 10, 20, <https://www.supremecourt.uk/docs/professor-sands-lecture-on-climate-change-and-the-rule-of-law.pdf> (dostęp: 14.08.2020 r.); J. Juste-Ruiz, *The International Court of Justice and International Environmental Law* [w:] *International Courts and the Development of International Law*, red. N. Boschiero et al., Haga 2013, s. 399–400. Zob. także IBA, *Achieving...*, s. 13, 143.

²⁶ Zob. C. Romano, *International...* [w:] *Oxford Handbook...*, s. 1054; M. Wewerinke-Singh, C.F.J. Doebbler, *The Paris Agreement: Some Critical Reflections on Process and Substance*, „The University of New South Wales Law Journal” 2016/4, t. 39, s. 1514. Zob. także IBA, *Achieving...*, s. 15, 85–86.

²⁷ D. French, L. Rajamani, *Climate Change...*, s. 453. Niemniej zob. K. Kulovesi, *Exploring the Landscape of Climate Law and Scholarship: Two Emerging Trends* [w:] *Climate Change...*, s. 31.

²⁸ Wyrok Trybunału Arbitrażowego z 12.07.2016 r., *South China Sea Arbitration (Philippines v. China)*, STA Sprawa Nr 2013–19, s. 373 i n. Zob. także F.-K. Phillips, S. Maciunas, *How a Fight Over South China Islands Led to Climate Win*, <https://www.cigionline.org/articles/how-fight-over-south-china-islands-led-climate-win> (dostęp: 22.09.2020 r.); J.E. Viñuales, *The Influence of Environmental Protection on the Fabric of International Law* [w:] *Global Justice, Human Rights and the Modernization of International Law*, red. R. Pisillo Mazzeschi, P. De Sena, Cham 2018, s. 262–263.

²⁹ Zob. D. Bodansky, *The Legal Character of the Paris Agreement*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2735252 (dostęp: 12.09.2020 r.).

³⁰ Głównie zabiegi językowe służące obniżeniu stopnia obligatoryjności – zob. J. Werksman, *Remarks on the International Legal Character of the Paris Agreement Agreement*, „Maryland Journal of International Law” 2019/1, t. 34, s. 349 i 355; M. Wewerinke-Singh, C.F.J. Doebbler, *The Paris Agreement...*, s. 1496; K. Marciniak, *Zmiany...* [w:] *Wspólne...*, s. 123–124.

że ich powstawaniu towarzyszyły spory o optymalny model zobowiązań prawnych. Zderzające się koncepcje prowadziły do negocjacyjnych impasów i kompromisów, przekuwanych na zapisy traktatowe o zróżnicowanych poziomach „twardości” (*hardness*). Jest to szczególnie dostrzegalne na przykładzie Porozumienia paryskiego, które bywa krytykowane jako umowa nadmiernie ogólnikowa, przyzwalająca na nadmierny „woluntaryzm” jej stron³¹. Pokłosiem tego stanu rzeczy jest duża rola odgrywana w rozwoju reżimu zmian klimatu przez decyzje Konferencji Stron Ramowej konwencji Narodów Zjednoczonych w sprawie zmian klimatu (*Conference of the Parties*, COP), które, co do zasady, przejawiają charakter klimatycznego *soft law*³². W efekcie, reżim zmian klimatu można w pewnym uproszczeniu określić mianem swoistego amalgamu traktatowego *hard law*, lecz często na dość niskim poziomie szczegółowości, nasyczonego „miękkimi” kompromisowymi zapisami, a także formalnie niewiążącego *soft law*, którego nieformalne znaczenie jest jednak nie do przecenienia³³. Komponent *soft law* dynamizuje adaptowanie się omawianego reżimu do zmieniających się potrzeb społeczności międzynarodowej, pozwala on na lepsze rozumienie *hard law*, umożliwia uelastycznienie niektórych zobowiązań państw, a ponadto ułatwia zapewnianie zgodności działań stron z ich zobowiązaniami³⁴. Przykładowo dla tej ostatniej funkcji, dzięki decyzji COP 7 (tzw. Porozumienia z Marrakeszu), stworzono *Compliance Committee* zajmujący się wspomaganie, promowaniem oraz egzekwowaniem realizacji obowiązków stron Protokołu z Kioto³⁵. Na gruncie Porozumienia paryskiego istotny dla zilustrowania tej funkcji jest art. 15, który przyznaje COP służącemu jako Spotkanie Stron (*Meeting of the Parties*, MOP) mandat do ustanowienia procedur komitetu eksperckiego mającego za zadanie „ułatwiać wdrażanie (...) Porozumienia i promować przestrzeganie jego postanowień”.

Złożony charakter reżimu zmian klimatu podważa jednak zasadność wykorzystywania tradycyjnych metod adjudykacyjnych w celu rozstrzygania przyszłych sporów (np. przed MTS). Nie dość, że niski stopień „twardości” zapisów traktatowych może utrudniać stwierdzenie ich naruszenia, to dodatkowo – przynajmniej w teorii – może powstać problem statusu *soft law* w przyszłych postępowaniach adjudykacyjnych³⁶. Jednocześnie działania COP stwarzają tzw. endogenną – dostęp-

³¹ L. Rajamani, *The 2015 Paris Agreement: Interplay Between Hard, Soft Law and Mixed Obligations*, „Journal of Environmental Law” 2016/2, t. 28, s. 337–338.

³² D. French, L. Rajamani, *Climate Change...*, s. 443 i n.

³³ D. French, L. Rajamani, *Climate Change...*, s. 444. Zob. także A. Vihma, *Analyzing Soft Law and Hard Law in Climate Change* [w:] *Climate Change...*, s. 146 i n.

³⁴ Zob. F.A. Cárdenas Castañeda, *A Call for Rethinking the Sources of International Law: Soft Law and the Other Side of the Coin*, „Anuario Mexicano de Derecho Internacional” 2013, t. XIII, s. 365–366 i 388; D. French, L. Rajamani, *Climate Change...*, s. 444–445.

³⁵ Decyzja COP 24/CP.7 z 10.11.2001 r., <https://unfccc.int/sites/default/files/resource/docs/cop7/13a03.pdf> (dostęp: 12.09.2020 r.). Zob. szerzej M. Doelle, *Compliance and Enforcement in the Climate Change Regime* [w:] *Climate Change...*, s. 166; S. Urbinati, *Non-compliance Procedures under the Kyoto Protocol*, „Baltic Yearbook of International Law” 2003, t. 3, s. 232, 234–235; M. Montini, *The Kyoto Protocol in the International Environmental Law Context and the Post-2012 Scenario* [w:] *Developing CDM Projects in the Western Balkans Legal and Technical Issues Compared*, red. M. Montini, Dordrecht–Heidelberg–Londyn–Nowy Jork 2010, s. 16–18.

³⁶ Zob. szerzej F.A. Cárdenas Castañeda, *A Call for Rethinking...*, s. 358–360. Niemniej zob. A. Cardesa-Salzmann, *Non-Compliance Procedures in Multilateral Environmental Agreements: Weaknesses’ Diagnosis & Therapy*, https://www.researchgate.net/publication/263044895_Non-Compliance_Procedures_in_Multilateral_Environmental_Agreements_Weaknesses%27_Diagnosis_Therapy (dostęp: 14.09.2020 r.) – autor ten wskazuje na synergię między mechanizmami *non-compliance* i metodami sądowymi, twierdząc m.in., że rozstrzygnięcia zapadające w ramach tych pierwszych i decyzje COP można rozpatrywać na gruncie art. 31 ust. 3 lit. „b” Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów, sporządzonej w Wiedniu 23.05.1969 r. (Dz.U. z 1990 r. Nr 74, poz. 439).

ną w ramach reżimu zmian klimatu i pozytywnie ocenianą – alternatywę dla metod adjudykacyjnych (*non-compliance mechanisms*)³⁷. Mechanizmy *non-compliance* są typowe dla międzynarodowego prawa środowiska³⁸. Wykształcenie się dzięki *soft law* tego rodzaju wewnętrznej alternatywy o niekonfrontacyjnym charakterze prowadzi do zatarcia podziału na dyplomatyczne i sądowe metody rozstrzygania sporów znanego z art. 33 KNZ³⁹. Wobec wykształcenia się mechanizmów *non-compliance*, działających pod auspicjami i dzięki decyzjom COP, zmalało znaczenie metod rozstrzygania sporów z art. 14 UFCCC (niemniej, biorąc pod uwagę rosnącą aktualność problemu zmian klimatu, może już niedługo dochodzić np. do intensywniejszego wykorzystania metod dyplomatycznych przez państwa dla wsparcia interesów swoich obywateli w ich sporach).

Po trzecie, dostrzegalne jest, że reżim zmian klimatu wypracowany na płaszczyźnie międzynarodowej oddziałuje na regulacje problematyki klimatycznej na płaszczyźnie regionalnej i krajowej, którą są z nim wzajemnie powiązane. Inaczej mówiąc, obok przedstawionego już horyzontalnego (w obrębie prawa międzynarodowego) przenikania problematyki klimatycznej poza materię umów składających się na międzynarodowe prawo środowiska, dochodzi do wertykalnego „schodzenia” tej problematyki na mniej uniwersalne płaszczyzny regulacyjne (regionalne i krajowe), co wynika z potrzeby implementacji i konkretyzacji ogólnikowych zobowiązań państw⁴⁰. W wyniku tego procesu, po zmianie płaszczyzny regulacyjnej, normy prawne wynikające z umów międzynarodowych zyskują nowych adresatów, których pojawienie się wzbogaca możliwe konfiguracje procesowe w sprawach z elementami klimatycznymi (jeszcze bardziej multiplikując fora, na które mogą trafiać takie sprawy). Daje się również dostrzec związany z tym trend do swoistej „merkantylizacji” pewnych aspektów prawa środowiska⁴¹. Abstrahując od szczegółowej analizy licznych przykładów tych zjawisk, dobrą egzemplifikacją mogą być mechanizmy rynkowe ustanowione w Protokole z Kio-to, które umożliwiły państwom bardziej elastyczne wypełnienie swoich zobowiązań poprzez wciągnięcie podmiotów prywatnych do grona interesariuszy w przeciwdziałaniu zmianom klimatu. W trend do „merkantylizacji” wpisują się: a) mechanizmy wspólnego wdrożenia, *joint implementation* (JI) z art. 6 tej umowy, b) mechanizmy czystego rozwoju, *clean development* (CDM) z art. 12, jak też c) mechanizmy handlu emisjami, *International Emission Trading* (IET) z art. 17 (wraz z precyzującymi go decyzjami COP)⁴². Wdrożenie tych mechanizmów wymagało działań na poziomie krajowym i regionalnym. Na przykład ramifikacja przeprowadzania w Polsce projektów JI wymagała przyjęcia ustawy z 17.07.2009 r. o systemie zarządzania emisjami gazów cieplarnianych i innych substancji⁴³, której przepisy określiły wymagania projektów JI w ramach tzw. ścieżki I (krajowej) oraz ścieżki II (nakreślonej też międzynarodowo

³⁷ Dla wyróżnienia metod endogennych i egzogennych zob. C. Romano, *International...* [w:] *Oxford Handbook...*, s. 1039. Co do możliwego spadku skuteczności mechanizmów *non-compliance* zob. M. Wewerinke-Singh, C.F.J. Doebbler, *The Paris Agreement...*, s. 1514.

³⁸ Zob. S. Urbinati, *Non-compliance...*, s. 229–231; C. Romano, *International...* [w:] *Oxford Handbook...*, s. 1038–1039.

³⁹ Zob. N. Goeteyn, F. Maes, *Compliance Mechanisms in Multilateral Environmental Agreements: An Effective Way to Improve Compliance?*, https://www.researchgate.net/publication/261993368_Compliance_Mechanisms_in_Multilateral_Environmental_Agreements_An_Effective_Way_to_Improve_Compliance (dostęp: 14.09.2020 r.).

⁴⁰ K. Kulovesi, *Exploring...* [w:] *Climate Change...*, s. 33, 43 i 46.

⁴¹ J.L. Huffman, *The Past and Future of Environmental Law*, „Environmental Law” 2000/1, t. 30, s. 31.

⁴² Zob. m.in. M. Montini, *The Kyoto Protocol...* [w:] *Developing...*, s. 13–16.

⁴³ Dz.U. z 2009 r. Nr 130, poz. 1070.

w decyzji COP służącej jako MOP)⁴⁴. Z kolei mechanizmów IET nie sposób omówić bez przedstawienia najistotniejszej inicjatywy regionalnej w zakresie handlu emisjami, jaką jest działający od 2005 r. unijny system handlu emisjami, który ułatwia państwom członkowskim UE osiągnięcie celów redukcyjnych (*European Union Emission Trading Scheme*, EU ETS)⁴⁵. Nie wchodząc w zawilości projektów JI i CDM, jak też nie zagłębiając się w technalia EU ETS, trzeba powiedzieć, że mechanizmy te rodziły rozmaite spory na poziomie krajowym (np. spory podmiotów prywatnych z organami administracji publicznej rozstrzygane w sądach administracyjnych lub z ich partnerami w projekcie JI rozstrzygane w sądach powszechnych lub arbitrażu handlowym), na poziomie regionalnym (np. spory firm energetycznych z instytucjami UE oraz spory państw członkowskich z UE w Trybunale Sprawiedliwości Unii Europejskiej [TSUE]), jak i na poziomie międzynarodowym (np. spory podmiotów prywatnych z Komitetem Nadzorującym JI, czyli *Joint Implementation Supervisory Committee* (JISC), międzynarodowym ciałem działającym pod nadzorem i według wytycznych Spotkania Stron Protokołu z Kioto, na tle akredytacji wydawanych przez JISC, w których proponowane były najczęściej metody dyplomatyczne)⁴⁶.

Na styku trzech wskazanych wyżej poziomów regulacji problematyki zmian klimatu, czy też szerzej ochrony środowiska, niektórzy wyodrębniają skądinąd wspólny zbiór ich przepisów, odnoszących się do wszelkich stosunków prawnych z różnymi elementami transgranicznymi (tzw. prawo transnarodowe)⁴⁷. Charakterystyczne dla całego międzynarodowego prawa środowiska oddziaływanie na regulacje regionalne i krajowe, jak również możliwość wyodrębnienia zbioru przepisów transnarodowych powodują, że forsowana bywa koncepcja *global environmental law*. Jej zwolennicy podkreślają ścisłe powiązanie ze sobą różnych płaszczyzn regulacji problematyki ochrony środowiska (zmian klimatu)⁴⁸. W jej ramach podkreśla się również wzrost znaczenia NGO i MNC, które – nie będąc podmiotami prawa międzynarodowego – zaczynają odgrywać równie istotną rolę jak państwa, a wzrost ich znaczenia jest dostrzegalny przynajmniej od chwili wejścia w życie Protokołu z Kioto (wyznaczającego początek „urynkowania” reżimu zmian klimatu przez wykreowanie prywatnych interesariuszy)⁴⁹. Działania NGO na rzecz klimatu

⁴⁴ Krajowy Ośrodek Bilansowania i Zarządzania Emisjami, *Projekty wspólnych wdrożeń – możliwości realizacji w Polsce. Przewodnik dla inwestorów*, Warszawa 2011, https://www.kobize.pl/uploads/materialy/materialy_do_pobrania/opracowania/PROJEKTY_WSPOLNYCH_WDROZEN-mozliwosci_realizacji_w_Polsce_aktualizacja_2011.pdf (dostęp: 12.09.2020 r.).

⁴⁵ E.B. Bluemel, *Unraveling the Global Warming Regime Complex: Competitive Entropy In The Regulation Of The Global Public Good*, “University of Pennsylvania Law Review” 2007/6, t. 155, s. 2015 i n.

⁴⁶ Zob. szerzej Ch. Brown, *International, Mixed, and Private Disputes Arising Under the Kyoto Protocol*, “Journal of International Dispute Settlement” 2010/2, t. 1, s. 449; S. Simonett, *Legal Protection and (the Lack of) Private Party Remedies in International Carbon Emission Reduction Projects*, “Journal of Energy & Natural Resources Law” 2010/2, t. 28, s. 190 i n.; P.R. Kalas, A. Herwig, *Dispute Resolution Under the Kyoto Protocol*, “Ecology Law Quarterly” 2000/1, t. 27, s. 64–66; F. Baetens, *The Kyoto Protocol in Investor-State Arbitration: Reconciling Climate Change and Investment Protection Objectives* [w:] *Sustainable Development in World Investment Law*, red. M.-C. Cordonier Segger, M.W. Gehring, A. Newcombe, Alphen aan den Rijn 2011, s. 690 i n.

⁴⁷ Zob. T. Yang, R. Percival, *The Emergence of Global Environmental Law*, “Ecology Law Quarterly” 2009/3, t. 36, s. 617. Co do trudności w konceptualizacji *transnational law* zob. R. Cotterrell, *What Is Transnational Law?*, “Law & Social Inquiry” 2012/2, t. 37, s. 501.

⁴⁸ Tak m.in. T. Yang, R. Percival, *The Emergence...*, s. 616.

⁴⁹ T. Yang, R. Percival, *The Emergence...*, s. 631. Zob. także E. Hey, *Global Environmental Law*, https://www.researchgate.net/publication/228203506_Global_Environmental_Law (dostęp: 14.09.2020 r.); P.R. Kalas, A. Herwig, *Dispute...*, s. 56. Zob. szerzej P. Łaski, *Prawo międzynarodowe a współczesne wyzwania. Kwestia globalizacji podmiotowości prawnomiędzynarodowej jednostki, fragmentacja prawa międzynarodowego, stosowania siły i dążenia do ładu międzynarodowego w stosunkach międzynarodowych* [w:] *Prawo...*, s. 31–35.

zaczynają odgrywać wiodącą rolę w walce z jego zmianami, prowadząc do precedensowych rozstrzygnięć w krajowych postępowaniach sądowych⁵⁰. Skuteczna globalna odpowiedź na problemy ochrony środowiska (klimatu) jest – według tego ujęcia – niemożliwa przy skupieniu się wyłącznie na problemach międzynarodowej płaszczyzny regulacyjnej, bowiem prowadziłyby to do obrania ograniczonej optyki.

Po czwarte, co łączy się z poczynionymi już uwagami, w reżimie zmian klimatu, podobnie jak w całym międzynarodowym prawie środowiska, klauzule IDS zawarte w umowach międzynarodowych – ustanawiające międzypaństwowe sposoby rozstrzygania sporów – miały i nadal mają małe znaczenie praktyczne⁵¹. Przyczyną tego jest po części wykształcenie się wspomnianych wyżej mechanizmów *non-compliance*, które pozwalają zaadresować problem niewywiązywania się ze zobowiązań przy użyciu delikatniejszej semantyki niż tradycyjne metody rozstrzygania sporów⁵². Istotne wydaje się wykształcenie się obok interesariuszy państwowych grupy interesariuszy niepaństwowych, którzy działania na rzecz egzekucji swoich interesów – mogących bezpośrednio lub pośrednio wpisywać się w cel ochrony klimatu – prowadzą na innych forach niż zarezerwowane dla państw, zabiegając o swoje interesy często bardziej zauważalnie niż państwa (np. NGO i MNC)⁵³. W związku z rozwojem innych niż prawo międzynarodowe komponentów *global environmental law* dochodzi do marginalizacji znaczenia klauzul IDS w egzekwowaniu zobowiązań dotyczących powstrzymania zmian klimatycznych. Można pokusić się o tezę, że państwa są swoiście „zmęczone” aktywizmem interesariuszy niepaństwowych, okazują się być nieskore do podejmowania działań na rzecz egzekucji zobowiązań prawnych pozostałych stron umów tworzących reżim zmian klimatu. Aktywizm państw mógłby obrócić się przeciwko nim (prowadząc do sprecyzowania wiążącego je reżimu, dając w efekcie argumenty potrzebne NGO do inicjowania swoich działań albo przydatne konkurującym z nimi państwom).

Powyższy problem barwnie ujął Cesare Romano, stwierdzając, że żadne państwo nie ma na tyle „czystej karty”, aby zdecydowało się jako pierwsze „rzucić kamieniem” w sporze międzypaństwowym⁵⁴. Nawet wdrożenie metod dyplomatycznych, w teorii

⁵⁰ Zob. D. Bodansky, *The Role...*, s. 699–700. W rodzimym kontekście zob. m.in. ClientEarth, *Przełom w historii walki o ochronę klimatu w Polsce: sprawa ClientEarth vs Elektrownia Belchatów przechodzi do dalszego etapu*, <https://www.pl.clientearth.org/przelom-w-historii-walki-o-ochrone-klimatu-w-polsce-sprawa-clientearth-vs-elektrownia-belchatow-przechodzi-do-dalszego-etapu/> (dostęp: 26.09.2020 r.). Wśród ostatnich rozstrzygnięć zob. wyrok Sądu Okręgowego w Hadze (*Rechtbank Den Haag*) z 26.05.2021 r. w sprawie C/09/571932 /HA ZA 19–379, <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339> (dostęp: 14.10.2021 r.).

⁵¹ Tak m.in. D. French, L. Rajamani, *Climate Change...*, s. 452. Zob. nieco odmiennie I. Zovko, *International Law-Making for the Environment: A Question of effectiveness*, <https://www.peacepalacelibrary.nl/ebooks/files/C08-0030-Zovko-International.pdf> (dostęp: 20.09.2020 r.).

⁵² Zob. szerzej na tym tle m.in. E. Fasoli, A. McGlone, *The Non-Compliance Mechanism Under the Aarhus Convention as 'Soft' Enforcement of International Environmental Law: Not So Soft After All!*, „Netherlands International Law Review” 2018/1, t. 65, s. 31.

⁵³ Zob. informacje prasowe nt. wybranych sporów prowadzonych przez ClientEarth – D. Wantuch, „Brudne sekrety diesli”. Prawnicy dla Ziemi przeciwko rozporządzeniu Komisji Europejskiej, które pozwala zataić wyniki testów spalania, <https://wyborcza.pl/7,155287,22498041,brudne-sekrety-diesli-prawnicy-dla-ziemi-przeciwko-rozporzadzeniu.html> (dostęp: 26.09.2020 r.); G. Łazarczyk, *Precedensowy pozew przeciw państwowej spółce za klimat*, „Elektrownia Belchatów przyczynia się do kryzysu”, <https://wyborcza.pl/7,155287,25234756,precedensowy-pozew-przeciw-panstowej-spolce-za-klimat-elektrownia.html?disableRedirects=true> (dostęp: 26.09.2020 r.); D. Maciejasz, *Pozwali elektrownię Belchatów za spalanie węgla. Sąd: kryzys klimatyczny jest faktem*, <https://wyborcza.pl/7,155287,26326347,ruszył-proces-o-spalanie-węgla-przez-elektrownie-belchatow.html> (dostęp: 26.09.2020 r.).

⁵⁴ C. Romano, *International...* [w:] *Oxford Handbook...*, s. 1041.

mniej konfrontacyjnych niż metody sądowe oznacza ujawnienie istnienia sporu międzynarodowego, co może być z rozmaitych względów niepożądane. Trudno ponadto spierać się w bilateralnej konfiguracji międzypaństwowej o zdelokalizowane problemy globalne, których istotę najlepiej oddaje koncepcja „wspólnej sprawy ludzkości” (*common concern*)⁵⁵. Międzynarodowe prawo środowiska kreuje zobowiązania *erga omnes*, których egzekucja na drodze sądowej jest dość trudna⁵⁶. Silke Marie Christiansen zwraca w tym kontekście uwagę m.in. na problem atrybucji działań powodujących zmiany klimatyczne poszczególnym państwom, nawet tym najbardziej „odpowiedzialnym” w świetle danych statystycznych za słabe mitygowanie zmian klimatycznych w sytuacji, gdy ich emisje są generowane głównie przez działania podmiotów prywatnych⁵⁷. Nie odnotowano jeszcze żadnego sporu międzypaństwowego dotyczącego w sposób bezpośredni problematyki klimatycznej i prowadzonego w trybie art. 14 UFCCC, do którego stosowania odsyłają art. 19 Protokołu z Kioto i art. 24 Porozumienia paryskiego (w pierwszej kolejności art. 14 UFCCC odwołuje się do metod dyplomatycznych, następnie do metod sądowych). Gdy chodzi o poddanie się jurysdykcji MTS i arbitrażu międzypaństwowego w sporach na tle interpretacji lub stosowania UFCCC, wyłącznie Holandia wyraziła zgodę na obydwie te metody, a Wyspy Salomona i Tuwalu jako jedyne złożyły oświadczenia o zgodzie na arbitraż⁵⁸. Zawarty w Raporcie IBA 2014 apel o poddawanie się przez strony UFCCC jurysdykcji, m.in. MTS lub arbitrażu pod auspicjami STA, trafił w próżnię⁵⁹. Dowodzi to ambiwalentnego podejścia stron UFCCC do egzekwowania zobowiązań, choć twierdzi się, że sytuacja ta może ulec zmianie (państwa nierealizujące swoich zobowiązań uzyskują nieuczciwą przewagę konkurencyjną nad państwami ambitnie realizującymi cele klimatyczne, co może powodować zwiększenie zainteresowania ich egzekucją)⁶⁰. Tak czy inaczej, nikłe dotychczas znaczenie klauzul IDS jako narzędzi egzekucji międzynarodowego prawa środowiska oraz jednoczesny wzrost uwagi poświęcanej regionalnym, krajowym i transnarodowym komponentom *global environmental law* powinny stymulować do proponowania nowych rozwiązań w zakresie IDS.

Wszystkie z omówionych powyżej cech reżimu zmian klimatu powodują, że – w ślad za Elizabeth Fisher, która określa w ten sposób całe międzynarodowe prawo środowiska – można określić ten reżim jako niezwykle „gorący” (*hot* – mający relatywnie krótką historię, dotyczący badanego i postępującego zjawiska, ewoluujący, pobudzający

⁵⁵ Zob. C. Romano, *International...* [w:] *Oxford Handbook...*, s. 1042; K. Marciniak, *Zmiany...* [w:] *Współne...*, s. 108 i n.

⁵⁶ S.M. Christiansen, *Climate...*, s. 123–124. Niemniej zob. wyrok niemieckiego Trybunału Konstytucyjnego (*Bundesverfassungsgericht*) z 24.03.2021 r. w sprawie 1 BvR 2656/18, pkt 2 lit. c): *The fact that no state can resolve the problems of climate change on its own due to the global nature of the climate and global warming does not invalidate the national obligation to take climate action. Under this obligation, the state is compelled to engage in internationally oriented activities to tackle climate change at the global level and is required to promote climate action within the international framework. The state cannot evade its responsibility by pointing to greenhouse gas emissions in other states* (https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2021/03/rs20210324_1bvr265618.html (dostęp: 15.11.2021 r.)).

⁵⁷ Zob. szerzej S.M. Christiansen, *Climate...*, s. 143. Wydaje się, że głównym problemem będzie, czy dany podmiot lub podmioty (np. osoby prawne z akcjonariatem państwowym) można uznać w świetle art. 8 *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* za działające pod „kierownictwem lub kontrolą” państwa – zob. rezolucja ZO ONZ z 28.01.2002 r. A/RES/56/83.

⁵⁸ <https://unfccc.int/process/the-convention/status-of-ratification/declarations-by-parties> (dostęp: 14.09.2020 r.).

⁵⁹ IBA, *Achieving...*, s. 13. Niemniej zob. D. Bodansky, *The Role...*, s. 711, gdzie autor wskazuje na rozciągnięcie jurysdykcji MTS na podstawie art. 36 ust. 2 Statutu na niektórych wiodących emitentów gazów cieplarnianych.

⁶⁰ C. Romano, *International...* [w:] *Oxford Handbook...*, s. 1037.

wielopłaszczyznowe procesy prawotwórcze, przyczyniający się do angażowania podmiotów innych niż państwa w walkę ze zmianami klimatu)⁶¹. Cechy te przyczyniają się do wielopostaciowości i wielojurysdykcyjności sporów dotyczących na rozmaite sposoby zmian klimatu, a niekiedy mogą się też przyczyniać do merytorycznej i proceduralnej złożoności poszczególnych spraw z elementami klimatycznymi.

4. WIELOPOSTACIOWY I WIELOJURYSDYKCYJNY CHARAKTER SPORÓW MIĘDZYNARODOWYCH DOTYCZĄCYCH ZMIAN KLIMATU

Przed bliższym zilustrowaniem wielopostaciowego i wielojurysdykcyjnego charakteru sporów międzynarodowych dotyczących zmian klimatu warto o sprecyzowanie siatki pojęciowej. Pojęcie „sporu” używane jest w artykule zasadniczo za jego znaczeniem wypracowanym przez Stały Trybunał Sprawiedliwości Międzynarodowej (dalej STSM)⁶² i rozwiniętym przez MTS⁶³, które nie wymaga przedstawienia. Niekontrowersyjne jest zarazem, że „międzynarodowości” sporu nie należy utożsamiać współcześnie z jego „międzypaństwowością”⁶⁴. Takie ujęcie byłoby archaiczne wobec rosnących oczekiwań jednostek w zakresie zapewnienia im międzynarodowej ochrony prawnej⁶⁵, oraz zjawiska intensywnego rozwoju transgranicznych stosunków prawnych nawiązywanych w rozmaitych konfiguracjach – będących m.in. efektem „merkantylizacji” prawa środowiska – proces powstawania których obrazuje choćby użyty już przykład mechanizmów JI, CDM i IET z Protokołu z Kioto (np. stosunki między podmiotem prywatnym a Komitetem Nadzorującym JI kształtowane przez decyzje wydawane przez JISC, stosunki podmiotów prywatnoprawnych współuczestniczących w JI kształtowane przez umowy *joint venture*, stosunki podmiotów prywatnych kształtowane przez umowy sprzedaży jednostek redukcji emisji, określanych akronimem ERPA – *Emission Reductions Purchase Agreements*, zawieranych z innymi podmiotami prywatnymi lub publicznymi w ramach realizacji projektów CDM i JI, czy w końcu szereg stosunków z państwem goszczącym daną inwestycję)⁶⁶.

Przed STA przeprowadzono co najmniej 9 postępowań arbitrażowych na tle projektów CDM i JI, co potwierdza wzrost znaczenia tego rodzaju stosunków i możliwość powstawania różnorodnych sporów na ich tle (do tej pory były to tzw. *contract-based arbitrations*)⁶⁷. Niestety, STA nie podaje, w jakich konfiguracjach przeprowadzono

⁶¹ E. Fisher, *Environmental Law as 'Hot' Law*, „Journal of Environmental Law” (Special Issue celebrating the 25th Anniversary of the Journal of Environmental Law ‘Environmental Law: Looking Backwards, Looking Forwards’) 2013/3, t. 25, s. 350.

⁶² Wyrok STSM z 30.08.1924 r., *Mavrommatis Palestine Concessions*, Publications of the Permanent Court of International Justice, Series A-No 2, s. 11.

⁶³ Zob. m.in. Opinia doradcza MTS z 30.03.1950 r., *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania*, „ICJ Reports” 1950, s. 74; wyrok MTS z 24.05.1980 r., *Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, „ICJ Reports” 1980, s. 19–20; Opinia doradcza MTS z 26.04.1988 r., *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947*, „ICJ Reports” 1988, s. 30.

⁶⁴ L. Kirchhoff, *Constructive Interventions: Paradigms, Process and Practice of International Mediation*, *Global Trends in Dispute Resolution*, Alphen aan den Rijn 2008, s. 9–13.

⁶⁵ L. Reed, A. Jacovides, *Great Expectations: Where Does The Proliferation of International Dispute Resolution Tribunals Leave International Law?*, „Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)” 2002, t. 96, s. 220, 225.

⁶⁶ Zob. S. Simonett, *Legal Protection...*, s. 174, 176, 192 i n.; P.R. Kalas, A. Herwig, *Dispute...*, s. 57–64.

⁶⁷ J. Levine, *Adopting and Adapting Arbitration for Climate Change-Related Disputes The Experience of the Permanent Court of Arbitration [w:] Dispute Resolution and Climate Change: The Paris Agreement and Beyond*, red. W.J. Miles, Paryż 2017, s. 26. Zob. także J. Levine, *A rising tide of cases: what role for arbitration and conciliation in the climate change context*, <https://sccinstitute.com/media/225404/cop23-slides-judith-levine.pdf> (dostęp: 19.09.2020 r.).

te postępowania, lecz mogły w nich uczestniczyć jednostki organizacyjne lub agendy państw powołane celem implementacji mechanizmów rynkowych (w nomenklaturze STA tzw. *mixed-arbitrations*). Nie tylko zresztą Protokół z Kioto, ale także Porozumienie paryskie stymuluje powstawanie transgranicznych stosunków prawnych, nieodzownych na etapie wdrażania art. 6 ust. 4 Porozumienia paryskiego⁶⁸. Rozwój takich stosunków prawnych poszerza zakres możliwych sporów „międzynarodowych”, nakazując deskryptywne operowanie tym pojęciem w odniesieniu do każdego sporu z elementami transgranicznymi, prowadzonego w dowolnej konfiguracji procesowej⁶⁹. Oczywiście spory na tle tego rodzaju międzynarodowych stosunków prawnych zasadniczo nie dotyczą problemu zmian klimatu w sposób bezpośredni, wiele z nich będzie sporami natury handlowej, niemniej są one pokłosiem sposobu ukształtowania międzynarodowego reżimu zmian klimatu. Stwarzają one jednocześnie orzekającym w nich adjudyktorom sposobność do poruszenia problemu zmian klimatu w wydawanym rozstrzygnięciu (np. wypowiedzenia się na temat polityki klimatycznej). Tak rozumiany „spór międzynarodowy” zakłada, że na tle danego stanu faktycznego – np. projektu transformacji energetycznej, służącemu ograniczeniu antropogenicznych emisji, którego realizacja wpisuje się w mitygowanie zmian klimatu – może dochodzić do kilku sporów w różnych konfiguracjach, które nie będąc tożsamymi, będą pozostawać ze sobą związane wspólną genezą, nawet gdy powstawać one będą w różnych momentach (np. spór między podmiotem „X” i JISC na tle projektu farmy wiatrowej powstały na wczesnym etapie realizacji projektu w ramach ścieżki II nie będzie tożsamy z późniejszym sporem podmiotu „X” z drugą stroną ERPA na tle sprzedaży jednostek redukcji emisji, a zatem sprzedaży tzw. *Emission Reduction Units* (ERU), powstałych w wyniku realizacji tego projektu, nie będzie też tożsamy ze sporem inwestycyjnym zagranicznego udziałowca podmiotu „X” z państwem goszczącym projekt).

Niekiedy w prawie środowiska „spór międzynarodowy” rozumie się przy tym nieco szerzej, nie zakładając potrzeby pełnej tożsamości stron sporu po to, aby móc mówić o tym samym sporze (jeśli jednak strony nie są identyczne lub pokrywa się tylko jedna z nich, to właściwie należałoby mówić o „sporach”, nie zaś o jednym „sporze” generującym kilka „spraw”)⁷⁰. W tym ujęciu „spór międzynarodowy” odnoszony jest do pewnego konfliktogenego stanu faktycznego, który rodzi jeden lub kilka transgranicznych problemów ochrony środowiska (spraw z elementami klimatycznymi). Nie jest to ujęcie błędne, niemniej może zostać skrytykowane jako zacierające granicę między „sporem” a „sytuacją”, tym samym wydaje się za mało zniuansowane w świetle terminologii KNZ⁷¹. Unikając operowania terminem „sytuacja” podczas opisywania materii, która wykracza poza klasyczne prawo międzynarodowe publiczne, celem sprecyzowania wywodu od pojęcia „sporu międzynarodowego” można odróżnić pojęcie „sprawy z elementami klimatycznymi” lub „sprawy z transgranicznymi elementami klimatycznymi”. Jest to podyktowane również tym, że nie każdy „spór” spowoduje odwołanie się do publicznoprawnych

⁶⁸ J. Levine, *Adopting...* [w:] *Dispute...*, s. 28.

⁶⁹ K. Czech, *Dowody i postępowanie dowodowe w międzynarodowym arbitrażu handlowym oraz inwestycyjnym. Zagadnienia wybrane*, Warszawa 2017, s. 37–38.

⁷⁰ C. Romano, *International...* [w:] *Oxford Handbook...*, s. 1047.

⁷¹ Art. 1, 24, 35 ust. 1, 36 ust. 1 KNZ skłaniają do przyjęcia, że „sytuacja” jest pojęciem odmiennym od pojęcia „sporu” i szerszym – zob. L. Kirchhoff, *Constructive...*, s. 5–6.

lub innych metod adjudykacyjnych, które uzasadniałyby od chwili sformułowania roszczeń operowanie terminem „sprawa” (niemniej szersze pojęcie „sporu z elementami klimatycznymi” także wydaje się poprawne).

Niezależnie od preferowanej terminologii, najistotniejsze jest przy tym to, że dany projekt może okazać się przy dużej liczbie interesariuszy tak konfliktogenny, iż powstanie kilka „sporów międzynarodowych” (czy też „spraw z transgranicznymi elementami klimatycznymi” rozpatrywanych na różnych forach w zróżnicowanych konfiguracjach podmiotowych). Jedne z tych spraw rozpoczną się wcześniej, inne później, niektóre zakończą się, gdy inne będą jeszcze trwały, a niektóre będą w pewnym stopniu paralelne (ich zakresy czasowe będą się krzyżować). W historii prawa środowiska do sytuacji takiej doszło na tle francuskich testów nuklearnych przeprowadzonych w 1995 r. na Pacyfiku, które wywołały liczne spory m.in. przed MTS⁷², Europejską Komisją Praw Człowieka⁷³, Komitetem Praw Człowieka NZ⁷⁴, ówczesnym Europejskim Trybunałem Sprawiedliwości (obecnie TSUE)⁷⁵, a także wymagały wypowiedzi ze strony francuskiej Rady Stanu⁷⁶. Z podanych względów, można mówić o „wielopostaciowości sporów” (różne permutacje stron sporów na tle tego samego stanu faktycznego, ich liczba zależy od liczby interesariuszy) dotyczących zmian klimatu oraz o ich „wielojurysdykcyjności” (spory będą mogły rodzić sprawy na więcej niż jednym forum sądowym).

Wielopostaciowość i wielojurysdykcyjność sporów najlepiej zobrazować odwołując się do niedawnego raportu Komisji ICC ds. arbitrażu i ADR nt. wykorzystania arbitrażu w sporach dotyczących zmian klimatu (Raport ICC 2019). Raport ICC 2019 przedstawia m.in. ciekawy przykład potencjalnych sporów na tle projektu redukcji emisji dwutlenku węgla z wylesień i degradacji (REDD+, *Reducing Emissions from Deforestation and forest Degradation, plus the sustainable management of forests, and the conservation and enhancement of forest carbon stocks*), który realizowany jest w przygranicznym obszarze nadmorskim, zamieszkiwanym przez rdzenną społeczność rolniczo-rybacką (*de facto* grupę lokalnych przedsiębiorców)⁷⁷. Jak trafnie podano w Raporcie ICC 2019, inwestor (często MNC) w tego rodzaju projekcie może zmierzyć się z zarzutem naruszenia praw człowieka, konkretniej praw ludności tubylczej. Problematyka praw ludności tubylczej jest regularnie podnoszona na forum międzynarodowym w kontekście tego rodzaju projektów⁷⁸. Niektóre z postępowań krajowych (możliwe np. postępowania administracyjnoprawne,

⁷² Postanowienie MTS z 22.09.1995 r., *Request for an Examination of the Situation in Accordance with paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests Case (New Zealand v. France)*, „ICJ Rep.” 1995, s. 288. Zob. szerzej J. Juste-Ruiz, *The International...*, s. 385–386.

⁷³ Decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 4.12.1995 r., *Noel Narvii Tauria and Eighteen Others v. France*, skarga nr 28204/95, IELR 2001, t. 3, s. 780. Zob. także M. Déjeant-Pons, M. Pallemarts, *Human rights and the environment*, <https://rm.coe.int/1680489692> (dostęp: 17.10.2020 r.).

⁷⁴ Decyzja Komitetu Praw Człowieka NZ z 22.07.1996 r., *Ms. Vahere Bordes and Mr. John Temeharo*, skarga nr 645/1995, „Selected Decisions of the Human Rights Committee under the Optional Protocol” 2005, t. 6, s. 15.

⁷⁵ Postanowienie Prezesa Sądu Pierwszej Instancji [SPI, obecnie Sądu (UE)] z 22.05.1995 r., T-219/95 R, *Marie-Thérèse Daniellson, Pierre Largeteau and Edwin Haao v. Commission of the European Communities*, EU:T:1995:219.

⁷⁶ *Décision judiciaire de Conseil d'Etat*, 29.09.1995 r. (cas Conseil d'Etat, Assemblée, du 29 septembre 1995, 171277).

⁷⁷ ICC, *ICC Arbitration and ADR Commission Report on Resolving Climate Change Related Disputes through Arbitration and ADR*, Paryż 2019, s. 11, <https://iccwbo.org/publication/icc-arbitration-and-adr-commission-report-on-resolving-climate-change-related-disputes-through-arbitration-and-adr/> (dostęp: 14.09.2020 r.).

⁷⁸ Zob. UN REDD Programme, *Legal analysis of cross-cutting issues for REDD+ implementation. Lessons learned from Mexico, Viet Nam and Zambia*, <https://www.unredd.net/documents/global-programme-191/governance-452/legal-and-regulatory-frameworks-for-redd-1267/10081-legal-analysis-of-cross-cutting-issues-for-redd-implementation-lessons-learned-from-mexico-viet-nam-and-zambia-10081.html> (dostęp: 21.09.2020 r.). Zob. także IBA, *Achieving...*, s. 49.

sądowo-administracyjne, czy w końcu indywidualne lub grupowe roszczenia odszkodowawcze) rozpoczęte z inicjatywy stowarzyszenia ludności rdzennej przeciwko inwestorowi i państwu goszczącemu projekt REDD+ mogą doprowadzić do rozpoczęcia postępowania przeciwko państwu, w ramach odpowiedniego regionalnego systemu ochrony praw człowieka (osobną kwestią jest przy tym to, naruszenie jakich praw człowieka mogłoby zostać skutecznie podniesione)⁷⁹. Nie można wykluczyć, że równoległe zagraniczny inwestor wejdzie w spór inwestycyjny z państwem goszczącym projekt REDD+ (np. twierdząc, że korzystne dla ludności tubylczej krajowe orzeczenia sądowe stanowią środki naruszenia umowy o wzajemnej ochronie i popieraniu inwestycji, czyli *International Investment Agreement*, IIA). Inwestor będzie budował w sporze inwestycyjnym proklamacyjną narrację. W literaturze przedmiotu zaczęła być skądinąd po wejściu w życie Porozumienia paryskiego forsowana koncepcja *Green Investment Protocol for the Encouragement, Promotion, Facilitation, and Protection of Investments in Climate Change Mitigation and Adaptation*, która pomagałaby lepiej chronić tzw. zielone inwestycje⁸⁰. Dla jeszcze większego skomplikowania obrazu hipotetycznych sporów na tym samym tle faktycznym można wyobrazić sobie, że – w związku z przygranicznym rozlokowaniem ludności rdzennej na terytorium dwóch państw – w tle zarysuje się klasyczny spór międzypaństwowy, tj. spór między państwem popierającym interesy ludności rdzennej i państwem goszczącym projekt REDD+, które zostanie skonfrontowane np. z naciskami dyplomatycznymi ze strony sąsiada. Modyfikując ten przykład, można wyobrazić sobie również, że dany projekt inwestycyjny MNC – nie tyle projekt mitygujący emisje, ile wręcz przeciwnie uderzający w interesy lokalnej społeczności i budzący sprzeciw NGO – staje się przedmiotem wielowątkowych sporów z inwestorem na forach krajowych i międzynarodowych. Przykładem tego rodzaju projektu MNC – hamującego transformację energetyczną – był plan otwarcia przez *Vattenfall* w okolicy Hamburga nowych elektrowni węglowych, który doprowadził w 2009 r. do rozpoczęcia przez tę firmę arbitrażu inwestycyjnego przeciwko Niemcom⁸¹. Efektem eskalacji takich sporów może być, pod warunkiem dużej skali projektu – przynajmniej w teorii – rozpoczęcie sporu międzypaństwowego przeciwko państwu goszczącemu projekt, które w wyniku jego wsparcia nie wywiązuje się z obowiązku mitygowania zmian klimatu (w trybie art. 14 UFCCC, do którego stosowania *mutatis mutandis* odsyła art. 24 Porozumienia paryskiego). Jeżeli założyć, że projekt „przelewający czarę goryczy” umiejscowiony jest w państwie znanym od lat z braku skutecznego mitygowania emisji antropogenicznych, to jedno z państw bezpośrednio i negatywnie dotkniętych zmianami klimatycznymi, sympatyzujące z wcześniejszymi działaniami niepaństwowych interesariuszy

⁷⁹ Co do kwestii problematycznych w takim sporze zob. O. Quirico, *Climate...*, s. 211.

⁸⁰ P.F. Henin, J. Howley, A. Keene, N. Peart, *Innovating International Investment Agreements: A Proposed Green Investment Protocol for Climate Change Mitigation and Adaptation*, „Journal of International Arbitration” 2019/1, t. 36, s. 37.

⁸¹ Zob. wyrok Trybunału Arbitrażowego z 11.03.2011 r., *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/09/6, s. 4, par. 12, s. 43 (sprawa zakończyła się ugodą, którą potwierdzono wyrokiem). Spór ten ma swoją dalszą historię na forum TSUE – zob. D. Charlotin, *EU Court of Justice Finds Fault with Germany's Grant of a Revised Permit to Vattenfall, Casting a Cloud over Earlier Settlement of ICSID Case*, <https://www.iareporter.com/articles/court-of-justice-of-the-european-union-finds-fault-in-germanys-grant-of-a-revised-permit-to-vattenfall-casting-a-cloud-over-earlier-settlement-of-icsid-case/> (dostęp: 16.10.2020 r.).

na innych forach, może zdecydować się na precedensowy spór w konfiguracji międzypaństwowej (jako potencjalnych inicjatorów międzypaństwowych spraw najczęściej wskazuje się państwa wyspiarskie, wśród których głównym adwokatem wykorzystywania metod sądowych jest Vanuatu)⁸². Jak widać, spłoty różnego rodzaju interesów mogą w niedalekiej przyszłości rodzić pokaźną liczbę konfiguracji procesowych w sprawach prowadzonych na różnych forach, które dotyczyć będą mniej lub bardziej ściśle skorelowanych ze sobą aspektów tego samego konfliktogennego stanu faktycznego.

Skupienie się na jednowymiarowej analizie takiego stanu rzeczy jak podany w ramach powyższego przykładu – np. jego analiza tylko i wyłącznie przez pryzmat możliwości rozpoczęcia sprawy międzypaństwowej w trybie art. 14 UFCCC – może prowadzić do „balkanizacji” perspektyw na zjawisko zmian klimatu (np. umknie przy takiej optyce problematyka szeroko rozumianych praw człowieka, w tym ludności tubylczej, która od momentu przyjęcia przez ZO ONZ Deklaracji praw ludów tubylczych jest coraz częściej uznawana za nowego „aktora” w prawie międzynarodowym)⁸³. Krótko mówiąc, dany stan faktyczny będzie analizowany przez liczne sądy i trybunały arbitrażowe, w tym również przez prywatnoprawne organy adjudykacyjne, na różnych poziomach prawnych ich działania, w swoistym odizolowaniu od siebie – w odniesieniu do rozczłonkowanych bilateralnych konfiguracji spornych – co może prowadzić do niedostatecznego zaadresowania w wydawanych rozstrzygnięciach kontekstu klimatycznego kryjącego się za splotem wielostronnych interesów. Wypowiedzi orzecznicze na temat danego stanu faktycznego i problemów z nim związanych będą ponadto „rozproszone”, przez co mogą być słabiej słyszalne w środowisku międzynarodowym (słabiej przyciągając uwagę niż powinny z uwagi na ważki kontekst).

Jednym słowem, obok fragmentacji jurysdykcji w obrębie prawa międzynarodowego może dochodzić do równoległej fragmentacji jurysdykcji między międzynarodowymi sądami i trybunałami a sądami krajowymi lub trybunałami regionalnymi oraz prywatnoprawnym arbitrażem, na co w literaturze przedmiotu zwrócono po raz pierwszy uwagę jeszcze przed wejściem w życie Protokołu z Kioto⁸⁴. Już wtedy Peggy Rodgers Kalas i Alexia Herwig – na podstawie porównawczej analizy systemów rozwiązywania sporów w ramach poszczególnych działów prawa międzynarodowego, i mając na uwadze, że Protokół z Kioto doprowadzi do „urynkowania” problematyki klimatycznej – wskazały na potrzebę stworzenia takiego wielopoziomowego systemu rozstrzygania spraw klimatycznych, który, po pierwsze, międzynarodowo zagwarantuje należyłą ochronę prawną jednostkom przez traktatowe nakreślenie w klauzuli IDS sposobów rozstrzygania sporów z ich udziałem, a po drugie, jednocześnie „otworzy” rozstrzyganie sporów dotyczących na różne sposoby zmian klimatu na możliwość uwzględniania prawa i judykatury krajowej⁸⁵.

⁸² Zob. T. Stephens, *Low-Lying Pacific Islands Sue Over Climate Change*, <https://www.maritime-executive.com/editorials/low-lying-pacific-islands-sue-over-climate-change> (dostęp: 26.09.2020 r.). Zob. także ICC, *ICC Arbitration and ADR Commission Report...*, s. 12; D. Bodansky, *The Role...*, s. 710.

⁸³ Co do „balkanizacji” perspektyw zob. D. French, L. Rajamani, *Climate Change...*, s. 438. Gdy chodzi o Deklarację praw ludów tubylczych zob. rezolucja ZO ONZ z 13.09.2007 r. Nr 61/295. Zob. szerzej Z.B. Rudnicki, *Deklaracja praw ludów tubylczych ONZ jako instrument soft law w międzynarodowym systemie prawa* [w:] *Prawo...*, s. 151 i n.

⁸⁴ P.R. Kalas, A. Herwig, *Dispute...*, s. 65.

⁸⁵ P.R. Kalas, A. Herwig, *Dispute...*, s. 129 i n. oraz 132. Na tle problemów z zapewnieniem jednostkom ochrony prawnej (spory z JISC) zob. S. Simonett, *Legal Protection...*, s. 195 i n.

Ten postulat wprowadzenia do jednego z przyszłych porozumień klimatycznych wielostopniowej klauzuli IDS (*multi-tier IDS clause*), która adresowałaby choćby po części spory z udziałem jednostek pozwalając na subsydiarne stosowanie w nich prawa krajowego – niczym klauzule określające prawo właściwe w niektórych IIA – jak też potencjalnie przewidywała możliwość łączenia spraw z udziałem jednostek ze sprawami międzypaństwowymi jest wciąż aktualny.

Nawet, jeśli z uwagi na kształt zobowiązań zawartych w przyszłości w kolejnym porozumieniu klimatycznym (mógłby to być protokół do Porozumienia paryskiego) jednostki nie mogłyby występować w roli powodów dążących do wcielenia w życie materialnych zapisów porozumienia, to należałoby wprowadzić do wielostopniowej klauzuli zapisy określające międzynarodowe fora i tryby dochodzenia roszczeń jednostek, wynikających z realizacji projektów takich jak REDD+ czy roszczeń wynikających z ich uczestnictwa w mechanizmach rynkowych (problematiche są roszczenia wobec międzynarodowych ciał takich jak JISC, który działa w strukturze UFCCC i cieszy się immunitetem). Taka klauzula mogłaby ponadto wyartykułować prawo i przesłanki wnoszenia *amici curiae* przez NGO w sprawach prowadzonych w konfiguracjach międzypaństwowych – niejednolite podejście do niego zostanie omówione w kolejnym punkcie.

5. MANKAMENTY PROCEDURALNE METOD SĄDOWYCH Z UFCCC W ROZSTRZYGANIU SPORÓW W DZIEDZINIE ZMIAN KLIMATU

Z problemem „bałkanizacji” perspektyw na zjawisko zmian klimatu wiążą się pewne proceduralne niedostatki sądowych metod IDS o charakterze typowo publiczno-prawnym, do których odwołuje się art. 14 UFCCC, tj. arbitrażu międzypaństwowego i postępowania spornego przed MTS. W ich wyniku próba uchwycenia w sprawie dotyczącej stosowania lub interpretacji Porozumienia paryskiego wszechstronnego spojrzenia na problematykę zmian klimatu może okazać się nieudana.

Przedewszystkim, gdyby doszło do sporu międzypaństwowego przed rozpoczęciem sporów w innych konfiguracjach na tle tego samego stanu faktycznego lub niezależnie od innych sporów, trudne może okazać się jego rozstrzygnięcie z uwzględnieniem pozapaństwowych perspektyw na zjawisko zmian klimatu. Jak powszechnie wiadomo, tylko państwa mogą być stroną spraw przed MTS, a z forum tego nie mogą korzystać ani podmioty prywatne (głównie NGO, organizacje zrzeszające ludność tubylczą), ani organizacje międzynarodowe, w tym o charakterze regionalnym takie jak choćby UE czy Sojusz Małych Państw Wyspiarskich (*Alliance of Small Island States*, AOSIS), które są znane z zainteresowania problematyką zmian klimatu i zaangażowania w walkę na rzecz powstrzymania zmian klimatycznych⁸⁶. Co szczególnie frapujące, poza przypadkiem opinii doradczej MTS w *International Status of South-West Africa*, gdy jedyny raz w historii jego działania pojawiła się szansa na zabranie głosu przez podmiot niepaństwowy – konkretniej

⁸⁶ Zob. MTS, *Handbook*, s. 33–34, <https://www.icj-cij.org/public/files/publications/handbook-of-the-court-en.pdf> (dostęp: 28.08.2020 r.). Zob. także A. Kozłowski, *Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości* [w:] *Współczesne sądownictwo międzynarodowe*, t. 1, *Zagadnienia instytucjonalne*, red. J. Kolasa, Wrocław 2009, s. 23.

przez *International League for the Rights of Man*⁸⁷ – wszystkie wnioski podmiotów innych niż państwa o dopuszczenie ich stanowisk były odrzucane⁸⁸, w tym również wysunięta w tej istotnej historycznie sprawie listowna propozycja wodza Zulusów, aby wystąpił jako świadek wyrażający „rozsądne wnioski i życzenia ludności rdzennej”⁸⁹. Jakkolwiek Philippe Sands, w swoim często przytaczanym w literaturze wystąpieniu przed Sądem Najwyższym Zjednoczonego Królestwa zatytułowanym „Zmiany klimatu i rządy prawa”, nieco zmarginalizował problem dostępu jednostek do MTS, praktycznie w ogóle go nie poruszając poza krótkim stwierdzeniem, że nie widzi przeszkód dla dopuszczenia do głosu NGO podczas wydania opinii doradczej ws. zmian klimatu⁹⁰, to wnioski nasuwające się nad podstawie obserwacji praktyki MTS zdecydowanie nie są optymistyczne (zarówno w zakresie postępowań spornych, jak i niespornych)⁹¹. Nie ulega wątpliwości, że MTS – w odróżnieniu od STSM – postrzega siebie jako sąd dla państw⁹². Jeśli dodatkowo wziąć pod uwagę, że za emisje państw – w realiach współczesnego życia gospodarczego – odpowiadają tak naprawdę działające na ich terytorium korporacje, nawet niekoniecznie MNC, lecz po prostu osoby prawne (ze zróżnicowanym akcjonariatem, bywa że z akcjonariatem państwowym, ale nie tylko), wówczas okazuje się, iż rozpoczęcie sprawy przed MTS jest rozwiązaniem jeszcze bardziej deficytowym. Sprawy przeciwko osobom prawnym (choćby wyłącznie w roli przypozywanych) z oczywistych względów nigdy nie trafią przed MTS (do czego dochodzi osobny i wspomniany wcześniej problem atrybucji działań).

W rezultacie trudno sobie wyobrazić, że MTS wydaje wyrok lub opinię doradczą kompleksowo uwzględniającą rolę i głos wszystkich zainteresowanych problemem zmian klimatu, względnie dotyczący wszystkich przyczyniających się do nich (np. MNC), w tym biorący pod uwagę dane naukowe przedstawione przez NGO lub spostrzeżenia ludności tubylczej zaoferowane w ramach *amicus curiae* (np. Inuitów). Powstaje problem możliwości wydania przez MTS tzw. *informed decision*, czyli uzyskania wypowiedzi orzeczniczej wyczerpująco odnoszącej się do faktów naukowych, w pełni przemyślanej i wydanej po wysłuchaniu wszystkich interesariuszy.

W problem wydania *informed decision* – albo wręcz *reasoned decision*, a zatem trafnego i należycie uzasadnionego wyroku – wpisuje się niechęć MTS do wykorzystywania biegłych, przede wszystkim biegłych stron, w sprawach z zakresu prawa środowiska, których opinie na temat zmian klimatu w jakiejkolwiek sprawie międzypaństwowej z pewnością byłyby niezbędne (obok dopuszczenia opinii

⁸⁷ Opinia doradczą MTS z 11.07.1950 r., *International Status of South West Africa*, “ICJ Reports” 1950, s. 130. Zob. także S. Santivasa, *The NGOs’ Participation in the Proceedings of the International Court of Justice*, “Journal of East Asia and International Law” 2012/2, t. 5, s. 393, 396.

⁸⁸ A. Wiik, *Amicus curiae before International Courts and Tribunals*, Baden-Baden-Oksford-Portland 2018, s. 91, 96–97, 132, 139. Zob. szerzej nt. *amicus curiae* przed MTS L. Bartholomeusz, *The Amicus Curiae before International Courts and Tribunals* [w:] *Non-state Actors and International Law*, red. M. Fitzmaurice, Brill 2005, t. 5, nr 3, s. 212–225.

⁸⁹ Korespondencja w: *International Status of South West Africa*, cz. III, “ICJ Reports” 1950, s. 340–341. Zob. także A. Wiik, *Amicus...*, s. 97.

⁹⁰ P. Sands, *Climate...*, s. 12–13, 21.

⁹¹ Dla porównania możliwości w postępowaniach spornych/ niespornych zob. A. Wiik, *Amicus...*, s. 92–94, 100, 139.

⁹² A. Wiik, *Amicus...*, s. 91–92, 96.

organizacji klimatycznych)⁹³. Co więcej, MTS w przeszłości na swoje wewnętrzne potrzeby zatrudniał konsultantów, o których nawet nie wiedziały strony wiodące spór (byli to tzw. biegli fantomowi, którzy nie zostali poddani *cross-examination*)⁹⁴. Choć twierdzi się, że sprawa *Whaling in the Antarctic*⁹⁵ stanowiła przełom w podejściu MTS do pracy z biegłymi – w tym do ich przesłuchiwania – to inne sprawy z dziedziny ochrony środowiska, na czele ze słynną sprawą *Gabčíkovo-Nagymaros*⁹⁶ rodzą poważne wątpliwości co do umiejętności i gotowości MTS do wdrażania w postępowaniu dowodowym metod pracy stosowanych przez kancelarie międzynarodowe o anglo-amerykańskim rodowodzie (wyznaczających światowe standardy w dziedzinie formalno-technicznych aspektów działania IDS, np. w zakresie pracy z biegłymi przed i podczas rozprawy)⁹⁷. Kwestia ta stała się przyczyną złożenia słynnego zdania odrębnego w sprawie *Pulp Mills* przez Awn Shawkat Al-Khasawneh'a i Bruno Simmę, które rozpoczyna się od bardzo znamiennej stwierdzenia „(...) *Court has missed a golden opportunity to demonstrate its ability to approach scientifically complex disputes in a state-of-the-art manner*”⁹⁸. Takie stwierdzenie w ustach byłych sędziów MTS w pełni uzasadnia pytanie o to, czy MTS poradziłby sobie z warstwą ekspercką sporu dotyczącego zmian klimatu. Swoją drogą, całkowitym niepowodzeniem zakończyła jakiś czas temu swoją działalność osobna Izba w MTS, do której trafiać miały sprawy z zakresu prawa środowiska⁹⁹. Każę to jeszcze bardziej wątpić w wiodącą rolę MTS w rozstrzyganiu sporów dotyczących zmian klimatu (w zabranie słyszalnego głosu).

Za alternatywę dla rozpoczęcia postępowania spornego przed MTS dotyczącego zmian klimatu uznaje się możliwość wydania opinii doradczej w przedmiocie zmian klimatu, co w okresie negocjacji Porozumienia paryskiego najgłośniejsze postulował P. Sands¹⁰⁰. W referacie wygłoszonym w 2015 r. na forum Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa zwrócił on m.in. uwagę na prestiż, jakim MTS cieszy się

⁹³ Tak m.in. R. Moncel, *Dangerous Experiments: Scientific Integrity in International Environmental Adjudications after the ICJ's Decision in "Whaling in the Antarctic"*, "Ecology Law Quarterly" 2015/2, t. 42, s. 307, 309–311; T. Scovazzi, *Between law and science: Some considerations inspired by the Whaling in the Antarctic judgment*, "Questions of International Law, Zoom-in" 2015/14, s. 13. Zob. także D. Peat, *The Use of Court-Appointed Experts by the International Court of Justice*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2495450 (dostęp: 24.09.2020 r.).

⁹⁴ B. Simma, *The International Court of Justice and Scientific Expertise*, "Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)" 2012, t. 106, s. 231.

⁹⁵ Wyrok MTS z 31.03.2014 r., *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, "ICJ Reports" 2014, s. 226 i n. Zob. także G. Gros, *The ICJ's Handling of Science in the Whaling in the Antarctic Case: A Whale of a Case?*, "Journal of International Dispute Settlement" 2015/3, t. 6, s. 578 i n.; M.M. Mbengue, *Between Law and Science: A commentary on the Whaling in the Antarctic case*, "Questions of International Law, Zoom-in" 2015/14, s. 10; R. Moncel, *Dangerous...*, s. 308.

⁹⁶ Wyrok MTS z 25.09.1997 r., *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, "ICJ Reports" 1997, s. 7 i n. Zob. także J. Juste-Ruiz, *The International...*, s. 389–392; T. Scovazzi, *Between law...*, s. 14–15, 21.

⁹⁷ Zob. szerzej co do modeli pracy z biegłymi K. Czech, *Dowody...*, s. 284–290. Co do rozbieżności kulturowych w MTS w tym zakresie zob. B. Simma, *The International...*, s. 230.

⁹⁸ Wspólne zdanie odrębne A.S. Al-Khasawneh'a i B. Simmy do wyroku MTS z 20.04.2010 r., *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, "ICJ Reports" 2010, s. 108. Zob. także J.G. Sandoval Coustasse, E. Sweeney Samuelson, *Adjudicating Conflicts Over Resources: The ICJ's Treatment of Technical Evidence in the Pulp Mills Case*, "Goettingen Journal of International Law" 2011/1, t. 3, s. 460–462; czy IBA, *Achieving...*, s. 85; J. Juste-Ruiz, *The International...*, s. 395–398.

⁹⁹ Zob. MTS, *Chambers and Committees*, <https://www.icj-cij.org/en/chambers-and-committees> (dostęp: 11.09.2020 r.). Zob. także J. Juste-Ruiz, *The International...*, s. 383–384; G. Szénási, *The Role of the International Court of Justice in the Development of International Environmental Law*, "Acta Iuridica Hungarica" 1999/1–2, t. 40, s. 44–45; J.G. Sandoval Coustasse, E. Sweeney Samuelson, *Adjudicating...*, s. 466; IBA, *Achieving...*, s. 84.

¹⁰⁰ P. Sands, *Climate...*, s. 3 i n. oraz 20. Zob. także D. Bodansky, *The Role...*, s. 689–690, 711–712.

nie tylko wśród podmiotów prawa międzynarodowego, ale także w środowisku biznesowym¹⁰¹. Dowodem tego prestiżu jest zdaniem P. Sandsa np. informacja prasowa japońskiej firmy Rakuten – z powołaniem się na wyrok MTS w sprawie *Whaling in the Antarctic* – że pod jego wpływem zażądała ona zaprzestania handlu mięsem wielorybim na targowisku Rakuten Ichiba¹⁰². Idąc tym tropem myślenia, szacunek jakim powszechnie cieszy się MTS nakazywałby dążyć – wobec braku perspektyw na rozpoczęcie postępowania spornego na gruncie UFCCC – do uzyskania opinii doradczej w przedmiocie zmian klimatu. Opinie doradcze są z natury niekonfrontacyjne, taka wypowiedź nie musiałaby wskazywać „winnych” zmian klimatu, mogłaby precyzować *pro futuro* zasady odpowiedzialności państw, a ponadto mogłaby stać się – obok *UN Guiding Principles on Human Rights and Business*, których promocję postuluje Raport IBA 2014 – punktem odniesienia w rozwoju społecznej odpowiedzialności biznesu w zakresie walki ze zmianami klimatu¹⁰³. Choć takie spojrzenie na rolę MTS jest niepozbawione zalet, nieudane starania Palau na forum ZO ONZ na początku obecnej dekady o wydanie opinii doradczej ws. zmian klimatu uzmysławiają, że zainicjowanie procesu jej wydania nie jest łatwe¹⁰⁴. Bezskuteczna okazała się również rezolucja Międzynarodowej Unii Ochrony Przyrody (*International Union for Conservation of Nature, IUCN*) z 2016 r., która wezwała ZO ONZ do zażądania wydania opinii doradczej ws. statusu prawnego i treści zasady zrównoważonego rozwoju z uwzględnieniem problemu zmian klimatu¹⁰⁵. Jest wprawdzie zbyt wcześnie, aby definitywnie stwierdzić brak możliwości uzyskania opinii doradczej i tym samym ostatecznie przekreślić znaczenie MTS w walce ze zmianami klimatu, lecz aktualne rokowania co do możliwości uzyskania jakiegokolwiek jego wypowiedzi w tym przedmiocie trzeba ocenić jako mało pomysłne.

Za rosnącą konkurencją dla MTS – przede wszystkim pod względem jakościowym, dość łatwo dostrzegalnym, gdy wczytać się w treść i sposób redakcji uzasadnień licznych wyroków – można uznać arbitraż międzypaństwowy, co do którego twierdzi się, że przeżywa swój renesans¹⁰⁶. Międzypaństwowe sprawy pod auspicjami STA są procedowane na najwyższym poziomie proceduralno-organizacyjnym, m.in. z wykorzystaniem nowoczesnego *software* i technologii podczas rozpraw, a praca arbitrów z biegłymi podczas rozpraw nie wywołuje kontrowersji. Współczesne arbitraże międzypaństwowe są przy tym zasadniczo prowadzone z wykorzystaniem instrumentów proceduralnych wypracowanych przez UNCITRAL

¹⁰¹ P. Sands, *Climate...*, s. 11–12.

¹⁰² Informacja prasowa Rakuten, *Rakuten Updates Guidelines Regarding Items for Japan Marketplace*, http://global.rakuten.com/corp/news/press/2014/0401_04.html (dostęp: 17.10.2020 r.). Zob. także P. Sands, *Climate...*, s. 11.

¹⁰³ Co do potrzeby rozwoju społecznej odpowiedzialności biznesu zob. IBA, *Achieving...*, s. 16, 147 i n. Zob. także Office of the High Commissioner for Human Rights, *UN Guiding Principles on Human Rights and Business. Guiding Principles on Business and Human Rights Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework*, Nowy Jork–Genewa 2011, https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinessshr_en.pdf (dostęp: 16.10.2020 r.). Zob. szerzej co do użyteczności opinii doradczej D. Bodansky, *The Role...*, s. 712, gdzie autor zwraca uwagę, że najwięcej zależałoby od treści ządania o jej wydanie (art. 65 ust. 2 Statutu MTS).

¹⁰⁴ Zob. informacja prasowa ONZ, *Palau seeks UN World Court opinion on damage caused by greenhouse gases*, <https://news.un.org/en/story/2011/09/388202> (dostęp: 15.10.2020 r.).

¹⁰⁵ Rezolucja IUCN z 2016 r. (Hawaje), WCC-2016-Res-079-EN.

¹⁰⁶ Tak P. Sands, *Climate...*, s. 20. Zob. także M. Indlekofer, *International Arbitration and the Permanent Court of Arbitration*, Alphen aan den Rijn 2013, s. 131 i n. oraz 302–303.

lub wzorowanych na nich, co świadczy o przenikaniu prywatnoprawnych wzorców i reguł do IDS¹⁰⁷. Oczywiście wysoki poziom proceduralno-organizacyjny postępowania arbitrażowych nie oznacza, że arbitraż międzypaństwowy jest wolny od wad. Taki arbitraż pozwala na partycypację w sprawie podmiotów niepaństwowych przede wszystkim w formie *amici curiae*¹⁰⁸. Choć wprowadzenie do *Permanent Court of Arbitration Arbitration Rules 2012* art. 17 ust. 4 tego regulaminu pozwala na dołączenie strony niepaństwowej w roli powoda lub pozwanego do sprawy prowadzonej w konfiguracji międzypaństwowej¹⁰⁹, to – patrząc na wokandę STA – opcja ta nie wydaje się być wykorzystywana. Jak uzmysławia rozstrzygany pod egidą STA spór graniczny między Słowenią i Chorwacją¹¹⁰, istotnym mankamentem tej metody IDS jest też brak mechanizmu zapewnienia wykonalności wyroku. Komisja Prawa Międzynarodowego powinna rozważyć postulowane w literaturze arbitrażowej sposoby rewizji takich wyroków, np. zawężenie rozumienia immunitetu państwowego, aby dopuścić kontrolę wyroków wydanych pod auspicjami STA w arbitrażach międzypaństwowych przez *Rechtbank Den Haag* (sąd holenderski właściwy dla miejsca siedziby arbitrażu)¹¹¹. Weryfikacja wyroków wydanych w arbitrażu międzypaństwowym przez neutralny sąd państwa siedziby arbitrażu mogłaby przyczynić się do zwiększenia ich dobrowolnej wykonalności. We wspomnianym sporze granicznym doszło do bezprecedensowego przypadku podsłuchu arbitra, najprawdopodobniej do ingerencji służb wywiadowczych, a wcześniej do kompromitujących rozmów *ex parte* (ujawnionych na nagraniach) między arbitrem a stroną, która go wybrała, czyli do obustronnych aktów obstrukcji postępowania (naruszenia zasady dobrej wiary)¹¹². Jeśli na arbitraż międzypaństwowy spojrzeć przez pryzmat tej sprawy, wówczas trudno uznać, że metoda ta jest optymalna jako główny sposób rozstrzygania newralgicznych sporów, tj. na pewno nie można w niej bezkrytycznie upatrywać metody wiodącej prym w adresowaniu delikatnej dla państw materii zmian klimatu. Można zaryzykować tezę, że obydwie metody sądowe wskazane w UFCCC są narażone na negatywny wpływ realizmu w kształtowaniu swojej polityki przez państwa, tj. podatne na egoistyczne działania, tendencję do dawania prymatu doraźnym interesom. Problematykę zmian klimatu cechuje zauważalne

¹⁰⁷ M. Indlekofer, *International...*, s. 135–136, 146–147.

¹⁰⁸ Przy czym możliwość ta wymagałaby sprecyzowania w umowie stron, mimo „zwrotowi” ku częstszemu dopuszczaniu *amici curiae* przez sądy i trybunały międzynarodowe, trudno uznać, że wykrystalizowała się pod tym względem uniwersalna praktyka – zob. L. Crema, *Testing Amici Curiae in International Law: Rules and Practice*, “Italian Yearbook of International Law” 2012, t. 22, 93, 131–132. Niemniej zob. ICC, *ICC Arbitration and ADR Commission Report...*, s. 47.

¹⁰⁹ Zob. STA, *PCA Arbitration Rules* <https://pca-cpa.org/en/services/arbitration-services/pca-arbitration-rules-2012/> (dostęp: 27.10.2020 r.).

¹¹⁰ Zob. wyrok Trybunału Arbitrażowego z 29.07.2017 r., *In the Matter of an Arbitration under the Arbitration Agreement between the Government of the Republic of Croatia and the Government of the Republic of Slovenia*, signed on 4 November 2009, PCA sprawa nr 2012–04; wyrok TSUE z 31.01.2020 r., C-457/18, *Republic of Slovenia vs. Republic of Croatia*, EU:C:2020:65.

¹¹¹ P. Tzeng, *The Annulment of Interstate Arbitral Awards*, Kluwer Arbitration Blog, 1.07.2017 r., <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/07/01/the-annulment-of-interstate-arbitral-awards/> (dostęp: 16.08.2020 r.).

¹¹² Zob. szerzej P. Zivković, *Severe Breaches of Duty of Confidentiality and Impartiality in the Dispute between Croatia and Slovenia: Is Arbitration Immune to Such Violations?*, Kluwer Arbitration Blog, 29.07.2015 r., <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/07/29/severe-breaches-of-duty-of-confidentiality-and-impartiality-in-a-dispute-between-croatia-and-slovenia-is-arbitration-immune-to-such-violations/> (dostęp: 16.08.2020 r.). Zob. także fragmenty transkrypcji rozmów dr. J. Sekolca: <http://www.mvep.hr/files/file/dokumenti/arbitraza/en/150820-excerpts-from-recordings-between-dr-sekolc-and-mr-drenik-14082015.pdf> (dostęp: 16.08.2020 r.).

zabarwienie polityczne, które niestety może utrudniać efektywne prowadzenie spraw międzypaństwowych¹¹³. Najlepszym przykładem tego jak polityczny kontekst sporu może utrudniać jego rozstrzygnięcie są wspomniane akty egoistycznej obstrukcji postępowania arbitrażowego w sporze Słowenii i Chorwacji.

W rezultacie przedstawionych mankamentów, jak poniekąd zasugerował użyty wyżej przykład projektu REDD+, spory w konfiguracjach międzypaństwowych należy traktować raczej jako pewien „dodatek” do sporów w innych konfiguracjach, a nie jako sprawy wiodące w rozwoju judykatury dotyczącej zmian klimatu (tzw. *self-standing cases*). Takie spory, jeśli będą powstawać w przyszłości, to może je cechować akcydentalność wobec wcześniej toczących się sporów w innych konfiguracjach. Reaktywność postępowania międzypaństwowych (reakcja na naruszenie porozumienia klimatycznego zamiast proaktywnego zapobiegania problemom), a także ich ciężar gatunkowy (szukanie i wskazywanie „winnych” wśród członków społeczności międzynarodowej), powodują, że trudno wyobrazić sobie, iż spory międzypaństwowe zyskają na znaczeniu jako samodzielne narzędzie walki ze zmianami klimatu. Szansy na ich częstsze wykorzystywanie należy upatrywać raczej w przygodnym dołączaniu państw do sprawy lub spraw z udziałem jednostek, które zostały wszczęte wcześniej na tle danego problemu (np. projektu o znaczącej skali) z udziałem ich obywateli (choć niekoniecznie wyłącznie ich obywateli). Mogą się one zatem rysować wskutek aktywnego poparcia ze strony państw o odmiennej polityce klimatycznej dla stron sporu prowadzonego w konfiguracji prywatnej, szczególnie gdy jedną ze stron konkretnej sprawy będzie podmiot z akcjonariatem państwowym (może dochodzić do zaangażowania państw w postępowanie adjudykacyjne w trybie przewidzianym w danej procedurze). Pośrednio wspiera to postawiony w artykule postulat łączenia takich sporów ze sprawami w konfiguracjach mieszanych i prywatnoprawnych w jedno wielostronne postępowanie arbitrażowe, np. pod egidą STA lub ICC.

6. ARBITRAŻ INWESTYCYJNY JAKO UZUPEŁNIENIE SPOSOBÓW ROZSTRZYGANIA SPORÓW MIĘDZYNARODOWYCH W DZIEDZINIE ZMIAN KLIMATU

Ważne w kontekście zmian klimatu rozstrzygnięcia – np. wydawane na tle sporów między inwestorem a państwem dotyczących „zielonych” lub „brudnych” inwestycji w sektorze energetycznym – mogą w przyszłości zapadać w arbitrażu inwestycyjnym (np. na podstawie Traktatu Karty Energetycznej)¹¹⁴. Arbitraż inwestycyjny z szeregu względów był ostatnio przedmiotem intensywnej krytyki¹¹⁵. Nie wiadomo, jak zakończy się rozpoczęta na forum Komisji Narodów

¹¹³ Zob. M. Indlekofer, *International...*, s. 124.

¹¹⁴ Dz.U. z 2003 r. Nr 105, poz. 985. Zob. szerzej ICC, *ICC Arbitration and ADR Commission Report...*, s. 56–58; J. Levine, *Adopting...*, s. 26. Zob. także T.W. Wälde, *The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investment and Trade*, Alphen aan den Rijn 1996, s. 528 i n., 544.

¹¹⁵ Zob. szerzej Ł. Kaługa, *Specyfika międzynarodowego arbitrażu inwestycyjnego* [w:] *Arbitraż w prawie międzynarodowym*, red. C. Mik, Warszawa 2014, s. 209 i n. W 2010 r. ukazała się praca kompleksowo przedstawiająca krytykę arbitrażu inwestycyjnego – zob. M. Waibel, A. Kaushal, L. Kyo-Hwa Chung, C. Balchin, *The Backlash against Investment Arbitration*, Alphen ann den Rijn 2010 (zob. szczególnie s. XXXIX w uwagach wprowadzających).

Zjednoczonych ds. Międzynarodowego Prawa Handlowego (UNCITRAL) reforma systemu rozstrzygania sporów inwestor-państwo (system ISDS), lecz już teraz system ten zaczął – co jest pośrednio reakcją na jego dotychczasową krytykę – przejawiać warte uwagi cechy proceduralne, które mogą okazać się przydatne w sprawach z elementami klimatycznymi.

W pierwszej kolejności wypada wskazać, że krytyka braku transparentności systemu ISDS doprowadziła do podpisania i wejścia w życie *United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration*, która – wraz z *Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration* (UNCITRAL) – stopniowo przyczynia się do zwiększonej jawności sporów inwestycyjnych¹¹⁶. Spory te rodziły od dawna i rodzą duże zainteresowanie opinii publicznej, która dzięki instrumentom takim jak wymienione może w większym stopniu śledzić ich przebieg. W ostatnich latach wzrosło także zainteresowanie problematyką *amici curiae* w arbitrażu inwestycyjnym¹¹⁷. Nie budzi wątpliwości, że dopuszczalne jest uwzględnienie w arbitrażu inwestycyjnym stanowisk osób trzecich takich jak organizacje międzynarodowe i prywatne (śledzących dzięki zwiększonej jawności przebieg sporów)¹¹⁸. Taką możliwość dopuszcza się w *Convention Arbitration Rules* (ICSID) i *Arbitration (Additional Facility) Rules* (ICSID) (odpowiednio reguła 37 ust. 2 i art. 41 ust. 3)¹¹⁹, w reżimie proceduralnym UNCITRAL za pośrednictwem *UNCITRAL Rules on Transparency* (art. 4 i 5)¹²⁰, jak też w reżimie ICC (art. 25 ust. 2 reg. ICC)¹²¹. Jak podaje Astrid Wiik, do początku 2017 r. dopuszczono 51 *amici curiae* w sprawach inwestycyjnych¹²². Pod tym względem, jak również pod innymi względami proceduralnymi – np. w zakresie pracy z biegłymi – arbitraż inwestycyjny zasługuje na uznanie. Tak samo jak arbitraż międzypaństwowy pod auspicjami STA, współczesny arbitraż inwestycyjny administrowany przez STA lub inne instytucje toczy się na wysokim poziomie proceduralno-organizacyjnym,

¹¹⁶ Zob. rezolucja ZO ONZ z 18.12.2014 r. Nr A/RES/69/116. Zob. także *UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration*, <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/rules-on-transparency/pre-release-UNCITRAL-Rules-on-Transparency.pdf> (dostęp: 23.10.2020 r.). Zob. szerzej J. Salasky, C. Montineri, *UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration*, „ASA Bulletin” 2013/4, t. 31, s. 774 i n. – opracowanie *Rules on Transparency* pod egidą UNCITRAL oznacza, że doszło do interesującego przemieszania się obszarów działalności UNCTAD i UNCITRAL (zajmujących się odpowiednio problematyką prywatno- i publicznoprawną).

¹¹⁷ Zob. m.in. UNCTAD, *Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap Special Issue for the Multilateral Dialogue on Investment*, s. 5–6, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d4_en.pdf (dostęp: 23.10.2020 r.). Zob. także C. Knahr, *Transparency, Third Party Participation and Access to Documents in International Investment Arbitration*, „Arbitration International” 2007/2, t. 23, s. 327 i n.; Z. Kosteczka, *Amicus curiae w arbitrażu inwestycyjnym*, „Biuletyn Arbitrażowy” 2010–2011/4(16), s. 102 i n.; M. Zachariasiewicz, *Amicus Curiae in International Investment Arbitration: Can It Enhance the Transparency of Investment Dispute Resolution?*, „Journal of International Arbitration” 2012/2, t. 29, s. 205 i n.

¹¹⁸ K.F. Gómez, *Rethinking the Role of Amicus Curiae in International Investment Arbitration: How To Draw the Line Favorably for the Public Interest*, „Fordham International Law Journal” 2012/2, t. 32, s. 534–541, 563.

¹¹⁹ Zob. International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), *ICSID Convention Arbitration Rules*, <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/staticfiles/basicdoc/partf-chap04.htm> (dostęp: 21.10.2020 r.); *ICSID Arbitration (Additional Facility) Rules*, <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/facility/partd-chap07.htm> (dostęp: 21.10.2020 r.).

¹²⁰ Zob. UNCITRAL, *UNCITRAL Rules on Transparency*, <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/rules-on-transparency/Rules-on-Transparency-E.pdf> (dostęp: 20.10.2020 r.).

¹²¹ Zob. ICC, *2021 Arbitration Rules*, <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/> (dostęp: 13.12.2021 r.). Zob. także ICC, *ICC Arbitration and ADR Commission Report...*, s. 46–47.

¹²² A. Wiik, *Amicus...*, s. 116–119.

dzięki czemu z pewnością nie zachodzi obawa o brak wydania *informed decision* w sprawie inwestycyjnej z elementami klimatycznymi.

Immanentną cechą każdego rodzaju arbitrażu, w tym inwestycyjnego, jest jego znaczna elastyczność proceduralna, która zapewnia wysoki stopień modalności (adaptowalności) procedury na potrzeby danego rodzaju spraw (np. w zakresie zaaranżowania harmonogramu proceduralnego danego postępowania tak, aby zastrzerwować czas na pisemne odniesienie się stron do dopuszczanych *amici curiae*). Adaptowalność arbitrażu inwestycyjnego na potrzeby różnego rodzaju spraw dała o sobie znać również wtedy, gdy – w odpowiedzi na krytykę „jednostronności” sporów inwestycyjnych, zasadniczo wszczynanych tylko przeciwko państwom – zaczęto dekadę temu nowatorsko rozważać możliwość powództw wzajemnych państw przeciwko inwestorom¹²³. W dwóch paralelnych sprawach: *Burlington Resources Incorporated v. Republic of Ecuador*¹²⁴ oraz *Perenco Ecuador Limited v. Republic of Ecuador*¹²⁵ doszło do precedensowych powództw wzajemnych – sformułowanych na podstawie krajowych przepisów deliktowych dotyczących problematyki braku należytej ochrony środowiska przez inwestora¹²⁶. W związku z powództwem wzajemnym, w pierwszej ze spraw doszło do oględzin miejsca realizacji inwestycji przez trybunał arbitrażowy¹²⁷, a w drugiej – do wizyty biegłego trybunału na miejscu skażenia, co znakomicie obrazuje wyraźną różnicę w zakresie sposobu procedowania – wagi przykładanej do kwestii dowodowych – dostrzegalną, gdy porównać sposób działania trybunałów arbitrażowych ze sposobem działania MTS¹²⁸. Obok opisanej proceduralnej „modalności” arbitrażu inwestycyjnego, warto wspomnieć, że państwa zaczęły wyraźniej akcentować w prawie traktatowym swoje prawo do wprowadzania prośrodowiskowych regulacji godzących rykoszetem w interesy inwestorów¹²⁹. Wszystko to wspólnie pozwala wierzyć, że problematyka zmian klimatu będzie mogła w przyszłych arbitrażach inwestycyjnych dotyczących „zielonych” lub „brudnych” inwestycji zostać zaadresowana z różnych punktów widzenia.

Oczywiście arbitraż inwestycyjny jest metodą o ograniczonym zastosowaniu i przydatności. Trafiają do niego szeroko rozumiane spory gospodarcze, ocenianie przez arbitrów z zastosowaniem przede wszystkim standardów ochrony inwestycji zagranicznych skodyfikowanych w danej IIA. Jakakolwiek wypowiedź arbitrów

¹²³ Szerzej zob. M. Toral, T. Schultz, *The State, a Perpetual Respondent in Investment Arbitration? Some Unorthodox Considerations* [w:] *The Backlash...*, s. 577 i n.

¹²⁴ Decyzja Trybunału Arbitrażowego z 7.02.2017 r. ws. powództwa wzajemnego, *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID nr. ARB/08/5, pkt 5, 72, 1099.

¹²⁵ Tymczasowa decyzja Trybunału Arbitrażowego z 11.08.2015 r. ws. środowiskowego powództwa wzajemnego, *Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, ICSID nr ARB/08/6, pkt 11, pkt 34 i n. oraz 319 i n.

¹²⁶ Zob. M. Anning, *Counterclaims Admissibility in Investment Arbitration. The Case of Environmental Disputes* [w:] *Handbook of International Investment Law and Policy*, red. J. Chaisse, L. Choukroune, S. Jusoh, Singapur 2020, s. 21–24.

¹²⁷ Decyzja Trybunału Arbitrażowego z 7.02.2017 r. ws. powództwa wzajemnego..., pkt 18–22.

¹²⁸ Tymczasowa decyzja Trybunału Arbitrażowego z 11.08.2015 r. ws. środowiskowego powództwa wzajemnego..., pkt 11, pkt 611 lit. e); wyrok Trybunału Arbitrażowego z 27.09.2019 r., *Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, ICSID nr ARB/08/6, pkt 22–23.

¹²⁹ Zob. szerzej m.in. K. Parlett, M. Tushingham, *Recalibrating the Balance Between Protecting Foreign Investments and Protecting the Environment: Is Asia Taking the Lead?*, „Asian Dispute Review” 2018/4, t. 20, s. 166 i n.; M. Condon, *The Integration of Environmental Law into International Investment Treaties and Trade Agreements: Negotiation Process and the Legalization of Commitments*, „Virginia Environmental Law Journal” 2015/1, t. 33, s. 122 i n.

w wyroku inwestycyjnym na temat Porozumienia paryskiego dotyczyłaby nie tyle jego stosowania lub interpretacji, ile potrzeby interpretacji IIA z jego uwzględnieniem (choć przy okazji mogłaby podkreślać generalną wagę problemu zmian klimatu i znaczenie międzynarodowego reżimu zmian klimatu). W realiach konkretnej sprawy sporo mogłoby zależeć pod tym względem od brzmienia IIA, tj. od obecności w niej postanowień odnoszących się do roli multilateralnego prawa środowiska¹³⁰. Znamienne jest, że – jak ujawnił serwis WikiLeaks – nawiązanie *expressis verbis* do obowiązków stron IIA wynikających z UFCCC zostało usunięte przez administrację prezydenta Baracka Obamy z ostatecznego tekstu *Trans-Pacific Partnership*¹³¹. Niski stopień otwarcia danego IIA na uwzględnianie w procesie jego stosowania i interpretacji innych niż umowa będąca podstawą działania trybunału traktatowych źródeł prawa międzynarodowego może obniżyć użyteczność wypowiedzi orzeczniczych, powodując, że problematyka zmian klimatu będzie jedynie tłem dla sporu *stricto* gospodarczego stanowiącego główną oś konfliktu. Być może pewną furtką dla trybunału arbitrażowego pozwalającą na uwzględnienie w procesie stosowania IIA norm wynikających z reżimu zmian klimatu opartego na UFCCC mógłby okazać się przy tym art. 31 ust. 3 lit. „c” Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów, który podczas interpretacji umowy międzynarodowej nakazuje brać pod uwagę „odpowiednie normy prawa międzynarodowego obowiązujące między stronami”¹³². W okresie realizacji projektów JI i CDM na gruncie Protokołu z Kioto, wobec możliwych sporów inwestycyjnych na ich tle twierdzono niekiedy, że art. 31 ust. 3 lit. „c” Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów – mimo różnic w jego rozumieniu – mógłby pomóc w koherentnej wykładni IIA z uwzględnieniem reżimu zmian klimatu, w tym w rozwiązywaniu konfliktów między IIA a Protokołem z Kioto¹³³. Słusznie wskazywano kilka lat temu, że niektóre standardy ochrony inwestycji (np. nakaz traktowania narodowego lub klauzula najwyższego uprzywilejowania) mogą kolidować np. z zasadami realizacji projektów CDM określonych w art. 12 Protokołu z Kioto (zawężenie CDM do konfiguracji, w których jedno państwo jest z Załącznika I do UFCCC, a drugie – z Załącznika II UFCCC)¹³⁴. Niestety, paralelizm dwóch reżimów prawnomiędzynarodowych niekoniecznie musi prowadzić do ich synergii, a konflikty norm mogą – niestety – nieco zniechęcać arbitrow do obierania szerokiej perspektywy na sprawę inwestycyjną.

W świetle powyższego, na arbitraż inwestycyjny można spoglądać jako na metodę uzupełniającą typowo publicznoprawne – bardziej klasyczne – sposoby rozstrzygania sporów międzynarodowych dotyczących zmian klimatu, a nie jako na metodę uniwersalną (znacznie mniej uniwersalną pod względem zakresu jurysdykcji *ratione materiae* adjudykatorów niż choćby arbitraż międzypaństwowy, w którym materia UFCCC byłaby w bardziej pogłębiony sposób omówiona). Niemniej przyszłe porozumienie klimatyczne, jeśli kiedyś będzie jeszcze takowe negocjowane, względnie protokół do Porozumienia paryskiego, mogłyby zaadaptować: np. *Green Investment*

¹³⁰ M. Condon, *The Integration...*, s. 107–114, 122, 143 i n.

¹³¹ M. Condon, *The Integration...*, s. 145.

¹³² Ch. Brown, *International...*, s. 466–467. Zob. także A. Ghouri, *Interaction and Conflict of Treaties in Investment Arbitration*, Alphen aan den Rijn 2015, s. 103.

¹³³ Tak Ch. Brown, *International...*, s. 467. Dla sceptycznego stanowiska zob. F. Baetens, *The Kyoto Protocol... [w:] Sustainable Development...*, s. 709–710. Zob. także A. Ghouri, *Interaction...*, s. 64 i n.

¹³⁴ F. Baetens, *The Kyoto Protocol... [w:] Sustainable Development...*, s. 698 i n.

Protocol for the Encouragement, Promotion, Facilitation, and Protection of Investments in Climate Change Mitigation and Adaptation (mogłoby uwzględnić ISDS w wielostopniowej klauzuli IDS). Elastyczność proceduralna omawianej metody rozstrzygania sporów, modyfikowalność stosownie do potrzeby stron i arbitrów, stanowi jej cenną cechę pod kątem wydawania *informed decisions*. Z uwagi na fakt, że jest to cecha generalnie typowa dla wszystkich odmian arbitrażu – niezależnie od materii, której on dotyczy – korzyści praktyczne z nią związane w sporach z elementami klimatycznymi zostaną bliżej przedstawione w kolejnym punkcie.

7. POTENCJALNY WZROST ZNACZENIA INSTYTUCJI I PROCEDUR PRYWATNOPRAWNYCH W ROZSTRZYGANIU SPORÓW MIĘDZYNARODOWYCH W DZIEDZINIE ZMIAN KLIMATU

Niezależnie od przedstawionego postulatu, aby w długim horyzoncie czasowym, jeśli w przyszłości zawierane będą kolejne porozumienia klimatyczne, mieć na uwadze potrzebę wypracowania wielostopniowych klauzul IDS, które zaadresują rozwiązywanie co najmniej sporów mieszanych z udziałem jednostek i państw, warto rozważyć, jakie kroki mogą być podjęte w krótkim horyzoncie czasowym, aby różnego rodzaju sprawy z transgranicznymi elementami klimatycznymi – rozpoczynane w szeregu konfiguracji – mogły być rozstrzygane bardziej holistycznie. Nie ulega poważniejszej wątpliwości, że optymalnym byłoby, aby na dany konfliktogenny stan faktyczny spojrzeć w postępowaniu adjudykacyjnym z tak licznych perspektyw jak tylko się da (czyli maksymalnie wszechstronnie zaadresować związane z nim problemy, celem uczynienia czegoś więcej niż tylko uzyskania rozstrzygnięcia bilateralnie rozpoczętej sprawy na tle formalnie odseparowanego od innych aspektu konfliktogennego stanu faktycznego).

Pomocny w najbliższych latach może okazać się wielostronny arbitraż – mogący toczyć się w rozmaitych konfiguracjach – pod auspicjami STA, ICC albo Sztokholmskiej Izby Gospodarczej (*Stockholm Chambers of Commerce*, SCC). Instytucje te co najmniej od kilku lat wspólnie przejawiają zainteresowanie wykorzystaniem arbitrażu w sprawach z elementami klimatycznymi i podejmują wysiłki na rzecz jego promocji takie jak wspólna organizacja konferencji *Bridging the Climate Change Policy Gap: The Role of International Law and Arbitration*, która odbyła się w 2016 r. w Sztokholmie¹³⁵. O ambicjach tych instytucji wiele mówi fakt, że w 2017 r. podczas COP 23 mającego miejsce w Bonn, zorganizowały one nawet oficjalny panel COP poświęcony rozstrzyganiu spraw klimatycznych, pt. *Supporting the UNFCCC and the Paris Agreement through International Dispute Settlement*¹³⁶. Potencjał tych instytucji arbitrażowych do administrowania postępowaniami w sporach dotyczących zmian klimatu został także podkreślony w Raporcie IBA 2014¹³⁷. Raport ten wzywa wprawdzie głównie do wykorzystywania przez państwa STA w roli instytucji administrującej sprawami międzypaństwowymi na gruncie UNFCCC

¹³⁵ Zob. SCC, *Bridging the Climate Change Policy Gap: The Role of International Law and Arbitration*, https://sccinstitute.com/media/221868/conference_report_climatechange2.pdf (dostęp: 27.10.2020 r.).

¹³⁶ Sprawozdanie z panelu ukazało się w: "ICC Dispute Resolution Bulletin" 2017, nr 4. Zob. także ICC, *ICC Arbitration and ADR Commission Report...*, s. 51.

¹³⁷ IBA, *Achieving...*, s. 143–144.

– ewentualnie sprawami z udziałem jednostek organizacyjnych państw, które mogą być prowadzone według *PCA Optional Rules for Arbitration of Disputes Relating to the Environment and/or Natural Resources*¹³⁸ – lecz wymienia także ICC i SCC, czyli instytucje prywatne, jako mogące być zaangażowane w rozstrzyganie spraw z elementami klimatycznymi. Jakie możliwości proceduralne – mogące być pomocne w bardziej wszechstronnym rozstrzyganiu sporów – oferują omawiane instytucje?

Jeśli chodzi o STA – instytucję, która jako jedyna w omawianym gronie szczyści się publicznoprawną genezą sięgającą Konferencji haskiej z 1899 r. – od lat wzoruje swoje instrumenty proceduralne dedykowane różnego rodzaju sporom z udziałem państw (*PCA Optional Rules* czy *Permanent Court of Arbitration Arbitration Rules 2012*) na regułach UNCITRAL. Dzięki temu są one przyjazne nie tylko dla pełnomocników państwowych zatrudnionych w administracji publicznej, ale także dla tych użytkowników, którzy na co dzień zajmują się międzynarodowym prawem handlowym. Inkluzywność STA – otwarcie na środowiska prawnicze niezajmujące się prawem międzynarodowym publicznym, w tym na administrowanie sporami z udziałem jednostek – jest dostrzegalna już podczas powierzchownego przeglądu przepisów tej instytucji (np. art. 1 ust. 1–2 *Permanent Court of Arbitration Arbitration Rules 2012* czy wcześniej oficjalne wstępy do *Permanent Court of Arbitration Arbitration Rules 2012* oraz *PCA Optional Rules*). Ponadto wypracowała ona jako jedyna specjalistyczne reguły arbitrażowe dedykowane wyłącznie sporom z zakresu szeroko rozumianego prawa środowiska, którymi są wspomniane już *PCA Optional Rules* z 2001 r. Zostały one wykorzystane w co najmniej 9 postępowaniach arbitrażowych na gruncie mechanizmów rynkowych z Protokołu z Kioto na 30 spraw kontraktowych dotyczących ochrony środowiska, które trafiły łącznie do STA¹³⁹. Zarazem *Permanent Court of Arbitration Arbitration Rules 2012* są wybierane w umowach *Green Climate Fund* (GCF), funduszu utworzonego w ramach UFCCC, zawieranych przez niego zarówno z państwami, jak i z przedstawicielami sektora prywatnego (tzw. *climate finance*)¹⁴⁰. Nie ulega poważniejszej wątpliwości, że regulaminy STA pozwalają na prowadzenie *ab initio* lub po przypoznaniu sporów wielostronnych – tzw. *multi-party arbitrations* – w których występuje kilku powodów lub pozwanych (np. art. 10 ust. 1, art. 17 ust. 5 *Permanent Court of Arbitration Arbitration Rules 2012*).

Większe doświadczenie w prowadzeniu takich postępowań – zdobyte na gruncie arbitrażu handlowego na kanwie szeregu umów wpisujących się w pewien projekt lub model biznesowy (*multi-contract arbitrations*) – mają przy tym instytucje prywatne takie jak np. ICC. Jak podaje Raport ICC 2019, to właśnie m.in. w możliwości prowadzenia

¹³⁸ IBA, *Achieving...*, s. 13, s. 144. Zob. także STA, *PCA Optional Rules for Arbitration of Disputes Relating to the Environment and/or Natural Resources*, https://docs.pca-cpa.org/2016/01/Optional-Rules-for-Arbitration-of-Disputes-Relating-to-the-Environment-and_or-Natural-Resources.pdf (dostęp: 20.10.2020 r.).

¹³⁹ Zob. J. Levine, *Adopting...* [w:] *Dispute...*, s. 26. Wśród zalet *PCA Optional Rules* warto wymienić: 1) dostępność list arbitrów i biegłych zaznajomionych z problemami ochrony środowiska (art. 8 ust. 3, art. 27 ust. 5); 2) możliwość wystąpienia z żądaniem przygotowania przez strony wspólnego rysu zagadnień naukowych (art. 24 ust. 4), czy 3) możliwość ustanowienia zabezpieczenia dla przeciwdziałania szkodom środowiskowym (art. 26 ust. 1). Zob. szerzej ICC, *ICC Arbitration and ADR Commission Report...*, s. 18.

¹⁴⁰ Zob. STA, *Environmental Dispute Resolution*, <https://pca-cpa.org/en/services/arbitration-services/environmental-dispute-resolution/> (dostęp: 23.10.2020 r.). Zob. także GCF, *Areas of work*, <https://www.greenclimate.fund/areas> (dostęp: 13.10.2020 r.).

postępowań wielostronnych, w tym także z udziałem państw¹⁴¹, oraz w proceduralnej możliwości zaangażowania w sprawę podmiotów trzecich przez *amici curiae*, warto upatrywać jednej z głównych zalet arbitrażu pod egidą tej instytucji¹⁴². Regulamin ICC pozwala zarówno na wielostronne procedowanie *ab initio* (np. na podstawie kompromisu wszystkich skonfliktowanych podmiotów – art. 8 reg. ICC), jak i na przypozwanie w dwustronnym sporze podmiotu trzeciego (art. 7 reg. ICC) oraz na dopuszczenie do partycypacji w postępowaniu spornym podmiotów trzecich przez *amici curiae* (art. 25 ust. 2 w zw. z art. 26 ust. 3 reg. ICC)¹⁴³. Ta ostatnia możliwość prowadzi przy tym nie tyle do wielostronnego procedowania, ile raczej do procedowania wielopodmiotowego (z udziałem czynnika społecznego). Gdy przemawia za tym interes publiczny, ICC rekomenduje, aby możliwość wykorzystania *amici curiae* została zabezpieczona przez ujęcie jej w *Terms of Reference* (art. 23 reg. ICC)¹⁴⁴. Podobne możliwości proceduralne jak ICC oferuje SCC (art. 13, art. 15 *Arbitration Rules 2017*, na gruncie sporów inwestycyjnych art. 3 i art. 4 załącznika III do *Arbitration Rules 2017*)¹⁴⁵.

Złożone podmiotowo zapisy kompromisarskie umożliwiające przy skomplikowanych splotach interesów od samego początku wielostronne procedowanie, mogą być oczywiście trudne do osiągnięcia, lecz nie są niemożliwe, czego najlepszym dowodem są *Bangladesh Accord Arbitrations* pod egidą STA, w których uczestniczyło ponad 200 podmiotów, w tym związki zawodowe pracowników bangladeskich fabryk i liczne międzynarodowe firmy odzieżowe z szeregu państw¹⁴⁶. Arbitraże te dobrze pokazują potencjał drzemący w wykorzystaniu wielostronnych postępowań arbitrażowych jako narzędzi rozwiązywania sporów na pograniczu problematyki społecznej odpowiedzialności biznesu, praw człowieka czy prawa środowiska.

Wracając do przedstawionego w pkt 4 artykułu przykładu projektu REDD+, na gruncie którego powstać mogą spory w rozmaitych konfiguracjach, wszyscy interesariusze mogliby wspólnie w ramach kompromisu – już na samym początku – poddać rozstrzygnięcie poszczególnych sporów STA, ICC lub SCC, względnie, po przybraniu przez pierwszy spór skonkretyzowanej postaci, starać się z wykorzystaniem np. narzędzi regulaminowych o dołączenie do pierwotnej sprawy arbitrażowej kolejnych podmiotów. Na przykład po rozpoczęciu arbitrażu inwestycyjnego ludność tubylcza mogłaby albo w formie *amici curiae* zająć w tej sprawie swoje stanowisko, albo ewentualnie, wykorzystując *The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration*¹⁴⁷, pozwać w równoległym sporze pod auspicjami STA inwestora lub państwo goszczące w związku z naruszeniami szeroko rozumianych praw człowieka (lub w postępowaniu prowadzonym pod egidą innej instytucji wybranej przez strony zgodnie z art. 1 ust. 5 w zw. z art. 43 *The Hague Rules*). Sprawy te mogłyby być

¹⁴¹ Spory z udziałem państw (np. arbitraże inwestycyjne) albo ich jednostek organizacyjnych (np. arbitraże dot. projektów transformacji energetycznej) są już prowadzone przed ICC i wydają się stanowić ważny segment działalności tej instytucji – zob. ICC, *ICC Arbitration and ADR Commission Report...*, s. 12, 17, 41. Co do starań ICC w celu zwiększenia swojej atrakcyjności dla państw zob. N. Voser, *Overview of the Most Important Changes in the Revised ICC Arbitration Rules*, „ASA Bulletin” 2011/4, t. 29, s. 786.

¹⁴² ICC, *ICC Arbitration and ADR Commission Report...*, s. 19, 44 i n.

¹⁴³ Zob. szerzej ICC, *ICC Arbitration and ADR Commission Report...*, s. 46–47.

¹⁴⁴ ICC, *ICC Arbitration and ADR Commission Report...*, s. 47.

¹⁴⁵ SCC, *Rules*, https://sccinstitute.com/media/1407444/arbitrationrules_eng_2020.pdf (dostęp: 22.10.2020 r.).

¹⁴⁶ Zob. STA, *Bangladesh Accord Arbitrations*, <https://pca-cpa.org/en/cases/T52/> (dostęp: 21.08.2020 r.). Zob. także ICC, *ICC Arbitration and ADR Commission Report...*, s. 10–11.

¹⁴⁷ Center for International Legal Cooperation, *The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration*, https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration_CILC-digital-version.pdf (dostęp: 24.10.2020 r.).

łącznie procedowane, nawet jeśli miałyby być wydane w nich formalnie dwa oddzielne wyroki. W skonsolidowanych sprawach głos mogłyby też zabrać inne państwa niż państwo goszczące inwestycję (na pewno mogłyby przedłożyć swoje stanowiska obok stanowisk, np. środowiskowych NGO, być może doszłoby również w reżimie proceduralnym STA lub innym do próby rozpoczęcia sprawy międzypaństwowej).

Strony takich postępowań mogą wspólnie z arbitrami – np. korzystając z *Terms of Reference* w reżimie ICC – wskazać prawo właściwe w poszczególnych sprawach, które są łącznie procedowane. Zręczny arbiter przewodniczący może tak zrehabilitować projekt *Terms of Reference* – albo Zarządzenia proceduralnego nr 1 (tzw. PO1) poza reżimem ICC – aby rozgraniczyć prawo właściwe stosowane w poszczególnych sprawach, wskazując w których z nich zastosowanie znajdzie prawo międzynarodowe, a w których – relewantne będą inne przepisy, w tym przepisy prawa krajowego. W tego rodzaju instrumentach arbitrażowych jak wymienione, można także spróbować odnieść się do roli klimatycznego *soft law* lub *UN Guiding Principles on Human Rights and Business*, wprowadzając zapis nakazujący ich uwzględnianie przez trybunał (niekoniecznie w sposób wiążący). Tym sposobem decyzje COP można byłoby rozpatrywać w postępowaniu adjudykacyjnym nie tylko na gruncie art. 31 ust. 3 lit. „b” Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów, lecz także nadać im znaczenie przez zaadresowanie ich roli w instrumencie proceduralnym.

Oczywiście – niezależnie od potencjalnych korzyści płynących z wykorzystania instytucji i procedur arbitrażowych – należy pamiętać, że nie wszystkie sprawy z transgranicznymi elementami klimatycznymi będą mogły zostać połączone. Spory firm energetycznych z instytucjami Unii Europejskiej oraz spory państw członkowskich z UE będą generować takie sprawy z elementami klimatycznymi, które ze zrozumiałych względów nigdy nie wyjdą poza unijny system sądownictwa. Nie każda zatem konfiguracja sporna spowoduje powstanie spraw nadających się do rozstrzygnięcia w przedstawionym trybie.

Jednocześnie, wykorzystanie instytucji przypozwania (art. 7 reg. ICC, art. 13 reg. SCC), możliwości wielostronnego procedowania *ab initio* (art. 8 reg. ICC), czy zastosowanie przepisów odnoszących się do łączenia spraw (art. 10 reg. ICC, art. 15 SCC) uzależnione jest w postępowaniu arbitrażowym albo od złożenia stosownego wniosku do instytucji administrującej (np. Sądu ICC, Rady SCC) przez stronę pierwotnego sporu (chronologicznie najwcześniejszego), albo od zgody stron. Konsensualna natura arbitrażu – opartego zawsze na wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron – może więc uniemożliwić podjęcie kroków mających na celu optymalizację sposobu procedowania. Przy tej okazji mogą ujawniać się różnego rodzaju egoizmy niektórych interesariuszy, które zahamują lub uniemożliwią pożądany sposób dalszego procedowania (np. brak jest możliwości przypozwania w reżimie ICC po wyborze arbitrów, chyba że wszystkie strony, włączając przypozwanego, zgodzą się na wcześniej wybrany skład orzekający; z kolei w reżimie SCC wymagana jest zgoda na połączenie spraw). Należało będzie ponadto każdorazowo ocenić, czy zaangażowanie podmiotów trzecich jest zasadne (np. przypozwanie MNC), względnie czy sprawy z elementami klimatycznymi pozostają ze sobą w związku na tyle bliskim, aby ich wspólne rozpoznanie można było uznać za efektywne.

Niemniej jednak wobec zreferowanych wyżej możliwości proceduralnych otwierających się w sporach prowadzonych pod egidą instytucji arbitrażowych, wydaje się, że spory dotyczące zmian klimatu mogą w nieodległej przyszłości być

częściej prowadzone z wykorzystaniem pakietu proceduralnego ICC czy SCC. Jak na forum *American Society of International Law* stwierdziła Lucy Reed, prawnicy międzynarodowi w XXI w. muszą przyzwyczaić się do pracy na pograniczu prawa międzynarodowego publicznego i prawa prywatnego będąc zaznajomionymi nie tylko ze *stricte* publicznoprawnymi zagadnieniami oraz procedurami, ale także z prywatnoprawnymi instrumentami¹⁴⁸. W następstwie wzrostu wykorzystania – w celu usprawnienia klimatycznego *dispute resolution* – arbitrażu o cechach mieszanych dochodzić może do interesującego i korzystnego dla wszystkich interesariuszy mieszania się domeny publiczno- i prywatnoprawnej wpisującego się w generalną erozję tradycyjnego podziału na prawo publiczne i prywatne¹⁴⁹. Jednym słowem, ten znany od lat proces może zyskać nową odsłonę w związku z łączeniem spraw prowadzonych w różnych konfiguracjach, w tym z udziałem państw, w postępowania arbitrażowe z wątkami publicznoprawnymi prowadzone pod auspicjami takich instytucji, jak np. ICC czy SCC z wykorzystaniem narzędzi proceduralnych (np. *Terms of Reference* z art. 23 reg. ICC), które zapewnią w większym stopniu partycypację w danym postępowaniu dla wszystkich zainteresowanych ich wynikiem.

8. WNIOSKI

Optymalizacja adjudykacyjnych metod rozstrzygania sporów międzynarodowych dotyczących zmian klimatu z pewnością nie jest łatwym zadaniem. Głównym utrudnieniem wydaje się znaczna liczba interesariuszy („aktorów”), którzy są pozytywnie (np. środowiskowe NGO, niektóre organizacje regionalne) lub negatywnie zainteresowani problematyką zmian klimatu (np. niektóre MNC z sektora energetycznego hamujące transformację energetyczną, niczym *Vattenfall* w 2009 r. w Niemczech), a których formy partycypacji w sporach międzypaństwowych są delikatnie mówiąc nikłe (również same państwa mają na razie małą motywację do wszczynania takich sporów). W przyszłych porozumieniach klimatycznych należy w większym stopniu zaadresować rolę podmiotów niepaństwowych, a także być może rozważyć wprowadzenie kilkustopniowych klauzul IDS, które będą uwzględniać możliwość partycypowania w roli powodów lub pozwanych w poszczególnych sprawach przez podmioty prywatne – względnie przyznawać im prawo przystąpienia do postępowania lub ich przypozwania – jak również uwzględniać możliwość konsolidacji spraw wszczynanych w różnych konfiguracjach. Póki co, w idealnym stanie rzeczy, pomocna w walce ze zmianami klimatu byłaby opinia doradcza MTS, która obralaby tzw. *forward-looking approach*, czyli określiła na przyszłość m.in. odpowiedzialność państw za zmiany klimatu i omówiła rolę innych aktorów niż państwa w walce ze zmianami klimatu (dając argumenty na rzecz dalszego rozwoju, np. społecznej odpowiedzialności biznesu). Skoro jednak obecna wypadkowa interesów politycznych czyni wystąpienie o uzyskanie opinii doradczej mało realne, to wydaje się, że – wobec wad klasycznych metod IDS, które nie sprawdzają się w roli metod *self-standing* – warto dążyć do wypracowania niejako „alternatywnych” metod uzyskiwania międzynarodowych wypowiedzi orzecznich dotyczących problemu zmian klimatu. Taką metodą może okazać się wielostronny

¹⁴⁸ L. Reed, A. Jacovides, *Great Expectations...*, s. 231.

¹⁴⁹ Zob. m.in. A. Glendon, P.G. Carozza, C.B. Picker, *Comparative Legal Traditions. Text, Materials and Cases on Western Law*, wyd. 3, Thomson-West 2006, s. 302.

arbitraż o cechach mieszanych – być może prowadzony z udziałem nie tylko jednego państwa, ale też potencjalnie większej liczby państw mogących do niego dołączyć – którego idea wyłania się po lekturze Raportu ICC 2019. Intensyfikacja zainteresowania ze strony ICC oraz innych instytucji arbitrażowych problematyką zmian klimatu pozwala wysunąć wniosek, że dochodzić może do mieszania się domeny prawa publicznego i prywatnego w sporach arbitrażowych dotyczących zmian klimatu.

Summary

Konrad Czech, *Challenges in the Area of Judicial Resolution of International Disputes Concerning Climate Change: Towards the Blurring of Boundaries Between Public and Private Law?*

The article discusses the issue of insufficient use of judicial methods to resolve international disputes concerning climate change (between states and other entities). It analyses the numerous shortcomings of these methods, which hinder comprehensive resolution of such disputes. The solution to the problems identified in the paper may be to consolidate different types of parallel litigations concerning the same facts into one multilateral arbitration dispute with mixed (private- and public-law) characteristics.

Keywords: international disputes, climate change, arbitration, public-private law dichotomy

Streszczenie

Konrad Czech, *Wyzwania w zakresie adjudykacyjnego rozstrzygania sporów międzynarodowych dotyczących zmian klimatu – w kierunku zacierania się granic prawa publicznego i prywatnego?*

W artykule została omówiona problematyka niedostatecznego wykorzystania metod sądowych w celu rozstrzygania sporów międzynarodowych dotyczących zmian klimatu (w konfiguracjach międzypaństwowych i nie tylko). Analizuje on liczne mankamenty tych metod, które utrudniają holistyczne rozstrzygnięcie tego rodzaju sporów. Odpowiedzią na zidentyfikowane w artykule problemy może być konsolidacja różnego rodzaju postępowań spornych, prowadzonych równolegle w rozmaitych konfiguracjach i dotyczących tego samego stanu faktycznego w jeden wielostronny spór arbitrażowy o cechach mieszanych (publiczno- i prywatnoprawnych).

Słowa kluczowe: spory międzynarodowe, zmiany klimatu, arbitraż, podział na prawo publiczne i prywatne

Literatura:

1. Anning M., *Counterclaims Admissibility in Investment Arbitration. The Case of Environmental Disputes* [w:] *Handbook of International Investment Law and Policy*, red. J. Chaisse, L. Choukroune, S. Jusoh, Singapur 2020.
2. Baetens F., *The Kyoto Protocol in Investor-State Arbitration: Reconciling Climate Change and Investment Protection Objectives* [w:] *Sustainable Development in World Investment Law*, red. M.-C. Cordonier Segger, M.W. Gehring, A. Newcombe, Alphen aan den Rijn 2011.
3. Bartholomeusz L., *The Amicus Curiae before International Courts and Tribunals*, red. M. Fitzmaurice, *Non-state Actors and International Law* 2005, nr 3, t. 5.
4. Bluemel E.B., *Unraveling the Global Warming Regime Complex: Competitive Entropy In The Regulation Of The Global Public Good*, *University of Pennsylvania Law Review* 2007, nr 6, t. 155.

5. Bodansky D., *The Legal Character of the Paris Agreement*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2735252
6. Bodansky D., *The Role of The International Court of Justice in Addressing Climate Change: Some Preliminary Reflections*, Arizona State Law Journal 2017, t. 49.
7. Boyle A., *Human Rights and the Environment: Where Next?*, The European Journal of International Law 2012, nr 3, t. 23.
8. Boyle A., *Relationship Between International Environmental Law and Other Branches of International Law*, red. D. Bodansky, J. Brunnée, E. Hey [w:] *Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oksford 2008.
9. Brown Ch., *International, Mixed, and Private Disputes Arising Under the Kyoto Protocol*, Journal of International Dispute Settlement 2010, nr 2, t. 1.
10. Burns W.C.G., *Potential Causes of Action for Climate Change Damages in International Fora: The Law of the Sea Convention*, McGill Journal of Sustainable Development Law 2006, nr 1, t. 2.
11. Cała-Wacinkiewicz E. [red.] *Prawo międzynarodowe – Idee a rzeczywistość*, Warszawa 2018.
12. Cała-Wacinkiewicz E., *Fragmentacja prawa międzynarodowego – sposoby pojmowania i relacje między pojęciami i zjawiskami* [w:] *Fragmentacja prawa międzynarodowego*, Warszawa 2018.
13. Cárdenas Castañeda F.A., *A Call for Rethinking the Sources of International Law: Soft Law and the Other Side of the Coin*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional 2013, t. XIII.
14. Cardesa-Salzmänn A., *Non-Compliance Procedures in Multilateral Environmental Agreements: Weaknesses' Diagnosis & Therapy*, https://www.researchgate.net/publication/263044895_Non-Compliance_Procedures_in_Multilateral_Environmental_Agreements_Weaknesses%27_Diagnosis_Therapy
15. Charlotin D., *EU Court of Justice Finds Fault with Germany's Grant of a Revised Permit to Vattenfall, Casting a Cloud over Earlier Settlement of ICSID Case*, <https://www.iareporter.com/articles/court-of-justice-of-the-european-union-finds-fault-in-germanys-grant-of-a-revised-permit-to-vattenfall-casting-a-cloud-over-earlier-settlement-of-icsid-case/>
16. Christiansen S.M., *Climate Conflicts – A Case of International Environmental and Humanitarian Law*, Cham 2016.
17. Condon M., *The Integration of Environmental Law into International Investment Treaties and Trade Agreements: Negotiation Process and the Legalization of Commitments*, Virginia Environmental Law Journal 2015, nr 1, t. 33.
18. Cotterrell R., *What Is Transnational Law?*, Law & Social Inquiry 2012, nr 2, t. 37.
19. Crema L., *Testing Amici Curiae in International Law: Rules and Practice*, Italian Yearbook of International Law 2012, t. 22.
20. Czech K., *Dowody i postępowanie dowodowe w międzynarodowym arbitrażu handlowym oraz inwestycyjnym. Zagadnienia wybrane*, Warszawa 2017.
21. Déjeant-Pons M., Pallemmaerts M., *Human rights and the environment*, <https://rm.coe.int/1680489692>
22. Doelle M., *Compliance and Enforcement in the Climate Change Regime* [w:] *Climate Change and the Law*, red. E. Hollo, K. Kulovesi, M. Mehling, Dordrecht–Heidelberg–Nowy Jork –Londyn 2013.
23. Fasoli E., McGlone A., *The Non-Compliance Mechanism Under the Aarhus Convention as 'Soft' Enforcement of International Environmental Law: Not So Soft After All!*, Netherlands International Law Review 2018, nr 1, t. 65.
24. Fisher E., *Environmental Law as 'Hot' Law*, Journal of Environmental Law (Special Issue celebrating the 25th Anniversary of the Journal of Environmental Law 'Environmental Law: Looking Backwards, Looking Forwards') 2013, nr 3, t. 25.
25. French D., Rajamani L., *Climate Change and International Environmental Law: Musings on a Journey to Somewhere*, Journal of Environmental Law 2013, nr 3, t. 25.
26. Ghouri A., *Interaction and Conflict of Treaties in Investment Arbitration*, Alphen aan den Rijn 2015.
27. Glendon A., Carozza P.G., Picker C.B., *Comparative Legal Traditions. Text, Materials and Cases on Western Law*, wyd. 3, Thomson–West 2006.

28. Goeteyn N., Maes F., *Compliance Mechanisms in Multilateral Environmental Agreements: An Effective Way to Improve Compliance?*, https://www.researchgate.net/publication/261993368_Compliance_Mechanisms_in_Multilateral_Environmental_Agreements_An_Effective_Way_to_Improve_Compliance
29. Gómez K.F., *Rethinking the Role of Amicus Curiae in International Investment Arbitration: How To Draw the Line Favorably for the Public Interest*, *Fordham International Law Journal* 2012, nr 2, t. 32.
30. Gros G., *The ICJ's Handling of Science in the Whaling in the Antarctic Case: A Whale of a Case?*, *Journal of International Dispute Settlement* 2015, nr 3, t. 6.
31. Guzman A.T., *The Cost of Credibility: Explaining Resistance to Interstate Dispute Resolution Mechanisms*, *The Journal of Legal Studies* 2002, nr 2, t. 31.
32. Henin P.F., Howley J., Keene A., Peart N., *Innovating International Investment Agreements: A Proposed Green Investment Protocol for Climate Change Mitigation and Adaptation*, *Journal of International Arbitration* 2019, nr 1, t. 36. https://www.researchgate.net/publication/228203506_Global_Environmental_Law
33. Hey E., *Global Environmental Law*, https://www.researchgate.net/publication/228203506_Global_Environmental_Law
34. Hollo E., Kulovesi K., Mehling M. [red.] *Climate Change and the Law*, Dordrecht–Heidelberg–Nowy Jork–Londyn 2013.
35. Huffman J.L., *The Past and Future of Environmental Law*, *Environmental Law* 2000, nr 1, t. 30.
36. Indlekofer M., *International Arbitration and the Permanent Court of Arbitration*, Alphen aan den Rijn 2013.
37. Juste-Ruiz J., *The International Court of Justice and International Environmental Law*, red. N. Boschiero et al., *International Courts and the Development of International Law*, Haga 2013.
38. Kalas P.R., Herwig A., *Dispute Resolution Under the Kyoto Protocol*, *Ecology Law Quarterly* 2000, nr 1, t. 27.
39. Kaługa Ł., *Specyfika międzynarodowego arbitrażu inwestycyjnego* [w:] *Arbitraż w prawie międzynarodowym*, red. C. Mik, Warszawa 2014.
40. Kirchhoff L., *Constructive Interventions: Paradigms, Process and Practice of International Mediation*, *Global Trends in Dispute Resolution*, Alphen aan den Rijn 2008.
41. Knahr C., *Transparency, Third Party Participation and Access to Documents in International Investment Arbitration*, *Arbitration International* 2007, nr 2, t. 23.
42. Koivurova T., Duyck S., Heinämäki L., *Climate Change and Human Rights* [w:] *Climate Change and the Law*, red. E. Hollo, K. Kulovesi, M. Mehling, Dordrecht–Heidelberg–Nowy Jork–Londyn 2013.
43. Koremenos B., *If Only Half of International Agreements Have Dispute Resolution Provisions, Which Half Needs Explaining?*, *The Journal of Legal Studies* 2007, nr 1, t. 36.
44. Kosteczka Z., *Amicus curiae w arbitrażu inwestycyjnym*, *Biuletyn Arbitrażowy* 2010–2011, nr 4(16).
45. Kozłowski A., *Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości* [w:] *Współczesne sądownictwo międzynarodowe*, t. 1, *Zagadnienia instytucjonalne*, red. J. Kolasa, Wrocław 2009.
46. Kulovesi K., *Exploring the Landscape of Climate Law and Scholarship: Two Emerging Trends* [w:] *Climate Change and the Law*, red. E. Hollo, K. Kulovesi, M. Mehling, Dordrecht–Heidelberg–Nowy Jork–Londyn 2013.
47. Levine J., *Adopting and Adapting Arbitration for Climate Change-Related Disputes The Experience of the Permanent Court of Arbitration* [w:] *Dispute Resolution and Climate Change: The Paris Agreement and Beyond*, red. W.J. Miles, Paryż 2017.
48. Levine J., *A rising tide of cases: what role for arbitration and conciliation in the climate change context*, <https://sccinstitute.com/media/225404/cop23-slides-judith-levine.pdf>
49. Lis E., *Miejsce negocjacji w pokojowym załatwianiu sporów* [w:] *Prawo międzynarodowe – Idee a rzeczywistość*, red. E. Cała-Wacinkiewicz, Warszawa 2018.
50. Łaski P., *Prawo międzynarodowe a współczesne wyzwania. Kwestia globalizacji podmiotowości prawnomiędzynarodowej jednostki, fragmentacja prawa międzynarodowego, stosowania siły i dążenia do ładu międzynarodowego w stosunkach międzynarodowych* [w:] *Prawo międzynarodowe – Idee a rzeczywistość*, red. E. Cała-Wacinkiewicz, Warszawa 2018.

51. Łazarczyk G., *Precedensowy pozew przeciw państwowej spółce za klimat. „Elektrownia Belchatów przyczynia się do kryzysu”*, <https://wyborcza.pl/7,155287,25234756,precedenso-wy-pozew-przeciw-panstowej-spolce-za-klimat-elektrownia.html?disableRedirects=true>
52. Maciejasz D., *Pozwali elektrownię Belchatów za spalanie węgla. Sąd: kryzys klimatyczny jest faktem*, <https://wyborcza.pl/7,155287,26326347,ruszy-proces-o-spalanie-wegla-przez-elektrownie-belchatow.html>
53. Marciniak K., *Zmiany klimatu jako wspólna sprawa ludzkości: współczesne uwarunkowania międzynarodowoprawne, ze szczególnym uwzględnieniem Porozumienia paryskiego* [w:] *Wspólne wartości prawa międzynarodowego, europejskiego i krajowego*, red. E. Cała-Wacinkiewicz, J. Menkes, Warszawa 2018.
54. Marr S., *The Southern Bluefin Tuna Cases: The Precautionary Approach and Conservation and Management of Fish Resources*, *European Journal of International Law* 2000, nr 4, t. 11.
55. Mbengue M.M., *Between Law and Science: A commentary on the Whaling in the Antarctic case*, *Questions of International Law, Zoom-in* 2015, nr 14.
56. Medvedieva M., Shevchenko T., Sopilko I., Guliev A., Bilotsky S., Nevara L., Lovin A., Sirokha D., *Fragmentation and Synergies in International Climate Change Regime*, *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues* 2018, nr 3, t. 21.
57. Moncel R., *Dangerous Experiments: Scientific Integrity in International Environmental Adjudications after the ICJ's Decision in "Whaling in the Antarctic"*, *Ecology Law Quarterly* 2015, nr 2, t. 42.
58. Montini M., *The Kyoto Protocol in the International Environmental Law Context and the Post-2012 Scenario* [w:] *Developing CDM Projects in the Western Balkans Legal and Technical Issues Compared*, red. M. Montini, Dordrecht–Heidelberg–Londyn–Nowy Jork 2010.
59. Parlett K., Tushingham M., *Recalibrating the Balance Between Protecting Foreign Investments and Protecting the Environment: Is Asia Taking the Lead?*, *Asian Dispute Review* 2018, nr 4, t. 20.
60. Peat D., *The Use of Court-Appointed Experts by the International Court of Justice*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2495450
61. Phillips F.-K., Maciunas S., *How a Fight Over South China Islands Led to Climate Win*, <https://www.cigionline.org/articles/how-fight-over-south-china-islands-led-climate-win>
62. Posner E.A., *Climate Change and International Human Rights Litigation: A Critical Appraisal*, *University of Pennsylvania Law Review* 2007, nr 6, t. 155.
63. Quirico O., *Climate Change and State Responsibility for Human Rights Violations: Causation and Imputation*, *Netherlands International Law Review* 2018, nr 2, t. 65.
64. Rajamani L., *The 2015 Paris Agreement: Interplay Between Hard, Soft Law and Mixed Obligations*, *Journal of Environmental Law* 2016, nr 2, t. 28.
65. Reed L., Jacovides A., *Great Expectations: Where Does The Proliferation of International Dispute Resolution Tribunals Leave International Law?*, *Proceedings of the Annual Meeting*, *American Society of International Law* 2002, t. 96.
66. Romano C., *International Dispute Settlement* [w:] *Oxford Handbook of International Environmental Law*, red. D. Bodansky, J. Brunnée, E. Hey, Oksford 2008.
67. Rudnicki Z.B., *Deklaracja praw ludów tubylczych ONZ jako instrument soft law w międzynarodowym systemie prawa* [w:] *Prawo międzynarodowe – Idee a rzeczywistość*, red. E. Cała-Wacinkiewicz, Warszawa 2018.
68. Salasky J., Montineri C., *UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration*, *ASA Bulletin* 2013, nr 4, t. 31.
69. Sandoval Coustasse J.G., Sweeney Samuelson E., *Adjudicating Conflicts Over Resources: The ICJ's Treatment of Technical Evidence in the Pulp Mills Case*, *Goettingen Journal of International Law* 2011, nr 1, t. 3.
70. Sands P., *Climate Change and the Rule of Law*, wykład w Sądzie Najwyższym Zjednoczonego Królestwa z 17.09.2015 r., <https://www.supremecourt.uk/docs/professor-sands-lecture-on-climate-change-and-the-rule-of-law.pdf>
71. Santivasa S., *The NGOs' Participation in the Proceedings of the International Court of Justice*, *Journal of East Asia and International Law* 2012, nr 2, t. 5.

72. Scovazzi T., *Between law and science: Some considerations inspired by the Whaling in the Antarctic judgment*, Questions of International Law, Zoom-in 2015, nr 14.
73. Simma B., *The International Court of Justice and Scientific Expertise, Proceedings of the Annual Meeting*, American Society of International Law 2012, t. 106.
74. Simonett S., *Legal Protection and (the Lack of) Private Party Remedies in International Carbon Emission Reduction Projects*, Journal of Energy & Natural Resources Law 2010, nr 2, t. 28.
75. Stephens T., *Low-Lying Pacific Islands Sue Over Climate Change*, <https://www.maritime-executive.com/editorials/low-lying-pacific-islands-sue-over-climate-change>
76. Szénási G., *The Role of the International Court of Justice in the Development of International Environmental Law*, Acta Iuridica Hungarica 1999, nr 1–2, t. 40.
77. Toral M., Schultz T., *The State, a Perpetual Respondent in Investment Arbitration? Some Unorthodox Considerations [w:] The Backlash against Investment Arbitration*, Alphen ann den Rijn 2010.
78. Tzeng P., *The Annulment of Interstate Arbitral Awards*, Kluwer Arbitration Blog, 1.07.2017 r., <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/07/01/the-annulment-of-interstate-arbitral-awards/>
79. Urbinati S., *Non-compliance Procedur under the Kyoto Protocol*, Baltic Yearbook of International Law 2003, t. 3.
80. van Asselt H., *Managing the Fragmentation of International Climate Law [w:] Climate Change and the Law*, red. E. Hollo, K. Kulovesi, M. Mehling, Dordrecht–Heidelberg–Nowy Jork–Londyn 2013.
81. Vihma A., *Analyzing Soft Law and Hard Law in Climate Change [w:] Climate Change and the Law*, red. E. Hollo, K. Kulovesi, M. Mehling, Dordrecht–Heidelberg–Nowy Jork–Londyn 2013.
82. Viñuales J.E., *The Influence of Environmental Protection on the Fabric of International Law [w:] Global Justice, Human Rights and the Modernization of International Law*, red. R. Pisillo Mazzeschi, P. De Sena, Cham 2018.
83. Voser N., *Overview of the Most Important Changes in the Revised ICC Arbitration Rules*, ASA Bulletin 2011, nr 4, t. 29.
84. Waibel M., Kaushal A., Kyo-Hwa Chung L., Balchin C., *The Backlash against Investment Arbitration*, Alphen ann den Rijn 2010.
85. Wantuch D., „Brudne sekrety diesli”. Prawnicy dla Ziemi przeciwko rozporządzeniu Komisji Europejskiej, które pozwala zataić wyniki testów spalania, <https://wyborcza.pl/7,155287,22498041,brudne-sekrety-diesli-prawnicy-dla-ziemi-przeciwko-rozporzadzeniu.html>
86. Wälde T.W., *The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investment and Trade*, Alphen ann den Rijn 1996.
87. Werksman J., *Remarks on the International Legal Character of the Paris Agreement*, Maryland Journal of International Law 2019, nr 1, t. 34.
88. Wewerinke-Singh M., Doebbler C.F.J., *The Paris Agreement: Some Critical Reflections on Process and Substance*, The University of New South Wales Law Journal 2016, t. 39.
89. Wiik A., *Amicus curiae before International Courts and Tribunals*, Baden-Baden–Oksford–Portland 2018.
90. Yang T., Percival R., *The Emergence of Global Environmental Law*, Ecology Law Quarterly 2009, nr 3, t. 36.
91. Zachariasiewicz Z., *Amicus Curiae in International Investment Arbitration: Can It Enhance the Transparency of Investment Dispute Resolution?*, Journal of International Arbitration 2012, nr 2, t. 29.
92. Zovko I., *International Law-Making for the Environment: A Question of effectiveness*, <https://www.peacepalacelibrary.nl/ebooks/files/C08-0030-Zovko-International.pdf>
93. Živković P., *Severe Breaches of Duty of Confidentiality and Impartiality in the Dispute between Croatia and Slovenia: Is Arbitration Immune to Such Violations?*, Kluwer Arbitration Blog, 29.07.2015 r., <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/07/29/severe-breaches-of-duty-of-confidentiality-and-impartiality-in-a-dispute-between-croatia-and-slovenia-is-arbitration-immune-to-such-violations/>

Magdalena Arczewska*

„To jest toksyczna więź, którą dobrze określiła w rozmowie ze mną znajoma biegła sądowa: «Gdybyś całe życie wychowywała się w łóżeczku szczebelkowym ze stojącą obok miotłą, to byłabyś z tą miotłą związana». Człowiek ma potrzebę przywiązania, więc dobry jest najgorszy rodzic, tylko dlatego że jest”.

Wypowiedź badanej matki zastępczej oznaczonej kodem RZN4 (05.05.2020)

Tymczasowość rodzinnych form pieczy zastępczej w świetle wyników badań empirycznych**

1. WPROWADZENIE

Rodzina niezmiennie pozostaje najważniejszym środowiskiem z którym każdy człowiek związany jest przez całe życie. W prawidłowo funkcjonującej rodzinie dziecko w naturalny sposób kształtuje wszystkie wymiary swego człowieczeństwa oraz uczy się postaw i zachowań społecznych¹. Jeśli rodzina nie jest w stanie zapewnić dziecku odpowiedniej opieki, wówczas należy dla niej zorganizować wsparcie w środowisku lokalnym. Gdy to wsparcie okaże się być niewystarczające lub nieefektywne, wtedy należy umieścić dziecko poza rodziną. Celem tego działania powinien być powrót dziecka do środowiska rodzinnego, a jeśli takie rozwiązanie jest niemożliwe, bo rodzice nie są w stanie wykonywać swoich funkcji opiekuńczo-wychowawczych, wówczas należy skierować dziecko do przysposobienia². Wychodząc naprzeciw takim założeniom systemowym, w przepisach ustawy

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

** Data zgłoszenia tekstu przez autorkę: 18.08.2021 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 5.10.2021 r.

¹ A. Regulska, *Rodzina i piecza zastępcza nad dzieckiem w perspektywie zasady pomocniczości. Analiza dyskursu retoryki politycznej*, Warszawa 2018, s. 19.

² M. Andrzejewski, *Ewolucja pieczy zastępczej przez pryzmat nowych regulacji prawnych*, „Teologia i Moralność” 2012, t. 11, s. 107–108.

z 9.06.2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej³ sformulowano obowiązek dokonania oceny sytuacji dziecka umieszczonego w pieczy przez sąd opiekuńczy w toku postępowania wykonawczego, nie rzadziej niż raz na 6 miesięcy. Wreszcie w 2014 r. w przepisach tej ustawy zapisano wprost, że po upływie 18 miesięcy od dnia umieszczenia dziecka w pieczy, sąd rodzinny, na wniosek organizatora rodzinnej pieczy zastępczej, powinien wydać zarządzenia wobec dziecka w celu uregulowania jego sytuacji prawnej. Należy zatem przyjąć, że termin 18 miesięcy powinien być traktowany jako taki, w którym odpowiednie służby i instytucje podejmą wszystkie wyczerpujące działania, aby rodzina biologiczna była gotowa do powrotu dziecka lub też po upływie tego okresu niezwłocznie podjęta zostanie decyzja o skierowaniu dziecka do przysposobienia. Praca z rodzicami w sytuacji, gdy dziecko doświadczyło zaniedbywania, to bardzo trudna działalność wymagająca przemyślanych czynności oraz specjalistycznych umiejętności. Działania pomocowe powinny mieć wielosektorowy i zintegrowany charakter oraz powinny być prowadzone w oparciu na programie profilaktyczno-kompensacyjnym⁴. Fakt, że odpowiednie służby i instytucje mają podjąć wyczerpujące działania naprawcze i wspierające wobec rodziny biologicznej nie zwalnia rzecz jasna rodziców dziecka z odpowiedzialności za odzyskanie sprawstwa w pełnieniu funkcji opiekuńczo-wychowawczej. Zwracając uwagę na ustawowe terminy dotyczące pobytu dziecka poza rodziną, trzeba zauważyć, że w treści przepisów komentowanej ustawy wskazano, iż dziecko może być objęte pieczą zastępczą „nie dłużej niż do pełnoletności”, a okres pobytu może być przedłużony do 25. roku życia. Nie powinno być to jednak regułą, lecz wyjątkiem od założenia tymczasowości pieczy zastępczej.

Celem artykułu jest prezentacja wyników badań zrealizowanych przez autorkę w ramach projektu badawczego „Tymczasowość rodzinnych form pieczy zastępczej” wspólnie z... (anonimizacja). Projekt był dofinansowany przez... (anonimizacja). Jego celem była weryfikacja przestrzegania założenia tymczasowości pieczy zastępczej w formach rodzinnych. Informacje dotyczące badanych środowisk rodzinnej pieczy zastępczej wraz z przypisanymi kodami zostały opisane na potrzeby prowadzonej analizy i cytowania w tabeli „Charakterystyka badanych środowisk rodzinnej pieczy zastępczej” zamieszczonej w Aneksie (s. 72).

2. PRAWNE UREGULOWANIA PIECZY ZASTĘPCZEJ W POLSCE

Najpełniej jak dotychczas prawa dziecka – w tym także do zapewnienia opieki poza środowiskiem rodzinnym – zostały określone w Konwencji o prawach dziecka uchwalonej w 1989 r. Dokument ten jest określany mianem Światowej Konstytucji Praw Dziecka. Jest to uniwersalny akt ochrony i promocji praw dziecka stanowiący traktat międzynarodowy. Polska znalazła się w grupie państw, które jako pierwsze zdecydowały się na jej podpisanie – było to 26.01.1990 r., zaś ratyfikacja nastąpiła 7.06.1991 r.⁵ Akt ten ustanawia status dziecka oparty na następujących założeniach:

³ Tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 821 – dalej też ustawa.

⁴ I. Krasiejko, *Rodzina z dziećmi. Rodzina dysfunkcyjna. Pedagogika. Praca socjalna, Teoria*, Warszawa 2019, s. 120–121.

⁵ Konwencja o prawach dziecka uchwalona 20.11.1989 r. (Dz.U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526 ze zm.) – dalej Konwencja.

dziecko jest samodzielnym podmiotem, ale ze względu na swoją niedojrzałość psychiczną i fizyczną wymaga szczególnej opieki i ochrony prawnej, dziecko jako istota ludzka wymaga poszanowania jego tożsamości, godności i prywatności, rodzina jest najlepszym środowiskiem wychowania dziecka, państwo ma wspierać rodzinę, a nie wyłączać ją w jej funkcjach⁶. W świetle zapisów Konwencji, rodzina stanowi podstawową komórkę społeczeństwa oraz naturalne środowisko rozwoju i dobra jej członków, w szczególności dzieci, co wynika z jej preambuły. Prawo dziecka do życia rodzinnego jest chronione Konwencją, a przeciwdziałanie rozdzieleniu rodziny i zachowanie jej jedności stanowią ważne części składowe systemu ochrony dziecka. Odseparowanie od rodziców należy traktować zawsze jako rozwiązanie ostateczne, w szczególności stosowane w przypadku bezpośredniego zagrożenia dziecka. Zastosowanie separacji nie jest zasadne, jeśli ochronę dziecku zapewnią środki mniej inwazyjne. Odseparowanie powinno być także poprzedzone udzieleniem wsparcia dla rodziców w realizacji ich obowiązków rodzicielskich, w celu przywrócenia lub poprawy zdolności rodziny do opieki nad dzieckiem. Komitet Praw Dziecka podkreśla także, że powody ekonomiczne czy niepełnosprawność rodziców lub dziecka nie mogą stanowić uzasadnienia dla ich oddzielenia. Zgodnie z art. 20 Konwencji dziecko pozbawione czasowo lub na stałe swojego środowiska rodzinnego lub gdy ze względu na swoje dobro nie może pozostawać w tym środowisku, będzie miało prawo do specjalnej ochrony i pomocy ze strony państwa. Obowiązkiem państwa jest zapewnienie takiemu dziecku opieki zastępczej. Konwencja o prawach dziecka reguluje przysługujące mu prawa bardzo kompleksowo i szeroko, a dobro dziecka ma być przedmiotem troski, opieki i wsparcia nie tylko rodziców, ale także władz publicznych oraz wszelkich instytucji i podmiotów społecznych działających na rzecz dzieci. Dziecko jako indywidualna jednostka wymaga ochrony prawnej zarówno przed, jak i po urodzeniu, a wartości jakie powinny przyświecać procesowi wychowawczemu to godność, tolerancja, wolność, równość i solidarność⁷.

Funkcjonujący w Polsce system pieczy zastępczej działa w oparciu na przepisach wspomnianej już ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej. Określa ona zasady i formy wspierania rodziny przeżywającej trudności w wypełnianiu funkcji opiekuńczo-wychowawczych, zasady i formy sprawowania pieczy zastępczej oraz pomocy w usamodzielnianiu jej pełnoletnich wychowanków, zadania administracji publicznej w zakresie wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej, zasady finansowania wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej, zadania w zakresie postępowania adopcyjnego. Tu wypada jedynie zaznaczyć, że prawne uwarunkowania funkcjonowania systemu pieczy zastępczej w Polsce zostały szeroko omówione w literaturze przedmiotu⁸.

Zgodnie z treścią art. 2 § 1 ustawy wspieranie rodziny przeżywającej trudności w wypełnianiu funkcji opiekuńczo-wychowawczych to zespół planowych działań mających na celu przywrócenie rodzinie zdolności do wypełniania tych

⁶ J. Szymańczak, *Konwencja o prawach dziecka ONZ. Uwagi o realizacji konwencji przez Rzeczpospolitą Polską*, <http://biurose.sejm.gov.pl/teksty/i-684.htm> (dostęp: 4.11.2021 r.).

⁷ W. Burek, *Polska jako państwo – strona Konwencji o prawach dziecka z 1989 roku* [w:] *Prawa dziecka w prawie międzynarodowym*, red. E. Karska, Warszawa 2014, s. 39–41.

⁸ Por. W. Stojanowska, *Rozwód a dobro dziecka*, Warszawa 1979; W. Stojanowska, *Ochrona dobra dziecka rozwodzących się rodziców*, „Rodzina i Prawo” 2009/12, s. 36 i n.; T. Smyczyński, *Pojęcie dziecka i jego podmiotowość* [w:] *Konwencja o prawach dziecka. Analiza i wykładnia*, red. T. Smyczyński, Poznań 1999.

funkcji. Stosując przepisy ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej, należy mieć na względzie podmiotowość dziecka i rodziny oraz prawo dziecka do wychowania w rodzinie, a w razie konieczności wychowywania dziecka poza rodziną – do opieki i wychowania w rodzinnych formach pieczy zastępczej, a jeśli jest to zgodne z dobrem dziecka powrotu do rodziny, utrzymywania osobistych kontaktów z rodzicami, z wyjątkiem przypadków, w których sąd zakazał takich kontaktów, stabilnego środowiska wychowawczego, kształcenia, rozwoju uzdolnień, zainteresowań i przekonań oraz zabawy i wypoczynku, pomocy w przygotowaniu do samodzielnego życia, ochrony przed arbitralną lub bezprawną ingerencją w życie dziecka, informacji i wyrażania opinii w sprawach, które go dotyczą, odpowiednio do jego wieku i stopnia dojrzałości, ochrony przed poniżającym traktowaniem i karaniem, poszanowania tożsamości religijnej i kulturowej, dostępu do informacji dotyczących jego pochodzenia. Ustawa ta nakazuje jej realizatorom podmiotowe traktowanie dziecka i respektowanie jego praw do m.in.: wychowania w rodzinie, a w przypadku umieszczenia w pieczy zastępczej – w jej rodzinnych formach, powrotu do rodziny, utrzymywania osobistych kontaktów z rodzicami oraz do stabilnego środowiska wychowawczego.

Za organizację i wspieranie rodzinnych form pieczy odpowiada organizator rodzinnej pieczy zastępczej, który zatrudnia koordynatorów rodzinnej pieczy zastępczej. Za tworzenie instytucjonalnej pieczy zastępczej (placówki opiekuńczo-wychowawcze, w tym typu rodzinnego) i organizowanie dla niej wsparcia odpowiada Powiatowe Centrum Pomocy Rodzinie. Piecza zastępcza organizowana przez powiat w formach rodzinnych obejmuje: rodziny zastępcze spokrewnione, niezawodowe i zawodowe, w tym zawodowe specjalistyczne, rodziny pełniące funkcję pogotowia rodzinnego oraz rodzinne domy dziecka⁹. Ustawa wskazuje limity miejsc w poszczególnych formach rodzinnej pieczy zastępczej. W rodzinach zastępczych zawodowych i niezawodowych może przebywać w jednym czasie do trojga dzieci lub młodych dorosłych, którzy w trakcie pobytu w pieczy zastępczej osiągnęli pełnoletność, w rodzinnym domu dziecka do 8 podopiecznych¹⁰. Ponadto, jak już wspomniano, w ustawie wskazano, że dziecko może być objęte pieczą zastępczą „nie dłużej niż do pełnoletności”, ale okres pobytu może być przedłużony do 25. roku życia, jeśli podopieczny uczy się, przechodzi szkolenie zawodowe lub, kontynuując naukę, legitymuje się orzeczeniem o umiarkowanym i znacznym stopniu niepełnosprawności¹¹. Zgodnie z art. 58 ust. 4 ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej w odniesieniu do umieszczenia dzieci w pogotowiu rodzinnym, określono limity czasowe pobytu – do 4 miesięcy, z możliwością przedłużenia w szczególnych przypadkach do 8 miesięcy lub do momentu zakończenia postępowania sądowego dotyczącego rozstrzygnięcia o losie dziecka (powrotu do rodziny, przysposobienia czy umieszczenia w rodzinnej pieczy zastępczej)¹². Rodzina pełniąca funkcję pogotowia rodzinnego ma charakter głównie interwencyjny, a pobyt dzieci w tej rodzinie powinien być krótkotrwały. Pogotowie

⁹ Art. 39, 59 ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej.

¹⁰ Art. 53, 61 ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej.

¹¹ Art. 37 ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej.

¹² A. Golczyńska-Grodnaś, M. Błaszczak, *Deinstytucjonalizacja placówek opieki całkowitej nad dziećmi i młodzieżą w województwie łódzkim*, Łódź 2020, s. 40.

przyjmuje dzieci zarówno na podstawie orzeczenia sądu, jak i po doprowadzeniu przez Policję lub Straż Graniczną oraz po interwencyjnym odebraniu dziecka przez pracownika socjalnego w trybie art. 12a ustawy z 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie¹³. W świetle tego przepisu, w razie bezpośredniego zagrożenia życia lub zdrowia dziecka w związku z przemocą w rodzinie, pracownik socjalny wykonujący obowiązki służbowe ma prawo odebrać dziecko rodzinie i umieścić je u innej niezamieszkującej wspólnie osoby najbliższej, w rodzinie zastępczej lub w placówce opiekuńczo-wychowawczej. W takim przypadku zawsze o podejmowanych działaniach informowany jest sąd opiekuńczy.

W ustawie o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej określono normy wiekowe oraz limity miejsc w placówkach opiekuńczo-wychowawczych, odzwierciedlające wskazania międzynarodowych dokumentów strategicznych dotyczących deinstytucjonalizacji. W placówkach opiekuńczo-wychowawczych (socjalizacyjnych, interwencyjnych, specjalistyczno-terapeutycznych) umieszczane mogą być dzieci powyżej 10. roku życia tylko wówczas, gdy w danej placówce umieszczona jest matka lub ojciec tego dziecka oraz w innych wyjątkowych przypadkach, szczególnie gdy przemawia za tym stan zdrowia dziecka lub dotyczy to jego rodzeństwa¹⁴. Limity w zakresie liczebności to nie więcej niż 14 dzieci w placówce opiekuńczo-wychowawczej od dnia 1.01.2021 r., w interwencyjnym ośrodku preadopcyjnym do 20 dzieci oraz do 30 dzieci w regionalnej placówce opiekuńczo-terapeutycznej (art. 109, 111, 230 ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej)¹⁵.

Jak już wspomniano, umieszczenie dziecka w pieczy zastępczej nie jest rozwiązaniem docelowym, dlatego też sąd opiekuńczy prowadząc postępowanie wykonawcze regularnie (nie rzadziej niż raz na 6 miesięcy) dokonuje oceny sytuacji dziecka umieszczonego w pieczy, której celem jest ustalenie, czy istnieje możliwość powrotu dziecka do rodziny biologicznej, a jeśli nie ma takiej możliwości i przesłanki powodujące umieszczenie dziecka w pieczy utrzymują się mimo udzielonej rodzicom pomocy – podjęcie decyzji o wszczęciu z urzędu postępowania o pozbawienie rodziców dziecka władzy rodzicielskiej. Niezależnie od działań sądu opiekuńczego w zakresie stabilizowania sytuacji dziecka przebywającego w pieczy zastępczej, zgodnie z art. 47 ust. 5 oraz art. 131 ustawy, organizator rodzinnej pieczy zastępczej lub dyrektor placówki ma obowiązek podejmować działania na rzecz reintegracji rodziny i oceniać zasadność pobytu dziecka w pieczy zastępczej nie rzadziej niż co 3 lub 6 miesięcy¹⁶. Zgodnie zaś z art. 47 ust. 7 ustawy po upływie 18 miesięcy od dnia umieszczenia dziecka w pieczy, organizator rodzinnej pieczy zastępczej składa do właściwego sądu wnioski wraz z uzasadnieniem o wszczęcie z urzędu postępowania o wydanie zarządzeń wobec dziecka w celu uregulowania jego sytuacji prawnej. To właśnie nowelizacja ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej z lipca 2014 r. miała na celu wzmocnienie zaangażowania służb społecznych na rzecz reintegracji rodziny lub uregulowania sytuacji dziecka poprzez przysposobienie. Organizatorzy i koordynatorzy rodzinnej pieczy zastępczej oraz dyrektorzy placówek zobowiązani są do zgłaszania informacji

¹³ Tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 1249.

¹⁴ Art. 95 ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej.

¹⁵ A. Golczyńska-Grodnas, M. Błaszczuk, *Deinstytucjonalizacja...*, s. 40.

¹⁶ A. Prusinowska-Marek, *Praktyka sądowa w zakresie realizacji zasady tymczasowości pieczy zastępczej – raport z badań*, Warszawa 2018, s. 48, <http://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2019/03/IWS-A-Prusinowska-Marek-Praktyka-sadowa-w-zakresie-realizacji-zasady.pdf> (dostęp: 4.11.2021 r.).

o dzieciach o uregulowanej sytuacji prawnej do ośrodków adopcyjnych. Artykuł 156 ust. 1 ustawy określa zadania ośrodka adopcyjnego jako kwalifikowanie dzieci do przyśposobienia, sporządzanie diagnoz i ocen dzieci, gromadzenie aktualnych informacji o stanie zdrowia dziecka, dobór rodziny adopcyjnej z uwzględnieniem potrzeb dziecka, badanie kandydatów na rodziny przysposabiające, organizowanie dla nich szkoleń, wspieranie kandydatów i rodziców adopcyjnych, zapewnianie pomocy kobietom w ciąży, które zgłaszają zamiar pozostawienia dziecka bezpośrednio po urodzeniu.

Pieczą zastępczą nad dzieckiem powinna trwać do stwierdzenia ustania przyczyny umieszczenia dziecka poza rodziną. Wówczas organizator rodzinnej pieczy zastępczej informuje właściwy sąd o możliwości powrotu dziecka do rodziny, załączając opinię gminy lub podmiotu prowadzącego pracę z rodziną i opinię koordynatora rodzinnej pieczy zastępczej. W przypadku niestwierdzenia ustania przyczyny umieszczenia dziecka w pieczy zastępczej w terminie 18 miesięcy od dnia umieszczenia dziecka, organizator rodzinnej pieczy zastępczej musi złożyć do właściwego sądu wniosek wraz z uzasadnieniem o wszczęcie z urzędu postępowania o wydanie zarządzeń wobec dziecka w celu uregulowania jego sytuacji prawnej.

Nakreślony wyżej kształt przepisów ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej wskazuje na trzy priorytety, jakie stawia przed sobą polski system pieczy zastępczej. Przede wszystkim jego kluczowym zadaniem jest wspieranie rodziny biologicznej, czego przejawem jest nacisk na kwestię profilaktyki oraz wzmacnianie rodziny w prawidłowym wykonywaniu jej funkcji opiekuńczo-wychowawczej. Cele te są realizowane przede wszystkim poprzez usługi asystenta rodziny, który ma wspierać rodzinę przeżywającą trudności realizując bardzo szeroki katalog zadań. Istotą jego działań jest wsparcie i współpraca z rodziną w kryzysie. Kolejnym priorytetem polskiego systemu jest preferowanie rodzinnej pieczy zastępczej, a także dążenie do jego profesjonalizacji oraz deinstytucjonalizacji. Jeżeli dziecko nie może pozostać w biologicznej rodzinie, to powinno zostać objęte systemem pieczy zastępczej, ze szczególnym wskazaniem właśnie na rodzinne formy opieki. Wreszcie trzecim priorytetem polskiego systemu pieczy zastępczej jest reintegracja dziecka z jego rodziną. Dlatego też piecza zastępcza powinna mieć charakter jedynie tymczasowy. Jak konkluduje Agnieszka Regulska: „Dziecko ma prawo do opieki i wychowania w pieczy zastępczej, ale trzeba mocno podkreślić – w pierwszej kolejności ma prawo do wychowania w swojej naturalnej rodzinie. Tym samym prawo dziecka do opieki i wychowania w pieczy zastępczej ma charakter wtórny w relacji do prawa dziecka do wychowania w rodzinie naturalnej. Piecza zastępcza posiada pomocniczy (subsydiarny) charakter wobec naturalnej i pierwotnej pieczy rodziców biologicznych”¹⁷.

3. OMÓWIENIE METODY I WYNIKÓW BADAŃ

3.1. Metodologia badań

Celem badań była weryfikacja przestrzegania założenia tymczasowości w formach rodzinnych polskiego systemu pieczy zastępczej. Badania realizowane były w okresie marzec – wrzesień 2020 r. W ramach projektu „Tymczasowość rodzinnych form

¹⁷ A. Regulska, *Rodzina...*, s. 141.

pieczy zastępczej” badaczki przeprowadziły łącznie 73 wywiady (47 wywiadów z rodzicami zastępczymi, 10 wywiadów z wychowankami oraz 16 wywiadów eksperckich). Autorka przeprowadziła 49 z nich. Na potrzeby prowadzonego niżej wnioskowania, analizie poddano wyłącznie wywiady przeprowadzone przez autorkę z rodzicami zastępczymi w formach pieczy rodzinnej (34 wywiady). W badaniach wzięło udział: dwie osoby reprezentujące rodziny spokrewnione, osiem osób prowadzących rodziny zastępcze niezawodowe, osiem osób prowadzących rodziny zastępcze zawodowe, trzy osoby prowadzące rodziny zastępcze specjalistyczne, trzy osoby prowadzące rodziny zastępcze pełniące funkcję pogotowia rodzinnego, dziesięć osób prowadzących rodzinne domy dziecka.

W zakresie doboru respondentów wykorzystano metodę kuli śnieżnej (*snowball sampling*). Jest to nielosowa technika doboru respondentów. Polega ona na proszeniu respondentów o wskazanie konkretnej znajomej osoby, z którą badacz mógłby również przeprowadzić wywiad. Trzeba dodać, że zastosowanie metody kuli śnieżnej jest przydatne w badaniach grup społecznych, które mogą być dla badacza trudno dostępne. Rekomendacje innych rodziców zastępczych czy osób, z którymi rodzice ci współpracują pozwoliło na pozyskanie szerokiego grona rozmówców i zbudowanie zaufania¹⁸.

Z uwagi na to, że badania prowadzono w czasie trwania pandemii COVID-19, wywiady prowadzone były zdalnie. Rozmówcom i rozmówczyniom zagwarantowano anonimowość oraz wyłączenie wykorzystania zebranego materiału dla celów badawczych. Przeprowadzone w ramach badań wywiady miały charakter indywidualnych wywiadów pogłębionych. Atutem tej techniki jest również forma swobodnej wypowiedzi, pozwalająca na zebranie szerszych opinii i refleksji pomijanych w technikach ilościowych¹⁹.

Poruszane w ramach wywiadów wątki tematyczne pogrupowane były w kilka bloków. Pierwszy z nich dotyczył ogólnych informacji o rodzinie zastępczej. Wywiad z rodzicami zastępczymi otwierało pytanie: „Jak to się stało, że zdecydował/a się Pan/i sprawować funkcję rodzica zastępczego?”. Kolejne pytania tego bloku dotyczyły ogólnej sytuacji rodzinnej, liczby dzieci biologicznych i ich wieku, liczby dzieci znajdujących się w pieczy i ich biografii. Ta część rozmowy była rozbudowana, ponieważ rodzice zastępczy zwykle dość dokładnie odtwarzali informacje dotyczące swoich podopiecznych – w jakim są wieku i w jakich okolicznościach trafili oni do rodziny zastępczej, jak potoczyły się ich losy, jeśli opuścili już rodzinę. Informacje zebrane w tej części wywiadu posłużyły do skonstruowania wspomnianej wyżej tabeli. Zawarte w niej informacje ujęto w sposób uniemożliwiający identyfikację, ale wskazujący na specyfikę rodziny zastępczej (staż rodziny zastępczej, liczba dzieci w pieczy w czasie realizacji badania oraz łącznie) oraz elementy biografii podopiecznych dotyczące ich rodziny pochodzenia, okoliczności umieszczenia w pieczy zastępczej, problemów zdrowotnych. Zwykle już w czasie tej części wywiadu rozmówcy odpowiadali na pytania dotyczące ich relacji oraz

¹⁸ I. Etikan, R. Alkassim, S. Abubakar, *Comparison of snowball sampling and sequential sampling technique*, “Biometrics & Biostatistics International Journal” 2016/3, t. 1, s. 6–7, <https://medcraveonline.com/BBIJ/BBIJ-03-00055.pdf> (dostęp: 3.08.2021 r.).

¹⁹ Por. M. Nicpoń, R. Marzęcki, *Pogłębiony wywiad indywidualny w badaniach społecznych* [w:] *Przeszłość – Terażniejszość – Przyszłość. Problemy badawcze młodych politologów*, Kraków 2010, s. 245–252.

kontaktów dzieci z ich rodzicami biologicznymi. Relacjonowali, czy rodzice biologiczni utrzymują kontakt z dziećmi, opisywali przebieg tych kontaktów, ich jakość oraz pojawiające się trudności, a także oceniali szanse na reintegrację rodziny. Ten element miał zdecydowanie ocenny charakter. Kolejny blok pytań dotyczył relacji i więzi w rodzinie zastępczej. Padły tu pytania o budowanie relacji i powiązanie rodzica zastępczego z dziećmi przyjętymi do rodziny, problemy w tym obszarze i ich rozwiązanie. Ostatni blok pytań dotyczył realizacji założenia tymczasowości pieczy zastępczej. Rozmówcy proszeni byli o wyjaśnienie, na czym polega tymczasowość pieczy zastępczej oraz czy w odniesieniu do ich doświadczeń założenie to jest realizowane w praktyce.

Zebrany w toku badań materiał był analizowany przy użyciu metody opisowo-ilustracyjnej. Wylonione wątki tematyczne zostały podporządkowane przyjętej problematyce badawczej i rekonstruowane z punktu widzenia badanych. Wypowiedzi respondentów są cytowane kursywą z uwzględnieniem kodu wskazanego we wspomnianej tabeli. Cytaty wykorzystane w metodzie opisowo-ilustracyjnej dobierano tak, aby jak najpełniej obrazowały wypowiedzi respondentów i towarzyszące im wnioskowanie.

3.2. Ogólna charakterystyka badanych rodzin zastępczych

Jak wspomniano, w badaniach udział wzięli wspomniani wcześniej przedstawiciele wszystkich rodzin zastępczych typu rodzinnego określonych w przepisach ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej. W badaniach udział wzięły osoby o dużym doświadczeniu w sprawowaniu funkcji rodziny zastępczej. Rozmówca o najdłuższym stażu prowadził rodzinę zastępczą od 25 lat, średni staż badanych rodzin wynosił 11 lat. W badanej grupie byli rodzice zastępczy, którzy sprawowali pieczę nawet nad kilkudziesięcioma dziećmi na przestrzeni minionych lat. Wśród badanych były osoby mające własne dzieci biologiczne (19 osób), dzieci przysposobione (7 osób), dzieci biologiczne i przysposobione (2 osoby), a także osoby bezdzielne (6 osób). Z wywiadów wynikało, że rozmówcy do pełnionej obecnie formy rodzinnej dochodzili różnymi ścieżkami – prowadzona przez nich rodzina zastępcza zmieniała określoną w ustawie formę (np. z pogotowia rodzinnego przekształcała się w rodzinny dom dziecka, z rodziny niezawodowej – w zawodową, z rodziny spokrewnionej – w pogotowie rodzinne). Dla większości badanych główną motywacją do podjęcia funkcji rodziny zastępczej była potrzeba pomocy dzieciom pozbawionym rodziny, kilkoro rodziców zastępczych przyznało, że brak dzieci biologicznych sprawił, że zdecydowali się przyjąć dzieci do pieczy, dla kilkorga adopcja dziecka była krokiem poprzedzającym przyjęcie dzieci do pieczy. Zdarzały się też sytuacje, że rodziców przysposabiały dzieci, które pierwotnie przyjmowali pod opiekę jako rodzina zastępcza (sytuacja ta dotyczyła pięciorga dzieci). Nie licząc rodzin spokrewnionych, podjęcie się przez badanych opieki nad dziećmi początkowo było wynikiem zdarzeń losowych, takich jak śmierć rodziców biologicznych spokrewnionych z rodzicami zastępczymi, czy niemożność sprawowania przez rodziców biologicznych z niepełnosprawnościami funkcji opiekunczo-wychowawczej nad dziećmi. Dotyczyło to trzech badanych rodzin zastępczych.

3.3. Rodzina pochodzenia i sytuacja dzieci przed umieszczeniem w pieczy

Szczegółowa charakterystyka badanych środowisk rodzinnej pieczy zastępczej została ujęta w przytaczanej tabeli zawartej w Aneksie. Niemniej warto w tym miejscu sformułować kilka ogólnych wniosków dotyczących rodzin pochodzenia dzieci znajdujących się pod opieką badanych rodzin oraz ich sytuacji, z zastrzeżeniem o niemożliwości generalizowania. W czasie realizacji badań pod opieką rozmówców znajdowało się 151 dzieci, natomiast łączna liczba wychowanków tych rodziców zastępczych to 491 dzieci. Warto w tym miejscu przypomnieć ogólnopolską charakterystykę i skalę zjawiska. W świetle danych GUS na koniec 2020 r. w pieczy rodzinnej w Polsce przebywało 55,5 tys. dzieci, w tym blisko 5 tys. w rodzinnych domach dziecka. Spośród wszystkich małoletnich objętych opieką 6.195 posiadało orzeczenie o niepełnosprawności, a 2.628 było sierotami. Biorąc pod uwagę wiek podopiecznych umieszczonych w rodzinnej pieczy zastępczej, zarówno w rodzinach zastępczych, jak i w rodzinnych domach dziecka najliczniejszą grupę stanowiły dzieci w wieku 7–13 lat (19.354 osoby). W 2020 r. do rodzinnej pieczy zastępczej po raz pierwszy zostało przyjętych 8.376 dzieci. W ciągu 2020 r. rodzinną pieczę zastępczą opuściło 5.958 dzieci w wieku do 18. roku życia. Najwięcej z nich (33,7%) powróciło do rodziny pochodzenia. Przysposobionych zostało 1.140 dzieci, natomiast do innej formy rodzinnej pieczy zastępczej trafiło 1.521 dzieci. Z powodu przeniesienia do instytucjonalnej pieczy zastępczej rodzinną pieczę zastępczą opuściło 782 dzieci. Wśród 3.743 pełnoletnich wychowanków, którzy w ciągu 2020 r. opuścili rodzinną pieczę zastępczą, 2086 założyło własne gospodarstwo domowe, a 203 powróciło do rodziny biologicznej lub krewnych. W 2020 r. wśród rodzin zastępczych rodziny spokrewnione stanowiły 64,6%, rodziny niezawodowe – 29,6%, a rodziny zawodowe – 5,8%²⁰.

Pod opiekę badanych rodziców zastępczych na przestrzeni lat trafiały dzieci w różnym wieku, choć w zdecydowanej większości były to dzieci małe. Dzieci przyjmowane do pieczy – co do zasady – pochodziły z zaniedbanych środowisk rodzinnych, w których występowały liczne, sprzężone problemy takie jak: uzależnienie od alkoholu, substancji psychoaktywnych, seksu, przemocy, chorób psychicznych, niezaradności opiekuńczo-wychowawczej. Ilustrują to następujące wypowiedzi:

*Dzieci przed zabezpieczeniem były zamknięte w domu, nikt tam nie mógł wejść. Sąsiedzi alarmowali policję, bo ciągle słyszeli jakieś krzyki. Ojciec jest osobą chorującą psychicznie, miał nakazane leczenie, którego nie podjął [RZZ3].
Mieliliśmy tylko jedno dziecko odebrane z powodu niezaradności rodziców. W większości przypadków jest to jednak alkohol. Mam pod opieką na przykład dziewczynkę, której ojciec alkoholik już nie żyje, a matka jest uzależniona od alkoholu, no i jakby to powiedzieć... bardzo uzależniona od osób trzecich, od mężczyzn [RDD7].
Niestety, mama miała ważniejsze sprawy w formie panów do załatwienia [RS2].
Mamusia ma kochanków. Mieszka obok. Patrzy się od czasu do czasu na dziewczynki, jak idziemy do sklepu, bo przechodzimy koło niej [RZS1].*

²⁰ Piecza zastępcza w 2020 r. Informacje sygnałowe, GUS, raport, <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/dzieci-i-rodzina/dzieci/piecz-zastepcza-w-2020-roku,1,5.html> (dostęp: 4.08.2021 r.).

W wywiadach nierzadko pojawiał się też wątek przebywania rodzica lub rodziców w zakładzie karnym:

Dziecko urodziło się w zakładzie karnym i mama nie chciała, żeby było z nią. Wolala, żeby było w pieczy. Tak dziecko trafiło do systemu, a potem trafiło do nas [RZZ7].

Rodzice są teraz w zakładzie karnym. Matka dopiero tydzień temu została aresztowana. Na razie nie ma możliwości kontaktowania się, czekamy kiedy będzie mogła zadzwonić. Jak była na wolności to się interesowała, ale trudno powiedzieć co będzie, bo ona dużo tych dzieci miała i wszystkie odebrano. Jedne dzieci z tym panem, jedne dzieci z innym panem. Tego ostatniego chłopczyka ma z mężem, którego poznała listownie w zakładzie karnym. Tam wzięli ślub [RZN3].

Ojciec został skazany, ma zarzuty za cztery czyny pedofilskie, ale nie przebywa w więzieniu, tylko w zakładzie opiekuńczym [RDD8].

Dzieci niejednokrotnie trafiały pod opiekę rodziców zastępczych w wyniku interwencji w środowisku domowym, ponieważ występująca tam sytuacja zagrażała ich zdrowiu i życiu. Tak komentowali to badani rodzice zastępczy:

Dziewczynki razem w kołysce były rzucone po prostu i dokarmiane wodą z kranu. Ciągłe tylko alkohol, awantury, sąsiedzi się skarżyli. W końcu przyjechali i zabrali. Oczywiście, rodzina dostawała też asystenta, bo to też nie było od razu, że przyjechali, zabrali dzieci i już [RZN7].

Trafiają do mnie często niestety dzieci z interwencji policyjnej bądź asystent rodziny zgłaszał do kuratora konieczność zabezpieczenia dziecka, bo w domu działo się coś niepokojącego. Miałam też czteromiesięczne dziecko, które odebrałam ze szpitala, bo było podejrzenie przemocy. Dziecko miało pękniętą czaszkę [PR1].

Często dzieci, zanim trafiły do rodziny zastępczej objętej badaniem, przebywały w innych formach pieczy, także instytucjonalnej. Nie mogły czuć się bezpiecznie, nie miały poczucia stałości i stabilizacji, zwykle też nie było wokół nich osób, z którymi mogły nawiązać trwale bezpieczne relacje i więzi. Niejednokrotnie przeżyły też nieudane próby przysposobienia. Ilustrują to następujące wypowiedzi:

Dziewczynki bardzo to przeżyły, że trafiły do placówki. Nie wiedziały, co się w ogóle dzieje, że ich odebrali do innego domu [RZS1].

M., który po domu dziecka czasem potrafił do J. mówić – ty chłopie, nie wiesz, co ty mówisz, nie byłeś w domu dziecka. To dla niego było bardzo ważne, to jest jednak silna identyfikacja [RZN2].

Z dwoma walizkami z domu dziecka ją zabrałyśmy. Początki to była rewolucja, bo B. była trudnym dzieckiem na początku. Wszystko chciała płaczem zalatwiać, żadnych reguł nie знаła. Wszystko brudne, umazane kupą. Czego ona nie robiła... Ale to wszystko na szczęście minęło [RZZ6].

Rozmówcy wskazywali na liczne obciążenia i problemy wynikające z zaniedbania sfery zdrowotnej dzieci będących pod ich opieką. Niektóre takie jak wszawica, owsica, świerzb, niedowaga były możliwe do wyeliminowania w dość krótkim czasie, jednak wiele z nich obciążało dzieci długofalowo i niosło bardzo poważne konsekwencje dla ich dobrostanu w przyszłości. Przede wszystkim rozmówcy wskazywali na to, że przebywające pod ich opieką dzieci pochodzą/pochodziły z rodzin z alkoholowych, na co zwrócono już uwagę analizując sytuację w rodzinach pochodzenia dzieci. Sytuacja dziecka w rodzinie alkoholowej jest szczególnie trudna – nawet jeżeli uzależniony jest tylko jeden z rodziców. Dzieci alkoholików częściej aniżeli inne dzieci mają problemy z konstruktywnym radzeniem sobie w trudnych sytuacjach, mają trudności z przeżywaniem i odreagowywaniem emocji. W konsekwencji są one postrzegane jako dzieci nadpobudliwe, z zaburzoną zachowaniem, bez motywacji do podejmowania społecznych wyzwań. Stanowią potencjalną grupę ryzyka pod względem uzależnienia od alkoholu i innych substancji psychoaktywnych²¹. Dzieci alkoholików narażone są na większe ryzyko wystąpienia problemów w okresie rozwojowym, a także w dorosłym życiu takich jak: choroby psychosomatyczne, zaburzenia emocjonalne i uzależnienia, brak satysfakcji z życia, trudności we współżyciu z ludźmi, predyspozycje do stosowania przemocy. Można tu mówić o długofalowych skutkach krzywdy doznawanej przez te dzieci. Stopień zagrożenia nie jest jednakowy dla wszystkich rodzin. Szczególne znaczenie mają takie czynniki ryzyka jak: zaburzenia psychiczne występujące u rodziców, wzór picia alkoholu, możliwości intelektualne rodziców, agresja w rodzinie, socjoekonomiczny status rodziny. Występowanie tych czynników w środowisku rodzinnym zwiększa prawdopodobieństwo wystąpienia zaburzeń u dziecka²². Alkoholizm matki – co w narracjach było powszechnie wskazywanym problemem w rodzinach pochodzenia – może prowadzić do wystąpienia u dziecka alkoholowego zespołu płodowego (*fetal alcohol syndrome*, FAS). Jest to zespół chorobowy, który jest skutkiem działania alkoholu na płód w okresie prenatalnym. FAS jest nieuleczalny, a oprócz objawów bezpośrednio związanych z uszkodzeniem mózgu dziecka powoduje także pojawienie się takich problemów jak m.in.: problemy w nauce, ADHD, trudności w nawiązywaniu relacji, niedostosowanie społeczne, uzależnienia, depresję i skłonność do stosowania przemocy. Badania wykazały, że wiele dzieci będących pod opieką badanych rodziców zastępczych było pozytywnie zdiagnozowane w kierunku FAS i borykało się z jego konsekwencjami.

W. ma pełnoobjawowy FAS. Wszystko co można, to W. to ma. Jak W. przyszła do nas, to ja się pytałam jej mamy biologicznej, co jej jest. A ona mi mówi, że W. ma wadę serca. Dziwiłam się, bo W. chodzi do szkoły specjalnej, a z wadą serca nie chodzi się do szkoły specjalnej, coś musi być. Nie rozwijała się. Później, jak zaczęłam ją obserwować, jak zaczęłam z nią jeździć do różnych specjalistów, to gdzie nie poszłam, to wszyscy mówili – ona ma FAS [RZZ1].

²¹ W. Ławska, G. Dębska, H. Kaducáková, *Dzieci w rodzinie alkoholowej*, https://repozytorium.ka.edu.pl/bitstream/handle/11315/707/Lawska_Debaska_Kaducakova_Dzieci_w_rodzinie_alkoholowej_2012.pdf?sequence=1&isAllowed=y, s. 51–60 (dostęp: 4.08.2021 r.).

²² A. Karasowska, *Krzywdzenie dzieci w rodzinie alkoholowej*, „Dziecko krzywdzone. Teoria. Badania. Praktyka” 2004/3, s. 1–12, <https://dzieckokrzywdzone.fdds.pl/index.php/DK> (dostęp: 4.08.2021 r.).

To było dziecko, dla którego przewidywano, że pójdzie do hospicjum, bo ono już nawet nie płakało. Ona leżała i wpatrywała się w ścianę. Miała 8 miesięcy, 60 cm wzrostu, 5 kg wagi. Okazało się oczywiście, że ma pełnoobjawowy FAS i wszystko co przy tej okazji mogła mieć [RZN4].

Rozmówcy wskazywali także na symptomy występowania u ich podopiecznych reaktywnego zaburzenia przywiązania w dzieciństwie (*reactive attachment disorder*, RAD). Niektóre z dzieci znajdujących się w pieczy miały już potwierdzoną diagnozę w tym kierunku. Zaburzenia przywiązania mają swoje źródło w niewłaściwym kształtowaniu więzi pomiędzy dzieckiem a opiekunem we wczesnym dzieciństwie. Przyczyną tego zaburzenia może być m.in. zaniedbywanie psychicznych czy fizycznych potrzeb dziecka, jego krzywdzenie czy niedostępność rodzica. Zaburzenia przywiązania mają swoje konsekwencje w wieku dorosłym, wpływając na trudności w nawiązywaniu relacji czy niedostosowanie społeczne dorosłego. Mogą też zaburzać relacje pacjenta z własnymi dziećmi²³.

Gdy zaczynaliśmy w Polsce nie było takiej wiedzy, nie było takiej świadomości, nie wiedzieliśmy z czym się borykamy. A borykaliśmy się z FAS-em i z RAD-em, czyli z bardzo dużym zaburzeniem więzi. Tak naprawdę nasze dzieci nie miały zdolności nawiązywania więzi, albo zdolność tę miały bardzo zaburzona. Przy RAD się mówi, że do samego końca nie wiadomo czy to się uda odwrócić [RZN4].

Pod opieką badanych znajdowały się też dzieci z niepełnosprawnościami, które według wiedzy rodziców zastępczych były skutkiem zaawansowanego FAS czy stosowania przemocy wobec dzieci we wczesnym okresie ich życia. Większość dzieci pozostających pod opieką badanych rodziców zastępczych borykała się z problemami związanymi z dobrostanem psychicznym – cierpiała z powodu zaburzeń samooceny, zaburzeń interpersonalnych, zaburzeń somatycznych i dysocjacyjnych. Dzieci te ponosiły konsekwencje doznanej w środowisku rodzinnym przemocy fizycznej, psychicznej i seksualnej. Ilustrują to następujące wypowiedzi badanych:

Okazało się, że gdy mama zmarła, tata przestał brać leki i znowu pobili tę dziewczynkę tak, że już do końca życia będzie niepełnosprawna. Skatował ją. Wcześniej naprawdę wierzyłam rodzicom, że może jednak jest jakaś szansa, ale już nie wierzę [RDD2].

Wszystkie dzieci u mnie mają za sobą doświadczenia przemocy seksualnej, przemocy fizycznej, przemocy psychicznej i alkoholizmu w rodzinie [RZN4].

Pewnego razu wzięłam J. na spacer, a ona mówi do mnie: „Wiesz mammo, a tu jest ławka na której można spać, bo jak się śpi na tamtej to przychodzi Policja. O! a na tamtej ławce to trzeba uważać, bo przychodzą panowie”. Kiedyś też pokazała mi, jak się trzeba wypiąć, żeby głębiej wchodził i nie wypadał [RDD3].

²³ K. Lyons-Ruch, D. Jacobvitz, *Attachment Disorganisation: Genetic Factors, Parenting Contexts, and Development Transformation from Infancy to Adulthood* [w:] *Handbook of attachment. Theory, Research, and Clinical Applications*, red. J. Cassidy, P.R. Shaver, Nowy Jork–Londyn 2006, s. 666–698.

Wskazywane w wywiadach były przykłady kilkuletnich dzieci przyjmowanych do pieczy z zaawansowaną chorobą weneryczną, dzieci rozbudzonych seksualnie nieadekwatnie do swojego wieku, kompulsywnie poszukujących kontaktów seksualnych czy ujawniających tendencje do samouszkodzeń. Wreszcie dzieci znajdujące się w pieczy u badanych rodziców zastępczych często wykazywały trudności w nauce, a w wyniku obciążeń zdrowotnych i rozwojowych niektóre z ich korzystały z edukacji w szkołach specjalnych, większość uczestniczyła w psychoterapii.

Takim najtrudniejszym dzieckiem, jeżeli chodzi o funkcjonowanie w placówce, to jest F, bo on tym paniom potrafi zrobić piekło w przedszkolu. Psuje wszystkie zajęcia [RZZ3].

Moje dziecko chodziło do prywatnego przedszkola, wówczas rok spędziłam tam na korytarzu. To było na tej zasadzie, że zawoziłam dziecko i byłam w pobliżu ze względu na ryzyko napadu padaczkowego. Byłam na terenie przedszkola, na korytarzu, czekałam w okolicy na ławeczce czy na przystanku autobusowym. Byłam do dyspozycji przedszkola [RZN5].

Występowanie takich obciążeń jak FAS, RAD czy niepełnosprawności sprawiało zdaniem rodziców zastępczych, że szanse dzieci pozostających w pieczy znacznie malały. Badani opowiadając o swoich podopiecznych często używali sformułowania *bez szans na adopcję*. Dobrze oddają to następujące wypowiedzi:

Najszybciej uregulowaną sytuację prawną miała moja najmłodsza dwuletnia dziewczynka. Natomiast jej nikt nie chciał, bo ona ma pełnoobjawowy FAS, nadpobudliwość, ADHD, małogłowie, niskorosłość. Ośrodek adopcyjny nawet nie dyskutował [RZN4].

Zostałam rodziną zastępczą jeszcze będąc panną. Nie było przeszkód, żeby powierzyć mi dziecko, którego nikt nie chciał. Gdyby to było dziecko rokujące rozwój, to wtedy szukano by rodziny pełnej. A tak okazało się, że wystarczy ja [RDD1].

Choć badania jakościowe nie uprawniają do generalizowania, warto tu wskazać, że jedynie w odniesieniu do 17 dzieci rozmówcy jednoznacznie wskazali, że dzieci te powróciły do środowiska rodzinnego, a zatem tylko w odniesieniu do tak nielicznej grupy nie został spełniony jeden z kluczowych priorytetów systemu wsparcia dziecka i rodziny (założenie reintegracji rodziny). Rozmówcy zwykle mówili, że w ciągu wielu lat pozytywne powroty jeśli zdarzały się, to incydentalnie. W odniesieniu do 16 dzieci wprost zadeklarowano, że były one kilkukrotnie (dwu, a nawet trzykrotnie) odbierane ze środowiska rodzinnego, a rodzice zastępczy podkreślali, iż sytuacje te sprawiały, że dzieci trafiały po raz kolejny do pieczy silniej strauumatyzowane, z pogłębionymi deficytami. Rozmówcy wskazali też na co najmniej cztery przypadki skierowania do pieczy dzieci z rozwiązanych przysposobień.

Jeśli chodzi o specyfikę badanych form rodzinnej pieczy zastępczej, to z uwagi na cele działania pogotowia rodzinnego w rodzinach tego typu przeważały przypadki dzieci małych – kilkudniowych czy kilkutygodniowych noworodków przyjmowanych do rodziny bezpośrednio ze szpitala. Dzieci te były pozostawiane

przez matki. A ich sytuacja prawna była regulowana dość szybko, dzięki czemu jako dzieci kilku-kilkunastomiesięczne kierowane były do przysposobienia. Niemniej jednak wskazywano też na sytuacje, w których dzieci z uregulowaną sytuacją prawną, przyjęte do pieczy jeszcze w okresie niemowlęcym spędzały w pieczy nawet 3 lata. Z pewnością także pewną specyfiką wykazują się rodziny zastępcze spokrewnione. W prowadzonych badaniach udział wzięli tylko dwaj rodzice zastępczy prowadzący rodzinę spokrewnioną, a podjęcie się przez nich tej funkcji wynikało z sytuacji losowej. W jednej z rodzin rodzicem zastępczym była babcia ojczysta, w drugim – siostra małoletniego. Jak już jednak wspomniano, na skutek konstrukcji przepisów (art. 41 ust. 1 ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej) rodziną zastępczą spokrewnioną jest utworzona przez małżonków lub osobę niepozostającą w związku małżeńskim będących wstępnymi (dziadkami, pradiadkami) lub rodzeństwem dziecka. Tymczasem, jak wskazuje praktyka, rodzinę zastępczą tworzą często inne bliskie osoby jak ciocie czy wujkowie (rodzeństwo rodziców biologicznych), jednak nie mają oni statutu rodziny spokrewnionej, lecz niezawodowej. Wspomniane sytuacje dotyczyły aż trzech badanych rodzin zastępczych i zwykle wiązały się tragicznymi zdarzeniami losowymi (nagła śmierć rodziców czy ich niepełnosprawność). Wreszcie największym doświadczeniem w pełnieniu funkcji rodziny zastępczej wykazywali się rodzice zastępczy prowadzący pogotowia rodzinne i rodzinne domy dziecka, a specyfika tych form sprawiała, że legitymowali się także największą liczbą dzieci przebywających pod ich opieką i wychowanków. Ich wypowiedzi były też dzięki temu bardzo szczegółowe, a sformułowane wnioski refleksyjne.

3.4. Kontakty dzieci przebywających w pieczy oraz rodziców zastępczych z rodzicami biologicznymi

Jak wskazano wyżej, dzieci z badanych rodzinnych form pieczy zastępczej wracały do swoich domów rodzinnych niezwykle rzadko. W opinii badanych rodziców zastępczych przyczyną tej sytuacji nie było niewystarczające wsparcie, jakie kierowane było przez służby społeczne i instytucje pomocowe do rodziców biologicznych. Wręcz przeciwnie, rodzice zastępczy podkreślali, że rodzice biologiczni otrzymywali pełny wachlarz wsparcia, jednak nie byli zainteresowani współpracą z asystentem rodziny czy pracownikiem specjalnym. Jedyną motywacją były dla nich zasiłki pieniężne i wsparcie finansowe kierowane przez państwo do rodzin z dziećmi, jednak i to okazywało się zwykle niewystarczające wobec preferowanego przez te osoby modelu życia, w którym nie było miejsca dla potomstwa. Zatem przyczyną tego, że dzieci przebywają w pieczy zastępczej długoterminowo należy upatrywać m.in. w tym, że rodzice biologiczni nie interesują się ich losem.

*Mama interesuje się dziećmi od czasu do czasu, tylko jak sobie wypije. Wtedy jej się przypomina. Gdy jest trzeźwa, to nigdy [RZN6].
Ojciec nigdy nie interesował się dziećmi – jak się mają, czy chodzą do przedszkola, czy do żłobka, czy są zdrowe. Pamiętam sytuację, gdy starsza dziewczynka miała operację. W okolicy odbytu zrobiła się jej przetoka ropna, co było skutkiem zaniedbań higienicznych w domu rodzinnym.*

*Potrzebna była zgoda sądu na zabieg, bo ojciec biologiczny nie był zainteresowany. Nawet nie zapytał się, dlaczego dziecko jest w szpitalu i jak się ma. Dziecko nie interesuje go do dnia dzisiejszego [RZN7].
Mama nie interesuje się dzieckiem. Były różne sytuacje, wiele razy zapraszałyśmy mamę, ale ona niestety zawsze miała jakieś wytłumaczenie [RS2].*

Badani rodzice zastępczy wskazywali, że rodzice biologiczni dzieci przebywających pod ich opieką byli niezaradni, nieprzygotowani do rodzicielstwa, borykali się z uzależnieniami, a pozbawienie władzy rodzicielskiej przyjmowali z ulgą, ponieważ dopiero wówczas mogli żyć w sposób w jaki chcieli, niekontrolowani przez służby społeczne. Rozmówcy zwracali szczególnie uwagę na to, że w odniesieniu do większości środowisk rodzinnych dzieci, które trafiły do pieczy powtarzał się schemat wielopokoleniowego uzależnienia od alkoholu. Ojciec dzieci był zazwyczaj nieobecny, dzieci nie miały z nim kontaktu, często nawet go nie znały, natomiast matka pogrążała się w uzależnieniu i była zajęta budowaniem relacji z kolejnymi partnerami.

*Matka była alkoholicką i co tu mówić, brudaską. Nie interesowała się dziewczynkami [RZS1].
Matka cały czas miała kontakty z przemocowymi facetami, alkoholikami. Z tego powodu dzieci zostały odebrane [RZN4].
Matka w końcu umarła z powodu alkoholizmu, a ojciec w ogóle nie był zainteresowany dziećmi. Te dzieci dużo, ale to dużo wcześniej powinny trafić do systemu. Tam uczucia rodzicielskie nie istniały, tak bardzo rozlażyły się z powodu alkoholu [RDD1].
Matka jest alkoholicką od 15 lat i to jest jej obciążenie rodzinne, bo cała rodzina pije. Ona jest trzecim pokoleniem [RDD8].*

Brak zainteresowania ze strony rodziców zwykle ma swoje źródło w słabych więziach między rodzicami a dziećmi jeszcze we wczesnym dzieciństwie, czyli wówczas, gdy przebywały one w rodzinie. W tym kontekście rodzice zastępczy zwracali uwagę na to, że dzieci zwykle szybko aklimatyzują się w nowym otoczeniu, nie przejawiają tęsknoty za utraconym rodzicem czy rodzicami, a poczucie stabilizacji i zabezpieczenie podstawowych potrzeb, którego wcześniej dzieci te często nie miały, daje im poczucie ulgi. Oddają to następujące wypowiedzi:

*Często te dzieci się cieszą, jak trafiają do pieczy. Nie cierpią z powodu rozłąki z rodzicami, tylko jest to dla nich ulga, bo w końcu mają miejsce do spania, są nakarmione, czują się bezpiecznie. Nawet u dwulatka widzę wdzięczność [RZN3].
Zawsze boję się tego momentu, kiedy dziecko przychodzi z taką tęsknotą za środowiskiem, rodziną, z której zostało wyrwane. Ale bardzo często zamiast tego widzę tę ulgę u dzieci, że one poczuły wreszcie spokój, poczuły, że wreszcie mogą tutaj zjeść do syta, że mogą się wyspać, że nikt tu nie krzyczy, nie awanturuje się [RDD9].*

Rodzice biologiczni niewykazujący zainteresowania dziećmi przebywającymi w pieczy to najliczniejsza grupa identyfikowana przez badanych rodziców zastępczych. Do drugiej grupy zaliczyć można takich, którzy w opinii rozmówców w rodzinie zastępczej upatrują (rzecz jasna bezpodstawnie) przyczyn odebrania im dzieci. Wskazywano na różne przykłady utrudniania sprawowania pieczy nad dziećmi, czy wręcz prześladowania i nękania. W toku wywiadów wskazywane były przykłady przenoszenia dzieci do innych rodzi zastępczych przez organizatora pieczy, z uwagi na brak możliwości współpracy z rodzicami biologicznymi.

Rodzice oskarżali naszą córkę i nas o to, że wydlubaliśmy mu [ich dziecku] przebywającemu w pieczy – dop. M.A.] dziurę w sercu, bo on nigdy takiej dziury nie miał. Te oskarżenia są najróżniejsze, to są wymyślone pomówienia [RZS2].

Oni zaczęli do mnie wydzwaniać z urojonymi rzeczami, że na przykład wiedzą, że ja chce im zabrać dziecko i je sprzedać, albo że chce A. adoptować i już złożyłam dokumenty. Doszło do tego, że pod domem pojawiło się BMW z napakowanym facetem w środku [RZZ1].

W opinii rodziców zastępczych kolejną grupą rodziców biologicznych są tacy, którzy uważają, że mają bardzo wysokie kompetencje wychowawcze, a ich celem jest wytknięcie ich braku rodzicom zastępczym. Zazwyczaj jednak nie podejmują prób odzyskania dzieci, a wytykanie błędów rodzicom zastępczym i przyjmowanie postawy roszczeniowej jest niejako ich sposobem na poprawę swojej samooceny.

Mama przychodziła, ale od siebie nie dawała nic. Były za to ciągle pretensje, bo mama wiecznie u dzieci widziała wszy, albo brudne paznokcie. Nawet doszło do takiej paranoi, że jak ja im mówiłam w domu „obetnijcie paznokcie”, to one pytały się, czy mają spotkanie z mamą? Tak im się to jednoznacznie kojarzyło [RZZ3].

Mama kiedyś miała chwilową fazę odzyskiwania dziecka i chciała się angażować, ale jak dowiedziała się, że jedziemy z nim do szpitala pięćdziesiąt kilometrów od nas to jej przeszło. Dziwiła się, że tak daleko jedziemy, a nie idziemy prywatnie. Kiedy powiedziałam, że wizyta kosztowałaby 400 złotych to stwierdziła, że biorę pieniądze, to mnie stać [śmiech]. Za każdym razem jak coś jej się nie podoba, to mówi, że biorę pieniądze [RZZ5].

Matka tego chłopczyka dzwoni z zakładu karnego w poniedziałki. Ona mi mówi, że złożyła wniosek o kontakty telefoniczne między 9 a 11. I mówi do mnie: „Jeśli mi nie dadzą zgody, to ja ich wszystkich tu rozwalę.” Ja myślę – co to w ogóle za słownictwo? Co to za „rozwalę”? Gdzie w tobie kobieto jakaś pokora? [RZZ1].

Kolejną grupę rodziców biologicznych wyodrębnioną na podstawie wypowiedzi badanych rodziców zastępczych można określić jako rodziców mataczących. Są to bowiem rodzice, którzy deklarują, że chcą odzyskać dzieci, ale z ich strony są to jedynie słowne zapewnienia albo działania pozorne. Zdaniem rodziców zastępczych niektórzy z nich liczą, że odzyskawszy dzieci będą mogli ponownie

skorzystać ze wsparcia finansowego państwa dla rodzin z dziećmi, jednak faktyczne odzyskanie opieki nad dziećmi wymaga od nich zbyt wiele wysiłku. Inni zaś nie potrafią (lub nie chcą) przyznać się do tego, że nie mają zasobów i kompetencji wychowawczych, aby zajmować się swoimi dziećmi, realizując nawet zarządzenia sądu, jednak w rzeczywistości dzieci odzyskać nie chcą. W ten sposób utrzymują trwająca latami fikcję, skazując swoje potomstwo na długoletni pobyt w pieczy zastępczej. Jest to szczególnie krzywdzące dla dzieci, ponieważ rodzice ci składają obietnice bez pokrycia, a dzieci w nie bezwarunkowo wierzą.

To dziecko było przez cztery lata wtórnie traumatyzowane spotkaniami, których mama tak naprawdę nie chciała. Ona przychodziła do nas do domu, siadała na kanapie, patrzyła na zegarek, po godzinie wychodziła i mówiła – proszę zapisać, że ja byłam swoją godzinę. Tak wyglądały wizyty. Ona do dziecka nawet na tych wizytach nie podchodziła. Ona się z nim nie bawiła, nigdy go nie witała, nigdy go nie żegnała. Do dzisiaj mam nagrania niektórych spotkań. To jest wstrząsające [RZN4].

On [chłopiec przebywający w pieczy – dop. M.A.] mówi o sobie, że jest nic niewarty, a jak mu się powie, że jest miłym, dobrym chłopcem, to płacze ze wzruszenia. To jest niesamowite po prostu, jak oni [rodzice biologiczni – dop. M.A.] zniszczyli jego poczucie własnej wartości, mając obietnicami. Były spotkania, na których mama mówiła, że ma brzydko obcięte paznokcie i w ogóle jest brzydki [RZZ3].

Wreszcie ostatnią grupę rodziców biologicznych wyodrębnioną na podstawie wypowiedzi badanych rodziców zastępczych można określić jako rodziców wypalających się. Ich motywacja może być podobna do motywacji rodziców mataczących – być może początkowo liczą, że odzyskawszy dzieci będą mieli dostęp do świadczeń, inni prawdopodobnie początkowo wierzą, iż są w stanie zmienić dotychczasowy styl życia, jednak szybko rezygnują – wygrywa nałóg, nowy partner, brak zasobów do podjęcia zmiany. Są to szczególnie trudne sytuacje, ponieważ rodzice ci, po początkowym okresie starania się, rezygnują z kontaktów i po prostu porzucają dzieci przebywające w pieczy znikając bez jakiegokolwiek wyjaśnienia.

Najgorsze są urywane kontakty, ta tęsknota za rodzicem. Widzę tę tęsknotę, że on [chłopiec przebywający w pieczy – dop. M.A.] chciałby, żeby tata zadzwonił [RZZ1].

Po latach nazywam to syndromem sztokholmskim. Wiem, że to jest mocne, ale tylko do tego potrafię do przywiązanie przyrównać. To jest toksyczna więź [RZN4].

Od 4 lat trwa taka szarpanina. W międzyczasie mama zdążyła urodzić jeszcze jedno dziecko, rozstać się z partnerem, związać się z kimś innym. Już starsze dzieci ma zabrane, ale jakoś tutaj mama wykazywała bardzo pozorowane działania. Chciała spotkań, awanturowała się o nie, a jak spotkania były, to na nie nie przyjeżdżała. Potem miała oczywiście tysiąc wymówek, dlaczego jej nie było. W sądzie robiła różnego rodzaju przedstawienia. To wszystko stoi, bo ona tak niby walczy, a potem znika [RZZ3].

Kończąc ten wątek, trzeba zwrócić uwagę na jeszcze jedną kwestię dotyczącą kontaktów dzieci przebywających w pieczy z rodzicami biologicznymi. W opinii rodziców zastępczych charakterystycznym zjawiskiem jest podejmowany przez ich podopiecznych powrót do korzeni w okresie adolescencji. Dobrze oddaje to wypowiedź jednej z matek zastępczych:

One [dzieci przebywające w pieczy – dop. M.A.] wracają do rodziców, czasami tylko mentalnie, ale wracają. W wieku dojrzewania odzywa się w nich silna potrzeba sprawdzenia, skonfrontowania tego, co miały w głowie, co zapamiętały, tych strzępków wspomnień, z tym co ja im mówię [RZN4].

3.5. Powiązanie między rodzicami zastępczymi a dziećmi w pieczy

Specyfikę powiązania między rodzicami zastępczymi a dziećmi w pieczy najtrafniej ujmuje Mariola Raclaw. Socjolożka wyjaśnia ten związek w następujący sposób: „Budowanie więzi w założeniu tymczasowości może okazać się trudne i może przynieść cierpienie obu stronom, w tym profesjonalnie szkolonemu opiekunowi. (...) Powiązania pomiędzy opiekunem a podopiecznym w opiece zastępczej inicjowane są przez instytucje i traktowane jako narzędzie systemu. System formalnie je początkuje, kontroluje i formalnie kończy. Powiązania te są zawieszone między instytucjonalizacją i personalizacją. Są odmienne zarówno od więzi, jak i relacji”²⁴. Ciągłe i stałe oddziaływanie opiekuna na dziecko i dziecka na opiekuna w różnych obszarach ich życia sprawia, że ten wpływ można rozpatrywać w ujęciu procesualnym. Te rozwijające się w czasie więzi czynności charakteryzuje dynamika i zmiana ról rodzica zastępczego i podopiecznego. M. Raclaw odnosząc się do procesualnego charakteru rodzinnej opieki zastępczej, przywołuje typologię C.A. Aneshensel i współpracowników, którzy w przeobrażeniach roli opiekuna osoby zależnej wskazują na fazę akceptacji („nabycie roli”), fazę zakorzenienia roli i fazę opuszczenia roli²⁵. Fazy te znajdują potwierdzenie w analizowanych badaniach.

3.5.1. Faza nabycia roli

Jednym z elementów, które można wyróżnić na etapie nabywania roli, a który utrudnia nabycie roli jest brak wiedzy rodziców zastępczych na temat przeszłości dzieci w chwili ich przyjmowania do pieczy.

Problem polega na tym, że dostaliśmy bardzo lakoniczną dokumentację na temat M. To nie jest tak, że ktoś siądzie, opowie, że to dziecko ma za sobą takie czy inne przeżycia. Po drugie – oprócz papierów, które przyszły z M. była reklamówka leków [RZN1].

²⁴ M. Raclaw, *Zinstrumentalizowane rodzicielstwo. Rodziny zastępcze – między usługą a odruchem serca. Perspektywa socjologiczna*, Toruń 2017, s. 135–137.

²⁵ M. Raclaw, *Zinstrumentalizowane rodzicielstwo...*, s. 143, za: C.S. Aneshensel, L.I. Pearlin, J.T. Mullan, S.H. Zarit, C.J. Whitlatch, *Profiles in Care going: the Unexpected Career*, San Diego 1995.

Badani rodzice zastępczy podkreślali, że przyjęcie dziecka do pieczy wiąże się ze wzmocnionym wysiłkiem z kilku powodów. Jak wspomniano wyżej, wyzwaniem jest ustalenie indywidulanych potrzeb dziecka i rozpoznanie jego deficytów, o których wcześniej nikt rodziców zastępczych nie informował. W toku wywiadów wielokrotnie pojawiały się informacje o tym, że dzieci przyjmowane do pieczy zażywały leki nieadekwatne do ich stanu zdrowia, miały też niezgodne ze stanem faktycznym orzeczenia dotyczące niepełnosprawności. Z czasem okazywało się bowiem, że zły stan dziecka nie wynikał z jego słabej kondycji zdrowotnej, ale z zaniedbania rozwojowego.

Dziewczynka, którą przyjmowałam była umierająca. Miała mieć głębokie uposiedzenie, miała być dzieckiem leżącym. Teraz jest dzieckiem z lekkim uposiedzeniem, chodzi do normalnej szkoły, świetnie się rozwija. Dzieci jak trafiają do normalnej rodziny, do rodziny w której są kochane, w której mogą mówić „mamo”, w której czują to, że one należą do kogoś, to rozwijają się [RZN4].

Badani zwracali też uwagę na trudności związane z aklimatyzacją dziecka w nowym miejscu, szczególnie zważywszy na to, że zazwyczaj wcześniej zmieniało ono swoje miejsce pobytu już kilkakrotnie i nie miało poczucia bezpieczeństwa (dziewięcioletnia podopieczna jednej z rozmówczyń była przenoszona w pieczy siedmiokrotnie). Zdarzało się też, że dzieci nie potrafiły np. jeść przy użyciu sztućców, nie wiedziały do czego służy odkurzacz czy pralka, nie potrafiły się bawić w zabawy adekwatne do swojego wieku. Oddają to następujące wypowiedzi:

Tu zawsze potrzeba trochę czasu. Mogłoby się wydawać, że dzieci już się zdomowiły, ale to wychodzi po czasie i dziecko rozkręca się emocjonalnie jak karuzela [RZN3].

Dziewczynka, którą przyjęliśmy nie wiedziała, jak się zachowywać na placu zabaw, po co są te wszystkie urządzenia. Ona się tego po prostu bała [PR2].

Kolejną kwestią podnoszoną w toku wywiadów, a związaną z przyjęciem dziecka do rodziny, jest konieczność szybkiego rozwiązania podstawowych problemów zdrowotnych, z którymi dziecko trafia do pieczy. Jak już wcześniej wspomniano, badani wskazywali na to, że przyjmowane dzieci często cierpią z powodu wszawicy czy owsicy, zatem dla bezpieczeństwa całej rodziny konieczne jest sprawne leczenie.

Dziewczynka przyszła do nas z wszami i zapaleniem dróg moczowych. Po raz drugi jak wróciła po ponownym odebraniu z rodziny, znowu miała wszy, więc cała procedura od nowa, co chwilę mycie głowy. Trzeba było tych wszy się pozbyć [PR2].

Z każdym dzieckiem, które do mnie trafia – czy to jest noworodek, czy to jest dziecko z interwencji, natychmiast jadę do mojego pediatry. Są wtedy oględziny dziecka, badanie, zakładana kartoteka. Od razu jestem umawiana, nie ma z tym żadnych problemów [PR1].

Następnym etapem działania jest już podejmowanie dalszego leczenia dzieci i często – terapii. Tak komentowali to rozmówcy:

Przeszłam batalię, walkę o to, żeby moje dziecko mogło się rozwijać. To były wizyty w poradniach, u różnych lekarzy – neurologa, ortopedy, laryngologa, logopedy. Teraz jesteśmy na etapie wizyt u psychiatry, bo stwierdzono u mojej małej spektrum autyzmu. Na dzień dzisiejszy jest wyleczona z padaczki [RZN5].

Terapia jest potrzebna praktycznie non stop. To nie jest tak, że wyprowadzimy dziecko w rok czy w dwa lata. To nie jest tego typu praca. Trzech pierwszych straconych lat życia dziecka nie da się szybko nadrobić [RDD8].

3.5.2. Faza zakorzenienia roli

Kluczowym elementem w fazie zakorzenienia roli jest budowanie przywiązania. Jak pisze M. Raclaw: „Praca emocjonalna wykonywana jako część pracy zawodowej wymaga instytucjonalizacji zarządzania emocjami (...) Rodzice zastępczy uczą się kontrolować i monitorować swoje emocje w różnych sytuacjach”²⁶. Jak jednak wykazują badania, w praktyce nie jest to tak proste. Tak trafnie ujęła to jedna z matek zastępczych:

Nie ma takiej siły, żeby się do kogoś nie przywiązać. To jest zaprzeczenie szkoleń na rodzinę zastępczą, na których mówią – nie kochać, nie przytulać [RZN6].

Z tymi maluchami nie nazywam się nigdy „mamą”, ale przytulam je jak swoje, bo myślę, że tak trzeba – trzeba uczyć przytulania i bliskości [RZZ1].

Powyższy cytat z wypowiedzi RZZ1 wskazuje na jeden z elementów budowania przywiązania i identyfikacji dziecka z rodziną, jakim jest sposób zwracania się dzieci w pieczy do rodziców zastępczych. Jak wykazały badania, nie ma w tym zakresie reguły – jedni rodzice zastępczy pozwalają dzieciom na wybranie takiej formy, jaka odpowiada ich potrzebom, inni uważają, że określenia „mama” i „tata” zarezerwowane są dla ich dzieci biologicznych. Zdarza się też, że to dzieci biologiczne rodziców zastępczych nie czują się komfortowo z tym, aby dzieci w pieczy zwracały się do rodziców zastępczych „mamo” i „tato”. Tak komentowali tę kwestię rodzice zastępczy:

Zawsze zadaję innym rodzinom zastępczym pytanie: „Jaką masz pewność, że to jest na chwilę? Jeżeli nie masz tej pewności, to lepiej mówić dziecku tak – możesz mówić do mnie mamo, bo są dzieci, które mają kilka mam. Lepiej jest mieć dwie mamy niż nie mieć żadnej. A jeżeli dziecko ma silną potrzebę mówienia „mamo”, a my mu tego nie damy, to ta jego podstawowa silna potrzeba pozostaje niezaspokojona [RZN4].

²⁶ M. Raclaw, *Zinstrumentalizowane rodzicielstwo...*, s. 147–148.

K. na początku nie mówił nawet „ciociu”, „wujku”, ale po jakimś czasie mama przestała się z nim spotykać. On wtedy przyszedł do mnie na kolana, patrzy tak na mnie, jeszcze nie umiał mówić dobrze i mówi – „Ti mama”. Mówię „Dobrze Kamilku, może być mama, mów do mnie jak chcesz, mogę być mamą, nie ma sprawy”. Jak inne dzieci słyszą, jak on mówi „mama”, „tata”, to oni też mówią. Ale rozróżniają. Jak potem idą na spotkanie to mówią „do mojej mamy idę”, więc jest „mama” i „moja mama”. Dziecko to rozróżnia, chociaż jest takie małe [PR2].

W odniesieniu do dzieci, które przebywają w pieczy długoterminowej dochodzi czasem do zmiany nazwiska dziecka na nazwisko rodziców zastępczych. Motywacja w tym zakresie zwykle ogniskuje się wokół identyfikacji dziecka z rodziną rodziców zastępczych, brakiem konieczności tłumaczenia, dlaczego członkowie jednej rodziny noszą różne nazwiska. Wreszcie pozwala to na budowanie bliskości. Niemniej jednak w rozmowach z dziećmi pojawiają się rozmowy o celach pieczy zastępczej. Dobrze oddają to poniższe wypowiedzi:

Nigdy nie deklarowaliśmy dzieciom, że będziemy na zawsze. To są takie rozmowy o życiu [RZN1].

Zawsze mówimy, że jesteście rodziną, ale zastępczą. Mówimy też zawsze tak: „Być może będziecie u nas krótko, ale może się zdarzyć, że długo [RDD1].

Ostatnim elementem, na który trzeba zwrócić uwagę omawiając fazę zakorzenienia roli są przeszkody zewnętrzne, mogące zakłócać jej przebieg. Można do nich zaliczyć trudne relacje rodziców zastępczych oraz przebywających pod ich opieką dzieci z ich rodzicami biologicznymi. Tak komentowali to badani:

Przy tej trójce zostaliśmy najbardziej poturbowani, bo dzieci były zabierane od babci, która nie uzyskała kwalifikacji do tego, żeby być rodziną zastępczą z uwagi na duże deficyty wychowawcze po jej stronie. Efektem było nastawianie dzieci przeciwko nam przez babcię [RZZ2].

Woziliśmy dzieci na spotkania do domu rodzinnego. Tu następował regres, bo wszystko to, czego my nauczyliśmy, wyćwiczyliśmy cofało się, wracało to, o czym dzieci zapomniały, a co działo się w domu. Na przykład wracało moczenie, wrzaski w nocy. To wszystko konsultowaliśmy z psychologami. Psycholożki mówiły, żeby nie kontaktować się z ojcem. Spotkania były na początku pod nadzorem pani kurator i w końcu złożyliśmy pismo o zmianę kontaktów, tak aby kontakt był u nas. Ojcu jednak było szkoda pieniędzy na dojazdy i od dwóch lat w ogóle nie ma kontaktu z dziećmi [RZN7].

Kolejną przeszkodą zewnętrzną, która może utrudnić budowanie więzi i zakorzenianie przywiązania w rodzinie zastępczej są trudne relacje ze środowiskiem zewnętrznym – z koleżankami i kolegami ze szkoły dzieci przebywających w pieczy czy z sąsiadami rodziców zastępczych. Tak komentowali to badani:

Gdy J. był w podstawówce, to raz przyszedł z płaczem i z pretensjami, że koleżanka mu powiedziała, że ja nie jestem jego mamą. Mówię do niego „Przecież ty wiesz o tym”. Strasznie mnie wkurzało, takie plotkowanie niektórych rodziców, przenoszone potem na dzieci. Zadzwoiłam nawet wtedy do wychowawczynie. Powiedziałam też do J.: „Jak ktoś ci tak powie, to na drugi raz powiedz – bo ty się przytrafiłeś, a mnie wybrali [RZN1]. Dzieci w tym wieku są różne, są szczerze do bólu. Zdarzyło się dzieciom jeszcze w szkole podstawowej, że któreś dziecko się zapytało: „Jak się czujesz, jak nie masz rodziców?” [RZN8].

3.5.3. Faza opuszczenia roli

Założenie dotyczące tymczasowości pieczy zastępczej, jako pracy na emocjach, stawia przed rodzicami zastępczymi ogromne wyzwania. Świadomość nieuchronnego rozstania wywołuje napięcia i obciąża. Tak skomentowała to jedna z badanych osób:

To jest bardzo trudne, ale przeważnie sobie tłumaczę, że dzieci będą miały lepiej niż u mnie [RZZ1].

Kluczowe znaczenie dla nabycia umiejętności opuszczenia roli w ramach usługi rodzinnej opieki zastępczej ma zdaniem badanych profesjonalizm. Rodzice zastępczy już w czasie szkoleń przygotowujących do pracy w systemie pieczy zastępczej uczą się definiowania sytuacji, sposobów okazywania i odczuwania empatii, kontrolowania i monitorowania swoich emocji. Opuszczenie roli rodzica zastępczego najczęściej dotyczy dwóch sytuacji – powrotu dziecka do rodziny biologicznej lub skierowania go do przysposobienia (ewentualnie przekazania dziecka do innej formy pieczy zastępczej). Badani wskazywali, że reintegracja rodziny jest często obciążona ryzykiem, a zdarzające się w tym zakresie niepowodzenia skutkują traumatycznymi przeżyciami u dziecka. Niemniej jednak w toku wywiadów rodzice zastępczy relacjonowali historie pozytywnych powrotów. Dobrze oddaje to następująca wypowiedź:

Tak naprawdę to rodzic zastępczy szybko wie, czy matka i ojciec rokują czy nie. Rodzic zastępczy musiałby mieć jakieś problemy emocjonalne albo psychiczne, żeby przeszkodzić rodzicowi biologicznemu w odzyskaniu dziecka, jeżeli rodzic jest rokujący. Jesteśmy szkoleni, jesteśmy przygotowani na to, że naszą rolą jest po prostu pomóc rodzinie biologicznej. Zawsze to robimy. W każdej sytuacji najpierw pomagam rodzicom [RZN4].

Jak wspomniano, przyczyną opuszczenia roli jest także przekazanie dziecka, nad którym rodzic zastępczy sprawował pieczę w ciągu kilku lat jego nowym rodzicom – rodzicom adopcyjnym. Z uwagi na specyfikę poszczególnych form rodzinnej pieczy zastępczej, najczęściej dotyczy to rodziców zastępczych sprawujących funkcję pogotowia rodzinnego. Niemniej jednak przekazanie dziecka rodzicom adopcyjnym jest wyzwaniem dla każdego rodzica zastępczego. Badani wskazywali na związane z tym doświadczenia takie jak konieczność zbudowania poczucia bezpieczeństwa i przywiązania u dziecka do nowych rodziców, ustalenia zasad przebiegu tego

procesu pomiędzy rodzicami zastępczymi a rodzicami adopcyjnymi czy wreszcie określenia ewentualnego miejsca rodziców zastępczych w dalszym życiu dziecka. Narracje dotyczące tego szczególnego czasu były szczególnie poruszające. Rodzice zastępczy opowiadali o tym, jak stopniowo wycofują się z życia dziecka, aby dać mu przestrzeń na zbudowanie więzi i zaufania z rodzicami adopcyjnymi. W tym kontekście pojawiły się bardzo cenne wypowiedzi:

Marzymy o tym, żeby były takie rodziny adopcyjne, które zgodzą się na to, aby po dniu przekazania pozwolili nam jeszcze poodwidzieć to dziecko. Tak, żebyśmy płynnie zniknęli z jego życia [RZZ4].

Mam szczególną dziewczynkę, która teraz skończyła pięć lat. Rodzice adopcyjni zaplanowali, że przynajmniej dwa razy w roku będą nas odwiedzać, żeby córeczka pamiętała nas i rosła w tej świadomości. Ostatnio jak przyjechali, to ona sama mówi do mnie: „Ciociu, ja wiem, że ja tutaj u ciebie byłam w kołysce, ty mnie wzięłaś ze szpitala. Potem przyjechała mamusia i tatuś, oni mnie pokochali i zabrali mnie do siebie.” Ona tak pięknie to opowiada. Mama adopcyjna słysząc to rozplakała się, ja zresztą też. Dziewczynka przyszła do mnie na kolana i pyta: „Ciociu, a jak się nazywa mamusia, która mnie urodziła?” Podałam jej imię. Ona od razu zobaczyła, że mama adopcyjna płacze, więc podbiegła do niej i mówi: „Mamusiu, ale ja jestem twoja córeczka, nie płacz”. To jest wyzwanie, by zbudować w dziecku tę świadomość, aby znało swoje korzenie [PR1].

Świadomość otwarcia drogi do przysposobienia stawia przez rodzicami zastępczymi wyzwanie przygotowania dziecka do takiej ewentualności adekwatnie do jego percepcji i wieku. Warto przytoczyć tu następującą wypowiedź:

Dzieciom, o których wiemy, że mogą trafić do rodziny adopcyjnej tłumaczymy, że cały czas szukamy dla nich mamusi i tatusia, ponieważ mama czy tata, u których się urodziłaś nie mogą się tobą zająć. Nigdy nie mówimy, że nie chcą, ale że po prostu nie mogą [RS2].

3.6. Tymczasowość pieczy w rozumieniu rodziców zastępczych

Wskazany w ustawie o wspieraniu rodziny i tymczasowości pieczy zastępczej termin 18 miesięcy powinien być traktowany jako taki, w którym odpowiednie służby i instytucje podejmą wszystkie wyczerpujące działania, aby rodzina biologiczna była gotowa do powrotu dziecka lub też po upływie tego okresu niezwłocznie podjęta została decyzja o skierowaniu dziecka do przysposobienia. W opinii badanych rodziców zastępczych tak określone w przepisach założenie tymczasowości pieczy zastępczej w polskim systemie jest fikcją. Rodzice zastępczy nie szczędzili słów krytyki pod adresem martwych przepisów ustawy i przewlekłości procedur. Przede wszystkim jednak wskazywali w tym na krzywdę dzieci, którym odbiera się bezpowrotnie szanse na zbudowanie trwałych i bezpiecznych relacji z nowymi rodzicami albo zrywa się już zbudowane relacje z rodzicami zastępczymi po kilku latach pobytu w pieczy.

Ten stan najlepiej oddają słowa dziennikarki Marty Wroniszewskiej: „Dorośli potrafią upominać się o swoje prawa, wysyłać pisma, zażalenia, skargi. A dzieci? Dzieci są uprzedmiotowione. Ich los leży w rękach rodziców (również tych niewydolnych wychowawczo), kuratorów, sędziów, pracowników socjalnych, asystentów, koordynatorów. Są tylko jednym z trybików maszyny polityki rodzinnej. Według niej należą do rodziców. Ten system zależności, krew z krwi, kod genetyczny są ważniejsze niż dobro dziecka”²⁷.

Potwierdzają to następujące wypowiedzi badanych:

Trzeba spojrzeć w statystyki. Przede wszystkim one mówią o tym, że przeciętny pobyt dziecka w rodzinie zastępczej w Polsce to jest trzy i pół roku. To jaka to jest tymczasowość? Tymczasowość to jest pół roku, a nie trzy i pół. Nie wyobrażam sobie czegoś takiego, że dziecko jest przekonane, że jest bezpieczne, że ma rodzinę i dom i nagle ktoś mu to odbiera. Co mam powiedzieć? „No sorry dziecko, minęło trzy i pół roku a ja byłam tymczasowa” [RZN5].

W polskim systemie dziecko jest przedmiotem. Człowieka, który nie karmi psa skazuje się, ale jak matka nie karmi dzieci, to jej daje się szansę. W tym kraju pies ma lepszą sytuację niż dziecko. Czy dziecko nie jest człowiekiem? Mnie to bardzo, bardzo oburza [RDD7].

Badani zwracali uwagę na bariery, które stoją na przeszkodzie realizacji założenia tymczasowości. Przede wszystkim zasadniczym problemem jest odbieranie dzieci ze środowisk, które są już tak zaburzone, że jakiejkolwiek próby niesienia wsparcia i pomocy pozostają bezskuteczne.

W Polsce od wielu lat tymczasowość pieczy zastępczej była i jest uludą, a powód braku tej tymczasowości jest moim zdaniem dosyć jasny. Na dzieci krzywdzone zwraca się uwagę tak późno, że wtedy ich rodziny są już w pełnej dekonstrukcji. Nie jest to żaden początek kryzysu, nie jest to żaden środek kryzysu, tylko to już jest totalny krach. Trafiają do nas dzieci z takich środowisk, że trudno byłoby się spodziewać, że ich rodzice się podniosą [RDD1].

Trzeba tu jednak poczynić istotny komentarz. Z wypowiedzi badanych nie wynikało bowiem, że rodzice biologiczni nie otrzymywali wcześniej wsparcia i ze swoimi problemami byli pozostawieni sami sobie. Badani dość jednoznacznie wskazywali na to, że rodzice biologiczni wsparcia zazwyczaj sobie nie życzą. W kilku wywiadach padło nawet stwierdzenie, że na powrocie dzieci do środowiska bardziej zależało instytucjom wspierającym aniżeli rodzicom, co rodzice zastępczy komentowali ze smutkiem.

Rozmówcy identyfikowali też nieskuteczne rozwiązania systemowe, które utrudniają czy wręcz uniemożliwiają realizację założenia tymczasowości pieczy zastępczej:

²⁷ M. Wroniszewska, *Tu jest teraz twój dom. Adopcja w Polsce*, Wołowiec 2021, s. 81.

W Polsce tymczasowość jest długa. Dla mnie tymczasowość to powinno być maksymalnie pół roku. Jeśli w ciągu tego okresu rodzic się nie ogarnia, to bardzo szybko powinna być rozprawa w sądzie i odebranie praw. Nie może być tak jak jest, że rodzic nic nie robi, tylko chce kontaktów [DRR7].

W opinii rozmówców, zasadniczy ciężar odpowiedzialności za brak realizacji tego kluczowego założenia systemowego ponoszą sądy rodzinne, które dają kolejne szanse rodzicom biologicznym, a odwołując decyzję o pozbawieniu ich władzy rodzicielskiej, redefiniują pieczę na usługę długoterwałą. Oddają to poniższe z wypowiedzi:

Byłam zaskoczona postawą sędziego, który dawał notorycznie kolejne szanse tacie. Nie patrzył na to, że w tym domu dziecko było regularnie bite, był brud, smród i alkohol. Prokurator się przeciwstawił, mówiąc, że to niedopuszczalne, że są dowody na znęcanie się i że przeciwko ojcu toczy się postępowanie karne. Ojciec i tak dostał od sądu szansę [RZN7]. Skoro to jest piąte dziecko tych rodziców, to komu my dajemy szansę? Ci rodzice mieli swój czas. Rozumiem, że gdy to jest pierwsze dziecko, można uznać, że ktoś się potknął, to się zdarza. Nie wrzucamy wszystkich do jednego worka. Ale jeśli ktoś się nie zmienił do tej pory, nie przepracował tego, żeby dzieci pozostałe wróciły, albo nawet nie wie jak te dzieci mają na imię. Miałam taką matkę, która dzieci kojarzyła po tym, że ten spadł z okna, ten wypadł z samochodu, tego ktoś potrącił. Ale imion i dat urodzenia dzieci już nie pamiętała [RDD4].

W opinii badanych, utrzymywanie dzieci w zaburzonym środowisku rodzinnym przynosi dla nich traumatyczne i często nieodwracalne skutki. Warto przytoczyć tu niezwykle emocjonalną wypowiedź odnotowaną w toku badań:

Dziewięcioletnia dziewczynka nie mogła sobie poradzić z emocjami jakie pojawiły się podczas Wielkanocy. Dostała list, w którym zając napisał, że jest wspaniałą, cudowną dziewczynką i że ma pamiętać, że trzeba w siebie wierzyć. Ona to wszystko zamazała i dopisała to, co całe życie jej wpajała jej mama: „Pamiętaj, jesteś głupią kurwą, a święta tutaj nie są prawdziwe”. Tak sobie dziecko poradziło z sytuacją. Uznało, że to może dziać się naprawdę, bo jeszcze – nie daj Boże – trzeba będzie spakować walizki i wrócić do tamtego koszmaru. A jak wrócić, jak się poznało normalny świat? [RZN4].

Badani wskazywali też na problem iluzorycznej tymczasowości dotyczącej dzieci starszych. Z uwagi na swoje dotychczasowe traumatyczne przeżycia, niejednokrotnie nie chcą one być kierowane do przysposobienia ani nie chcą wracać do środowiska rodzinnego.

Uważam, że dzieci w wieku osiem lat i więcej powinny zostawać w pieczy długoterminowej. Tym bardziej, że bardzo trudno buduje się ich zaufanie do osób dorosłych. Jeśli już to się uda, to rozwalanie tego po to, żeby

je przekazać do rodziny adopcyjnej bądź z powrotem do rodziny biologicznej uważam za zupełnie bezcelowe [RZZ8].

Dzieci, które przychodzą w wieku kilku lat do rodziny zastępczej, nie mają zbyt dużej szansy na adopcję. Rodziny zastępcze są z reguły świadome, że dzieci z nimi zostaną [RZN5].

Badania ujawniły zakorzenienie w polskim systemie swoistego by-passu będącego konsekwencją pieczy długoterminowej, ale także niejednokrotnie sposobem na szybszą adopcję dziecka. Zgodnie z treścią art. 170 ust. 1 ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej, w przypadku gdy gotowość do przysposobienia dziecka zgłoszą osoby spokrewnione lub powinowacane z dzieckiem, rodzina zastępcza lub prowadzący rodzinny dom dziecka, w których dziecko jest umieszczone albo osoby, które już przysposobiły brata lub siostrę małoletniego – ośrodek adopcyjny nie wszczyna postępowania w zakresie poszukiwania kandydatów do przysposobienia dziecka. Rozwiązanie to daje pierwszeństwo rodzicom zastępczym, a w sytuacji przedłużającego się pobytu dziecka w pieczy i zbudowania silnych więzi często traktowane jest przez rodziców zastępczych jako jedyne właściwe i zgodne z dobrem dziecka. Oddaje to poniższa wypowiedź:

Matka po urodzeniu napisała oświadczenie, że nie chce tego dziecka. Po półtora roku sytuacja prawna została uregulowana i dziecko miało czyste konto. W związku z tym, że przez ten czas przebywaliśmy z dzieckiem, zwróciliśmy się do sądu o to, żeby zostać rodzicami adopcyjnymi [RZZ2].

4. PODSUMOWANIE. TYMCZASOWOŚĆ PIECZY – KLUCZOWE ZAŁOŻENIE DZIAŁANIA SYSTEMU CZY FIKCJA?

Dziecko objęte pieczą zastępczą nadal pozostaje dzieckiem swoich rodziców ze wszystkimi tego skutkami prawnymi. Piecza zastępcza zastępuje pieczę sprawowaną przez rodziców i trwa przez niezbędny czas. Zasadność kontynuacji musi być jednak okresowo weryfikowana. Marek Andrzejewski pisze: „Słowo «tymczasowość» może budzić zdziwienie, gdyż źle współbrzmi ze słowem «rodzina», i to także wówczas, gdy obok tego rzeczownika znajduje się przymiotnik «zastępcza». Z rodziną kojarzą się wszak takie pojęcia, jak: trwałość, stabilność itp. W stosunku do rodzin zastępczych tymczasowość nie powinna być jednak postrzegana negatywnie. Patrzeć na nią bowiem trzeba przez pryzmat celu umieszczenia dziecka poza rodziną, jakim jest udzielanie wsparcia dziecku i jego rodzinie. Tymczasowość sprawowania pieczy zastępczej służyć ma bowiem odbudowaniu stabilności rodzin, z których pochodzą wychowankowie, i reintegracji tych rodzin”²⁸.

Badania potwierdziły, że założenie tymczasowości pieczy zastępczej w odniesieniu do form rodzinnych jest fikcją. Założenia tego nie respektują ani sądy rodzinne, ani organizatorzy pieczy²⁹. Zasadniczo wnioski płynące z badań w tym

²⁸ M. Andrzejewski, *Ewolucja...*, s. 106.

²⁹ Por. M. Danecka, *Zakończenie [w:] System pieczy zastępczej. Wybrane aspekty w ujęciu krajowym i międzynarodowym*, red. M. Danecka, Warszawa 2020, s. 263–269.

zakresie można sprowadzić do słów jednej z rozmówczyń: *Tymczasowość jest wieczna* [RDD5]. W opinii rodziców zastępczych przyczyną tego stanu rzeczy jest nieprzestrzeganie przepisów ustawy, ich fasadowy charakter, a także przewlekłość procedur. Główny ciężar odpowiedzialności za brak realizacji złożenia tymczasowości ponoszą sądy rodzinne, które dają kolejne szanse rodzicom biologicznym, a odwlekając decyzję o pozbawieniu ich władzy rodzicielskiej, redefiniują pieczę na usługę długotrwałą. W ten sposób polski system odbiera dzieciom przebywającym w pieczy szanse na zbudowanie trwałych i bezpiecznych relacji z nowymi rodzicami. Przewlekłość procedur sprawia ponadto, że po kilku latach pobytu w pieczy zerwane zostają relacje zbudowane z rodzicami zastępczymi.

Warto podsumować kluczowe wnioski płynące z badań. Do pieczy trafiają dzieci ze środowisk, które są już tak zaburzone, że jakiekolwiek próby niesienia wsparcia i pomocy pozostają bezskuteczne. Rodzice biologiczni to zwykle osoby niezaradne, nieprzygotowane do rodzicielstwa i borykające się z uzależnieniami. W konsekwencji dzieci mają liczne obciążenia i problemy wynikające z zaniedbania sfery zdrowotnej. Badania wykazały, że wiele dzieci będących pod opieką badanych rodziców zastępczych było zdiagnozowane w kierunku FAS i borykało się z jego konsekwencjami. Rozmówcy wskazywali także na symptomy występowania u ich podopiecznych reaktywnego zaburzenia przywiązania w dzieciństwie.

Dzieci z badanych rodzin zastępczych wracały do swoich domów rodzinnych niezwykle rzadko. Mimo to, że rodzice biologiczni otrzymywali pełny wachlarz wsparcia od służb społecznych, to jednak nie byli zainteresowani współpracą i konstruktywnym rozwiązaniem swoich problemów. Na podstawie wniosków z badań dokonano skategoryzowania modeli postaw przyjmowanych przez rodziców biologicznych. Do pierwszej, najliczniejszej grupy można zaliczyć rodziców niewykazujących zainteresowania dziećmi przebywającymi w pieczy (model rodzica niezainteresowanego). Do drugiej grupy przyporządkowano takich, którzy w rodzinie zastępczej upatrują przyczyn odebrania im dzieci (model rodzica spiskującego). Do trzeciej grupy można zaliczyć rodziców, którzy uważają, że mają bardzo wysokie kompetencje wychowawcze, w przeciwieństwie do rodziców zastępczych. Zazwyczaj jednak nie podejmują oni prób odzyskania dzieci (model rodzica roszczeniowego). Czwartą grupę rodziców biologicznych wyodrębnioną na podstawie wypowiedzi badanych rodziców zastępczych można określić jako rodziców mataczących. Są to osoby, które deklarują, że chcą odzyskać dzieci, ale są to jedynie słowne zapewnienia albo działania pozorne (model rodzica mataczącego). Wreszcie piątą grupę rodziców biologicznych wyodrębnioną na podstawie wypowiedzi badanych rodziców zastępczych można określić jako rodziców wypalających się, którzy mimo początkowych prób odzyskania dzieci szybko rezygnują z prób odzyskania dzieci (model rodzica wypalającego się).

W kontekście długotrwałego przebywania dzieci w pieczy zastępczej, warto też zwrócić uwagę na uchwycone w badaniach powiązania między dziećmi w pieczy a ich rodzicami zastępczymi, które przeanalizowano w odniesieniu do fazy nabycia roli, fazy zakorzenienia roli i fazy opuszczenia roli. Przyjęcie dziecka do pieczy wiąże się ze wzmożonym wysiłkiem z kilku powodów. Wyzwaniem jest ustalenie indywidualnych potrzeb dziecka i rozpoznanie jego deficytów, a także pokonanie trudności związanych z aklimatyzacją dziecka w nowym miejscu pobytu. Kluczowym elementem w fazie zakorzenienia roli jest budowanie przywiązania, z czym wiąże się m.in.

forma, jakiej używają dzieci zwracając się do swoich rodziców zastępczych (ciociu, wujku/mamo, tato). Elementem, na który trzeba zwrócić uwagę omawiając fazę zakorzenienia roli są przeszkody zewnętrzne mogące zakłócać jej przebieg, takie jak trudne relacje rodziców zastępczych oraz przebywających pod ich opieką dzieci z ich rodzicami biologicznym, a także trudne relacje ze środowiskiem zewnętrznym – z koleżankami i kolegami ze szkoły dzieci przebywających w pieczy czy z sąsiadami rodziców zastępczych. Z kolei w fazie opuszczenia roli priorytetowe znaczenie ma umiejętność niwelowania napięć i obciążeń przez rodziców zastępczych będących osobami pracującymi na emocjach. Badania wykazały, że reintegracja rodziny jest często obciążona ryzykiem, a zdarzające się w tym zakresie niepowodzenia skutkują traumatycznymi przeżyciami u dziecka. Także przekazanie dziecka rodzicom adopcyjnym jest wyzwaniem dla każdego rodzica zastępczego. W tym procesie konieczne jest zbudowanie poczucia bezpieczeństwa i przywiązania dziecka do nowych rodziców, ustalenie zasad przebiegu tego procesu pomiędzy rodzicami zastępczymi a rodzicami adopcyjnymi, czy wreszcie określenie ewentualnego miejsca rodziców zastępczych w dalszym życiu dziecka.

Aneks

Tabela Charakterystyka badanych środowisk rodzinnej pieczy zastępczej			
Oznaczenie respondenta/teki	Staż rodziny zastępczej	Liczba dzieci w pieczy (aktualnie)	Liczba dzieci w pieczy (łącznie)
Rodziny zastępcze spokrewnione (RZS)			
RZS1	3	2	2
Uwagi: babcia ojczysta, ojciec dzieci nie żyje (zabójstwo), matka uzależniona od alkoholu, dzieci przebywały w placówce 2,5 roku zanim trafiły do babci, aktualnie w wieku 9 i 12.			
RZS2	3	1	2
Uwagi: piecza nad małoletnim bratem (13), opiekun usamodzielnienia pełnoletniego brata, opiekun matki z niepełnosprawnością intelektualną, osoby niesamodzielnej.			
Rodziny zastępcze niezawodowe (RZN)			
RZN1	19	4	8
Uwagi: dziecko biologiczne (15), dwoje pełnoletnich dzieci (19 i 22) w procesie usamodzielnienia – trafiły do rodziny w wieku 3 i 7 lat, starsze trafiło z domu małego dziecka, w którym przebywało od urodzenia z podejrzeniem niepełnosprawności intelektualnej w stopniu umiarkowanym, po kilku nieudanych próbach przysposobienia, matka dzieci uzależniona od alkoholu, niezainteresowana dziećmi, zginęła w wypadku, ojciec jednego z dzieci niepijący alkoholik, nie utrzymywał kontaktów z dzieckiem; aktualnie przebywające dziecko (9 lat) trafiło do rodziny w wieku lat 4 z pogotowia rodzinnego; aktualnie przebywające rodzeństwo (5, 7, 10) trafiło z placówek instytucjonalnych; przed 19 laty w rodzinie przebywało dwoje dzieci po rozwiązaniu uprzednio przysposobieniu, przeniesione do innej rodziny.			
RZN2	11	4	8
Uwagi: dwoje dzieci trafiło z placówki (9, 10), mają jeszcze dziewięcioro rodzeństwa, rodzice biologiczni pozbawieni władzy rodzicielskiej, uzależnieni od alkoholu, rodzice nie wykazujący chęci zmiany postaw, mający duży wpływ na dzieci; dziecko – matka z depresją, bez innych obciążeń, starała się o powrót dziecka, dzięki wsparciu asystenta rodziny i terapii dziecko wróciło do środowiska rodzinnego; tygodniowe dziecko – matka uciekła ze szpitala, uzależniona od alkoholu, pozostająca w kolejnych związkach z partnerami przemocowymi, było to jej szóste dziecko, dziecko przebywało w RZ przez ponad rok; dzieci (5, 7) – z opóźnieniami w rozwoju w wyniku zaniedbań opiekuńczych i braku stymulacji, matka uzależniona, niewykazująca zainteresowania dziećmi; dzieci biologiczne – dwoje dorosłych, dwoje małoletnich (14, 16).			

RZN3	5	1	1
Uwagi: siedem lat temu rodzina przysposobiła dwoje dzieci, obecnie (11, 13); dziecko przebywające w RZ (2) zostało zabrane z powodu przemocy w rodzinie, oboje rodzice przebywają w zakładzie karnym.			
RZN4	11	13	15
Uwagi: w RZ przebywa 15 dzieci, z czego z pierwszego przyjętego rodzeństwa trójki dzieci dwoje mieszka już poza domem (19, 20), pod opieką RZ przebywa jedno (17); dziecko (11), dziewięcioro dzieci nie ma ukończonych 10 lat (szescioro to rodzeństwo); dzieci mają za sobą doświadczenia przemocy seksualnej, przemocy fizycznej, przemocy psychicznej, uzależnienia rodziców, dzieci obciążone RAD i FAS.			
RZN5	8	1	1
Uwagi: pieczę nad niepełnosprawnym dzieckiem sprawuje siostra matki (matka jest osobą z niepełnosprawnością intelektualną, niezdolną do samodzielnej egzystencji przebywa w DPS).			
RZN6	1	2	2
Uwagi: przysposobione dziecko (obecnie 5), dwoje dzieci (2, 5) przebywających w RZ przyjętych z pogotowia rodzinnego, rodzice uzależnieni od alkoholu, pozbawieni władzy rodzicielskiej, nie interesujący się dziećmi, dzieci z uregulowaną sytuacją prawną, zgłoszone do ośrodka adopcyjnego, dzieci wcześniej przebywały pod opieką babki macierzystej i ciotki, ale one podobnie jak matka były niezaradne wychowawczo.			
RZN7	4	3	3
Uwagi: w RZ przebywa rodzeństwo trojga dzieci, dwoje z nich w wieku 14 miesięcy i 2 lat przyjęte do RZ z placówki, matka zrzekła się praw rodzicielskich, ojciec uzależniony od alkoholu, znęcający się nad dziećmi, z przeszłością kryminalną; po dwóch latach do RZ zostało przyjęte trzecie dziecko – pozostawione przez matkę (2 miesiące), RZ wystąpiło o przysposobienie.			
RZN8	10	2	4
Uwagi: w RZ przebywa rodzeństwo spokrewnione z RZ, rodzice dzieci nie żyją, dzieci zostały umieszczone w RZ w wieku 6, 8, 14, 16 lat, obecnie dwoje jest usamodzielnionych i mieszka samodzielnie; RZ ma biologiczne dziecko (16).			
Rodziny zastępcze zawodowe (RZZ)			
RZZ1	4	3	14
Uwagi: w RZ przebywały głównie niemowlęta, kierowane ostatecznie do przysposobienia po uregulowaniu sytuacji prawnej, RZ pozostaje w kontakcie z ich rodzicami adopcyjnymi; dziecko w RZ przyjęte jako 7-dniowy noworodek, przekazane do RDD (8 miesięcy) w wyniku prześladowania RZ przez rodziców biologicznych (bezpodstawne oskarżenia o zaniedbanie dziecka przez RZ), rodzice biologiczni pozbawieni wcześniej władzy rodzicielskiej w stosunku do kilkorga dzieci, dzieci były skrajnie zaniedbywane w środowisku rodzinnym, dziecko ostatecznie przysposobione w wieku 2 lat; trójka rodzeństwa przebywała w RZ 6 miesięcy – dzieci odebrane ze środowiska rodzinnego w trybie interwencyjnym, zaniedbane, ostatecznie przysposobione; dziecko – wcześniak, noworodek pozostawiony przez matkę w szpitalu, przebywał w RZ 6 miesięcy, ostatecznie przysposobiony, dziecko – noworodek, pozostawione przez matkę w szpitalu, przebywało w RZ 3 miesiące, ostatecznie przysposobione; dziecko (15 miesięcy) – urodzone w ZK, przekazane do RZ w wieku 3 miesięcy, matka przebywa w ZK, dwoje starszych dzieci (rodzeństwo) odebrane z powodu stosowania przemocy przez matkę i zaniedbania, matka deklaruje, że po opuszczeniu ZK chce odzyskać dziecko; od 3 lat w RZ jest rodzeństwo (7 i 9), starsze dziecko z niepełnosprawnością intelektualną, FAS, dzieci z rodziny przemocowej, zaniedbywane; RZ ma troje dorosłych dzieci biologicznych.			
RZZ2	13	7	10
Uwagi: początkowo rodzina zastępcza niezawodowa dla 11-letniego dziecka, które z powodu agresji zostało zabrane (zagrozało dziecku biologicznemu), następnie rodzina spokrewniona dla trójki rodzeństwa, po wejściu w życie przepisu w ustawie o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej rodzina utraciła status rodziny spokrewnionej, po przyjęciu czwartego dziecka uzyskała status zawodowej, a następnie RDD (od 5 lat); dziecko w pieczy długoterminowej – matka zmarła, dziecko ma dobre relacje z wujostwem (zostali odrzuceni jako kandydaci na RZ), dziecko chce pozostać w RZ; dziecko (15) z uregulowaną sytuacją prawną, jednak bez kandydatów na rodziców adopcyjnych, dziecko z niepełnosprawnością, autoagresja, skierowane z ośrodka interwencji kryzysowej; dziecko (13) – w sporadycznym kontakcie z rodzicami uzależnionymi i niezaradnymi, skierowane z ośrodka interwencji kryzysowej; od 3 lat w RZ przebywa trójka rodzeństwa – ojciec z przeszłością kryminalną, jedyny rodzic biologiczny oceniany przez RZ jako współpracujący i rokiujący, ukończył szkołę dla rodziców, w terapii; dwoje wychowanków jest już usamodzielnionych; jedno dziecko przysposobione przez RZ w wieku 1,5 roku – trafiło do RZ w wieku 3 miesięcy, pozostawione przez matkę w szpitalu.			

RZZ3	12	4	5
Uwagi: dla pierwszego dziecka przyjętego do RZ z placówki jako rodzina niezawodowa, obecnie dziecko jest pełnoletnie, w procesie usamodzielnienia, zamieszkuje z RZ; dziecko (7) z nieuregulowaną sytuacją prawną, w RZ od 4 lat, wcześniej przebywało w dwóch pogotowiach rodzinnych, matka biologiczna agresywna, roszczeniowa, niezaradna, niewykazująca zainteresowania dzieckiem, obecnie wychowuje młodsze dziecko, co do którego też złożono wniosek o umieszczenie poza rodziną; rodzeństwo trojga dzieci (7, 8, 11) – w RZ od 3 lat, dwoje z niepełnosprawnościami, odebrane z rodziny interwencyjnie, skrajnie zaniedbane, doświadczyły przemocy fizycznej i psychicznej, sytuacja prawna dzieci nieuregulowana, z uwagi na sytuację zdrowotną z nikłymi szansami na przysposobienie.			
RZZ4	16	1	14
Uwagi: pierwsze dziecko, obecnie usamodzielnione, przyjęte do RZ w wieku 6, odebrane z rodziny biologicznej do pogotowia rodzinnego, zaniedbane, podczas pobytu w RZ utrzymywało kontakt z dorosłym rodzeństwem i ich rodzinami, rodzeństwo z doświadczeniem kryminalnym, uzależnienie w RZ na przestrzeni lat przebywało trzynastoro niemowląt, dwanaścioro ostatecznie przysposobionych – dzieci pochodziły z rodzin wieloprotokolowych, często pozostawiane przez matki w szpitalu, z FAS i innymi obciążeniami; tylko jedno dziecko wróciło do rodziny biologicznej; dwoje pełnoletnich biologicznych dzieci, dwoje przysposobionych dzieci (pełnoletnie).			
RZZ5	10	4	8
Uwagi: 2-miesięczne dziecko przebywało w RZ przez 8 miesięcy – wróciło do matki na krótki czas, matka agresywna, w kryzysie bezdomności, niezaradna, dziecko ostatecznie przysposobione; dziecko (3) – rodzice uzależnieni od narkotyków i alkoholu, niezainteresowani dzieckiem, po 8 miesiącach ostatecznie przysposobione; czworo rodzeństwa (pozostała czwórka jest w innej RZ) – dzieci zaniedbane rozwojowo, dwoje w wieku wczesnoszkolnym z orzeczeniem o niepełnosprawności, troje ma zdiagnozowany FAS, niezdiagnozowane jest najmłodsze dziecko (1,5 roku), matka pijąca, pozornie walcząca o dzieci, w ciąży z dziewiątym dzieckiem; RZ ma troje przysposobionych dzieci (jedno pełnoletnie), przy czym jedno początkowo pozostawało w RZ w pieczy i zostało przysposobione po upływie 1,5 roku.			
RZZ6	9	3	3
Uwagi: dziecko – obecnie pełnoletnie, trafiło do placówki w wieku 4 lat, przebywało w placówce cztery lata, przyjęte do RZ w wieku 9 lat, objęte nauczaniem indywidualnym, matka agresywna, niezainteresowana dzieckiem ani jej rodzeństwem, które przebywało w placówce, nigdy nie podjęła próby odzyskania dzieci; dziecko (9) w RZ od trzech lat, jest jedenastym dzieckiem swojej matki, matka uzależniona od alkoholu, ojciec nie żyje, matka niezainteresowana dzieckiem, dziecko nie ma uregulowanej sytuacji prawnej (matka ma ograniczoną władzę rodzicielską), dziecko (8) – matka niestabilna, niezainteresowana dzieckiem, ojciec uzależniony od narkotyków, ale czyni starania by odzyskać dziecko, dziecko związane z babcią, ale ta nie chce sprawować nad nim opieki; RZ ma troje dzieci biologicznych (5, 10, 13).			
RZZ7	14	4	4
Uwagi: dziecko obecnie 14-letnie, urodzone w ZK, matka podejmowała próby odbudowania relacji, ale wycofała się; troje rodzeństwa (9, 4, 4) – matka z depresją, uzależniona od narkotyków, seksu i hazardu, niezaradna i roszczeniowa, deklaruje chęć odzyskania dzieci; troje dzieci biologicznych (z czego dwoje pełnoletnich).			
RZZ8	9	4	5
Uwagi: wszystkie dzieci w pieczy długoterminowej, czworo rodzeństwa – (3, 5, 6, 10 w chwili przyjęcia do RZ), dzieci z rodziny alkoholowej z przemocą seksualną, jedno z rodzeństwa ze zdiagnozowanym FAS, dzieci zaburzone, zaniedbane, związane z babcią, która nie poddałaby opieki nad nimi, rodzice przez dwa lata podejmowali próby kontaktów, ale nie chcieli zmienić postępowania, negowali swoje uzależnienie, dziecko najstarsze ma 19 lat, wróciło do rodziców po 18. urodzinach, przez pewien okres nadużywało alkoholu, w RZ od 9 lat pozostaje troje rodzeństwa, ich sytuacja prawna jest uregulowana, dzieci są bardzo związane z RZ; dziecko (13) – przebywa z RZ od roku, przyjęte z placówki, matka jest prostytutką, niezainteresowana kontaktami z dzieckiem, ojciec pozostaje w kontakcie, ale nie podejmuje prób odzyskania dziecka z uwagi na to, że założył nową rodzinę, ojciec jest osobą chorującą psychicznie; RZ bez dzieci biologicznych.			

Rodziny zawodowe specjalistyczne (RS)			
RS1	12	1	19
Uwagi: w początkowym okresie RZ pełniła funkcję pogotowia rodzinnego i przyjmowała dzieci kilkudniowe, kilkumiesięczne, dzieci często trafiały z interwencji, ostatecznie kierowane do przysposobienia, przebywały w RZ od dwóch do sześciu miesięcy; tylko jedno wróciło pod opiekę matki – matka pozostawiła dziecko w szpitalu pod naciskiem przemocowego męża, uzyskała wsparcie i po rozstaniu z nim odzyskała dziecko; w RZ od 10 lat przebywa dziecko ze sprzężoną niepełnosprawnością, w chwili urodzenia było pod wpływem alkoholu; RZ ma dwoje dorosłych dzieci.			
RS2	9	4	12
Uwagi: dziewczyna (17) z niepełnosprawnością fizyczną, w ciąży, po urodzeniu pozostawiła dziecko, w RZ przebywało ono 3,5 roku (zostało ostatecznie przysposobione, obecnie ma 7 lat); obecnie w RZ przebywa czworo dzieci (dwa rodzeństwa) z nieregulowaną sytuacją prawną w pieczy długoterminowej, rodzeństwo (4, 6) – ojciec dzieci w ZK, matka niezaradna, zaniedbująca dzieci, rodzeństwo było kilkakrotnie zabierane z rodziny, ale żadna próba powrotu nie powiodła się; drugie rodzeństwo (7, 9) – matka odeszła od rodziny, związała się z innym partnerem, ojciec jest osobą z niepełnosprawnością intelektualną, mimo więzi z dziećmi nie jest w stanie opiekować się nimi z uwagi na stan zdrowia; w RZ było troje rodzeństwa, które ostatecznie zostało przysposobione – dzieci były odebrane z rodziny interwencyjnie, zaniedbane zdrowotnie, higienicznie i rozwojowo; na przestrzeni ostatnich lat kilkoro dzieci przebywało w RZ krótkoterminowo (ostatecznie przysposobione); RZ ma dwoje dorosłych dzieci.			
RS3	16	1	1
Uwagi: dziecko ze sprzężoną niepełnosprawnością, wymagające stałej opieki, pozostawione w szpitalu po urodzeniu, zanim trafiło pod opiekę RZ przez pewien czas przebywało w placówce.			
Pogotowia rodzinne (PR)			
PR1	7	6	34
Uwagi: w pierwszym roku działalności jako rodzina zastępcza niezawodowa – wówczas RZ sprawowała opiekę nad dwojgiem dzieci (1, 3), dalej już jako PR – na przestrzeni 6 lat w PR było 34 dzieci (11 noworodków), z czego 26 ostatecznie przysposobionych, okres, jaki upływa od chwili przyjęcia dziecka do PR aż do przekazania go rodzinie adopcyjnej wynosi ok. 6–9 miesięcy, ale zdarzały się przypadki, że trwało to 1,5 roku albo 3 lata (dotyczy to noworodków z uregulowaną sytuacją prawną); aktualnie w PR przebywa sześcioro dzieci; dzieci trafiają głównie z interwencji, często są pozostawiane przez matki w szpitalu; matki zwykle są osobami uzależnionymi, chorującymi psychicznie, niewydolne, najstarsze dzieci, jakie trafiły do PR miały 7 i 9 lat; tylko w odniesieniu do jednej rodziny dzieci wróciły do środowiska – było to dwoje dzieci (14 miesięcy, 4 lata), z których jedno trafiło do PR po interwencji, odebrane z podejrzeniem pobicia (okazało się wówczas, że dziecko już wcześniej było ofiarą krzywdzenia i na skutek tego ma problemy rozwojowe), ojciec w ZK, matka wykazywała zainteresowanie dziećmi, podjęła terapię, w tym czasie urodziła swoje trzecie dziecko, rozstała się z przemocowym partnerem, odzyskała dzieci, do końca jednak negowała fakt występowania przemocy; PR ma troje dorosłych dzieci.			
PR2	4	5	20
Uwagi: dziecko (6) z niepełnosprawnością, przyjęte do PR w wieku 2 lat, matka małoletnia przebywająca w placówce opiekuńczo-wychowawczej, nie była zainteresowana opieką nad dzieckiem, z uwagi na niepełnosprawność dotychczasowi kandydaci na rodziców adopcyjnych rezygnowali, dziecko mimo uregulowanej sytuacji prawnej nie ma szans na przysposobienie; dziecko (3,5 roku) odebrane z przedszkola interwencyjnie po próbie samobójczej matki, której stan zagrażał jego bezpieczeństwu, dziecko ostatecznie przywrócone do rodziny po 6 miesiącach w PR; dziecko (1,5 roku) przebywało w PR jedynie miesiąc, obecnie w wieku 5 lat, rodziną zastępczą ustanowiono ostatecznie babcię, matka pozbawiona władzy rodzicielskiej, także jej dwoje kolejnych dzieci (3, 1) przebywa w pieczy; dziecko (3 miesiące) wróciło po 3 miesiącach do matki, która była ofiarą przemocy ze strony partnera, ale po rozstaniu z nim odzyskała równowagę; dziecko odebrane matce chorującej psychicznie jako noworodek, po 11 miesiącach przysposobione; dziecko pozostawione przez matkę w szpitalu (jako jej piąte dziecko, wszystkie wcześniej urodzone pozostawione w szpitalu), ostatecznie przysposobione; dziecko przeniesione ostatecznie do rodziny zastępczej spokrewnionej; dziecko z uregulowaną sytuacją prawną; czworo rodzeństwa (2, 3, 4, 14) – starsza dwójka skierowana do placówki, młodsza dwójka powróciła do rodziny, ojciec w ZK; dziecko pozostawione przez matkę w szpitalu po 3 miesiącach przekazany do rodziny zastępczej spokrewnionej (babcia); dziecko (9) odebrane od matki interwencyjnie, matka niezaradna, po 9 miesiącach przywrócone do rodziny; dziecko (6) po dwóch miesiącach przywrócone do rodziny i po kolejnych dwóch miesiącach powróciło do PR,			

w PR przebywa 18 miesięcy, matka z niepełnosprawnością intelektualną i niezaradna, pozbawiona władzy rodzicielskiej, dziecko z orzeczeniem o niepełnosprawności, zaniedbane rozwojowo i zdrowotnie, z podejrzeniem molestowania ze strony konkubenta matki, po ponownym odebraniu z rodziny wystąpił znaczny regres w rozwoju, dziecko nie chce utrzymywać kontaktów z matką; PR ma troje dorosłych dzieci.			
PR3	13		70
Uwagi: początkowo rodzina zastępcza dla spokrewnionego dziecka, do PR przyjmowane głównie niemowlęta pozostawiane przez matki w szpitalu, często z obciążeniami zdrowotnymi (FAS, RAD); tylko w czterech przypadkach dzieci były przywracane do rodziny, w dwóch przypadkach przywrócenie nie powiodło się i dzieci wracały do PR; dzieci kierowane do przysposobienia sporadycznie, większość przenoszona do innych zawodowych rodzin zastępczych i RDD; PR ma troje dorosłych dzieci.			
Rodzinne domy dziecka (RDD)			
RDD1	25	2	40
Uwagi: początkowo jako RZ dla dziecka z niepełnosprawnością (wówczas 7, obecnie 25), ostatecznie dziecko zostało przysposobione przez PR; RZ przekształcona w RDD 19 lat temu po wejściu w życie ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej; przez wiele lat w PR przebywało długoterminowo ośmioro dzieci przenoszonych z placówek także po już długoterminowym pobycie, tylko jedno z tych dzieci w wieku 9 lat ostatecznie powróciło do matki, gdy ta opuściła ZK po odbyciu kary 6 lat pozbawienia wolności; dwoje z dzieci przebywających w PR ostatecznie przysposobionych w wieku 7 i 10 lat, a dwoje usamodzielniało się; dwoje rodzeństwa (7, 8) i (7, 11) ostatecznie przysposobionych po pobycie w PR 1,5 roku; dziecko (10) po 4 miesiącach przywrócone matce, rodzeństwo (3, 5) przywrócone do rodziny po rocznym pobycie w RDD; RDD nie ma dzieci biologicznych.			
RDD2	14	12	28
Uwagi: pierwsze dziecko przyjęte przez RDD było dzieckiem rodziców chorujących psychiatrycznie, po śmierci matki ojciec zaprzestał leczenia i pobił dziecko, jest to przyczyną niepełnosprawności dziecka; dziecko po dwóch nieudanych próbach powrotu do środowiska rodzinnego (odbierane trzykrotnie); czworo rodzeństwa odebranych matce z powodu skrajnego zaniedbania po roku przywrócono do środowiska, istnieje ryzyko ponownego umieszczenia poza rodziną; troje rodzeństwa – matka uzależniona od alkoholu, po dwóch nieudanych próbach powrotu do środowiska rodzinnego (odbierane trzykrotnie); dziecko (2,5 roku) z FAS, ostatecznie przysposobione; czworo rodzeństwa ostatecznie przysposobionych przez różne rodziny na przestrzeni kilku miesięcy; w ciągu ostatnich 4 lat w RDD przebywają głównie noworodki kierowane ostatecznie do przysposobienia; RDD ma jedno dziecko biologiczne.			
RDD3	14	9	13
Uwagi: jako pierwsze do RDD przyjęte rodzeństwo trojga dzieci ze zdiagnozowanym FAS (najmłodsze miało wówczas 5) – matka zostawiła rodzinę, obecnie nie żyje, ojciec uzależniony od alkoholu, także zmarł, nigdy nie interesował się dziećmi, obecnie dwoje rodzeństwa już pełnoletnich i usamodzielnionych, w RDD przebywa wciąż najmłodsze, obecnie 20-letnie dziecko z tego rodzeństwa – dziecko z niepełnosprawnością intelektualną, z niewielką szansą na samodzielność; rodzeństwo (6, 8, 11, 13) – z którego dwoje młodszych dzieci zostało przysposobionych po upływie trzech lat pobytu w RDD; dziecko (13) z rodziny alkoholowej i przemocowej; czworo rodzeństwa (najmłodsze dziecko w wieku 4 lat) – ojciec w podeszłym wieku, niezaradny, matka chorująca psychiatrycznie; na przestrzeni lat żadne z dzieci nie wróciło z RDD do środowiska rodzinnego, wszystkie dzieci w RDD pochodzą z rodzin alkoholowych i przemocowych; RDD ma dwoje dorosłych biologicznych dzieci.			
RDD4	7	8	11
Uwagi: dziecko (4) – matka prostytutka, ojciec uzależniony od gier komputerowych, dziecko po 1,5 roku ostatecznie przysposobione; dziecko (3), dziecko (4) – oboje przebywają w RDD od 2 miesiąca życia, bardzo związane z RDD (procedura przysposobienia obojga dzieci przez RDD w toku); dziecko (2 miesiące) – przysposobione po 3 miesiącach pobytu w RDD; czworo rodzeństwa (w chwili przyjęcia do RDD 1, 7, 10, 12) – od 1,5 roku w RDD; dziecko (10) – wykorzystywane seksualnie przez konkubenta matki, odebrane interwencyjnie, matka chorująca psychiatrycznie; dziecko (13), dziecko (10); jedno dziecko wróciło do środowiska rodzinnego po 1,5 roku pobytu w RDD, matka nieporadna. RDD ma jedno dziecko biologiczne i jedno przysposobione (7).			

RDD5	18	4	32
Uwagi: przez 7 lat rodzina niezawodowa dla 6 dzieci, następnie pogotowie rodzinne, w którym było 15 dzieci, obecnie w RDD rodzeństwo (7, 11) po sześcioletnim pobycie w placówce przywrócone do rodziny; po roku odebrane i umieszone w RDD, matka niezaradna, niezainteresowana dziećmi, pozbawiana władzy rodzicielskiej do kolejnych swoich dzieci; kolejna dwójka dzieci – jedno po ponownym odebraniu z rodziny biologicznej, jedno z rozwiązaną adopcji, wykorzystywane seksualnie w rodzinie adopcyjnej; 15 dzieci usamodzielnionych; tylko jedno dziecko na przestrzeni lat wróciło do środowiska rodzinnego (dziecko 4-letnie, w RDD przebywało 3 miesiące), dzieci w RDD pochodzą z rodzin alkoholowych, przemocowych, z zaburzeniami rozwojowymi, silnie traumatyzowane.			
RDD6	18	6	20
Uwagi: pierwsza dwójka dzieci (1 i 5 w chwili przyjęcia), znaczna część dzieci 2–4-letnich ostatecznie kierowana do adopcji, po pobycie w RDD od 6 miesięcy do 2 lat; obecnie w RDD sześcioro dzieci w wieku 4–17 lat, są to dzieci z niepełnosprawnościami bez szans na adopcję; dzieci w RDD pochodzą z rodzin alkoholowych, przemocowych, na przestrzeni lat żadne z dzieci nie powróciło do środowiska rodzinnego; czworo dzieci usamodzielnionych; RDD ma dwoje dorosłych dzieci biologicznych.			
RDD7	12	5	20
Uwagi: pierwsze dziecko (14 lat w chwili przyjęcia) skierowane do RDD z placówki – dziecko pochodziło z rodziny alkoholowej, matka uzależniona, nie interesująca się dzieckiem, nieżyjący ojciec; dziecko (5) wcześniej dwukrotnie odbierane ze środowiska rodzinnego; rodzeństwo (2, 3) – rodzina alkoholowa, dzieci mają problemy rozwojowe, jedno ma orzeczenie o niepełnosprawności; noworodek – matka uzależniona od narkotyków, niezainteresowana dzieckiem, dziecko skierowane do przysposobienia po 16 miesiącach; dziecko (3) powróciło do środowiska rodzinnego po 16 miesiącach – matka z FAS, ojciec z niepełnosprawnością intelektualną; noworodek – skierowany od przysposobienia po 7 miesiącach pobytu w RDD, matka chorująca psychiatrycznie, ojciec uzależniony od alkoholu, przemocowy; noworodek – skierowany od przysposobienia po 6 miesiącach pobytu w RDD, matka absolwentka szkoły specjalnej, uzależniona od alkoholu, noworodek – dziecko z FAS, w chwili urodzenia pod wpływem alkoholu, od trzech lat w RDD; dziecko (2) – matka uzależniona od alkoholu i narkotyków, chorująca psychiatrycznie, po roku pobytu w RDD skierowane do przysposobienia; dziecko (10) zaniedbane rozwojowo i zdrowotnie – rodzice niezaradni, utrzymujący kontakt, dziecko z perspektywą pieczy długoterminowej; noworodek – po 1,5 miesiąca pobytu w RDD pieczę przejęła babcia, rodzice uzależnieni od alkoholu i narkotyków; rodzeństwo (2,5 roku) z FAS, do RDD przyjęte z placówki, po rocznym pobycie w RDD dzieci wróciły do matki, matka uzależniona od alkoholu, po terapii, ojciec w ZK; rodzeństwo (2, 6) – przyjęte z interwencji, po rocznym pobycie w RDD skierowane do przysposobienia, rodzeństwo (3, 6) – rodzina alkoholowa, jedno dziecko z poważnymi problemami zdrowotnymi, wymagające serii zabiegów operacyjnych; RDD ma dwoje dorosłych biologicznych dzieci i dziecko przysposobione (11).			
RDD8	4	9	9
Uwagi: początkowo rodzina zastępcza niezawodowa, następnie RDD; w RDD przebywa dziewięć dzieci z dwóch rodzin biologicznych; czworo rodzeństwa (początkowo w RDD było troje z nich, w chwili przyjęcia 2, 3, 15, 16), najstarsze w procesie usamodzielniania, dzieci po przebytej chorobie wenerycznej, wykorzystywane seksualnie przez ojca, starsze dziecko z orzeczeniem o niepełnosprawności, wszystkie dzieci w stałej terapii – matka lecząca się w poradni zdrowia psychicznego, ofiara przemocy, z upośledzeniem umysłowym, pozbawiona władzy rodzicielskiej, osoba niepijąca, ojciec pozbawiony władzy rodzicielskiej z zakazem zbliżania się przebywa w ośrodku zamkniętym, postępowanie mające na celu zabezpieczenie sytuacji dzieci trwało rok i w tym czasie dzieci przebywały w środowisku, w którym doświadczyły krzywdzenia, obecnie dzieci mają uregulowaną sytuację prawną, ale nie są zgłoszone do adopcji ze względu na liczebność rodzeństwa i obciążenia, pozostaną w RDD do pełnoletności; sześcioro rodzeństwa – wszystkie dzieci z FAS, dwoje ze sprzężoną niepełnosprawnością, zaniedbane zdrowotnie i rozwojowo, matka uzależniona od alkoholu (wielopokoleniowy alkoholizm w rodzinie pochodzenia); RDD nie ma biologicznych dzieci.			
RDD9	19	8	25
Uwagi: początkowo rodzina zastępcza niezawodowa, pogotowie rodzinne i następnie RDD; obecnie w RDD przebywa ośmioro dzieci (4, 10, 12, 13, 15, 20, 23, 23), obecnie dwoje jest w procesie usamodzielniania, czworo to rodzeństwo, które w RDD przebywa od siedmiu lat i pozostanie do pełnoletności, ponieważ z powodu wielodzietności nie będą kierowane do przysposobienia; w RDD przebywają m.in. dzieci z różnymi obciążeniami, z potrzebą kształcenia specjalnego; do RDD przyjmowane były często dzieci małe, z rodzin alkoholowych			

i przemocowych, zaniedbane rozwojowo i zdrowotnie, kierowane do przysposobienia po pobycie w RDD wynoszącym 2–2,5 roku; na przestrzeni lat kilkoro dzieci wróciło do środowiska rodzinnego, RDD utrzymuje z nimi kontakt, jednak były to sporadyczne przypadki; RDD ma dwoje dorosłych biologicznych dzieci.

RDD10	18	8	28
Uwagi: początkowo troje rodzeństwa w rodzinie zastępczej przyjęte z placówki i troje w pogotowiu rodzinnym (1, 4, 5); w RDD przebywa ośmioro dzieci (5, 8, 8, 8, 12, 18, 20, 23), kilkoro w procesie usamodzielnienia; dwoje dzieci po nieudanych próbach powrotu do środowiska rodzinnego; dwoje dzieci skierowanych do przysposobienia (jedno w wieku 13 lat); dzieci przyjmowane głównie z rodzin alkoholowych, zaniedbane z problemami rozwojowymi; na przestrzeni lat dwoje dzieci wróciło do środowiska rodzinnego, RDD ma dobre relacje z jednym z tych dzieci i jego rodziną biologiczną, dziecko przyjęte do RDD z powodu problemu alkoholowego w rodzinie, dziecko przebywało w RDD dwa lata; drugie dziecko wróciło do środowiska, w którym nadal występują problemy, dziecko prawdopodobnie zostanie ponownie odebrane; RDD ma dziecko adopcyjne.			

Źródło: opracowanie własne.

Summary

Magdalena Arczewska, *The Temporary Nature of Family Foster Care in the Light of the Results of Empirical Studies*

If a family is not able to provide the necessary care for the child, he or she is placed outside the family. The purpose of such an action, however, should be the child's return to his or her family environment as foster care is auxiliary to the natural and primary form of custody provided by biological parents. The principle of the temporary nature of foster care was formulated in the provisions of the Act of 9 June 2011 on Family Support and Foster Care. Pursuant to this act, upon the expiry of 18 months from the day when the child was placed in foster care, the family court at the request of the entity organising foster care should issue a decision concerning the child in order to determine the child's legal situation. This article aims to present the results of the studies carried out between March and September 2020 as part of the research project 'The temporary nature of family foster care'. It sought to verify compliance with the principle of the temporary nature of family foster care. The project involved interviews with foster parents, foster children and experts (family judges, social workers from Social Welfare Centres (OPS) and Poviats Family Support Centres (PCPR), employees of adoption centres and foster care centres as well as professional court-appointed guardians). The article is based on the conclusions drawn from 34 interviews with foster parents representing different forms of family foster care (kinship foster families; professional, non-professional, and specialized foster families; emergency family shelters, and family-run children's homes).

Keywords: family, child, foster care, foster family, temporary nature of foster care

Streszczenie

Magdalena Arczewska, *Tymczasowość rodzinnych form pieczy zastępczej w świetle wyników badań empirycznych*

Jeśli rodzina nie jest w stanie zapewnić dziecku odpowiedniej opieki, wówczas umieszcza się je poza rodziną. Celem tego działania powinien być jednak jego powrót do środowiska rodzinnego. Piecza zastępcza posiada bowiem pomocniczy charakter wobec naturalnej i pierwotnej pieczy rodziców biologicznych. Tymczasowości pieczy zastępczej jest wyrażona w przepisach ustawy z 9.06.2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej. Zgodnie z nią, po upływie 18 miesięcy od dnia umieszczenia dziecka w pieczy, sąd

rodzinny na wniosek organizatora rodzinnej pieczy zastępczej powinien wydać zarządzenia wobec dziecka w celu uregulowania jego sytuacji prawnej. Celem artykułu jest prezentacja wyników badań zrealizowanych w okresie marzec–wrzesień 2020 r. w ramach projektu badawczego „Tymczasowość rodzinnych form pieczy zastępczej”. Jego celem była weryfikacja przestrzegania tymczasowości pieczy zastępczej w formach rodzinnych. W toku badań przeprowadzono wywiady z rodzicami zastępczymi, z wychowankami oraz wywiady eksperckie (sędziowie rodzinni, pracownicy socjalni z Ośrodków Pomocy Społecznej i Powiatowego Centrum Pomocy Rodzinie, pracownicy ośrodków adopcyjnych i ośrodków pieczy zastępczej, kuratorzy zawodowi). Artykuł powstał w oparciu na wnioskach płynących z 34 wywiadów z rodzicami zastępczymi w różnych formach zastępczej pieczy rodzinnej (rodziny zastępcze spokrewnione, zawodowe, niezawodowe, specjalistyczne, pogotowie rodzinne, rodzinny dom dziecka).

Słowa kluczowe: rodzina, dziecko, piecza zastępcza, rodzina zastępcza, czasowy charakter pieczy zastępczej

Literatura:

1. Andrzejewski M., *Ewolucja pieczy zastępczej przez pryzmat nowych regulacji prawnych*, Teologia i Moralność 2012, t. 11.
2. Burek W., *Polska jako państwo – strona Konwencji o prawach dziecka z 1989 roku* [w:] *Prawa dziecka w prawie międzynarodowym*, red. E. Karska, Warszawa 2014.
3. Danecka M., *Zakończenie* [w:] *System pieczy zastępczej. Wybrane aspekty w ujęciu krajowym i międzynarodowym*, red. M. Danecka, Warszawa 2020.
4. Etikan I., Alkassim R., Abubakar S., *Comparison of snowball sampling and sequential sampling technique*, Biometrics & Biostatistics International Journal 2016, nr 3, t. 1, <https://medcraveonline.com/BBIJ/BBIJ-03-00055.pdf>
5. Golczyńska-Grodnaś A., Błaszczak M., *Deinstytucjonalizacja placówek opieki całkowitej nad dziećmi i młodzieżą w województwie łódzkim*, Łódź 2020.
6. Karasowska A., *Krzywdzenie dzieci w rodzinie alkoholowej*, Dziecko krzywdzone. Teoria. Badania. Praktyka 2004, nr 3, <https://dzieckokrzywdzone.fdds.pl/index.php/DK>
7. Krasiejko I., *Rodzina z dziećmi. Rodzina dysfunkcyjna. Pedagogika. Praca socjalna, Teoria*, Warszawa 2019.
8. Lyons-Ruch K., Jacobvitz D., *Attachment Disorganisation: Genetic Factors, Parenting Contexts, and Development Transformation from Infancy to Adulthood* [w:] *Handbook of attachment. Theory, Research, and Clinical Applications*, red. J. Cassidy, P.R. Shaver, Nowy Jork–Londyn 2006.
9. Ławska W., Dębska G., Kadučáková H., *Dzieci w rodzinie alkoholowej*, https://repozytorium.ka.edu.pl/bitstream/handle/11315/707/Lawska_Debaska_Kaducakova_Dzieci_w_rodzinie_alkoholowej_2012.pdf?sequence=1&isAllowed=y
10. Nicpoń M., Marzęcki R., *Pogłębiony wywiad indywidualny w badaniach społecznych* [w:] *Przeszłość – Teraźniejszość – Przyszłość. Problemy badawcze młodych politologów*, Kraków 2010.
11. *Pieczna zastępcza w 2020 r. Informacje sygnałowe*, GUS, raport, <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/dzieci-i-rodzina/dzieci/pieczna-zastepcza-w-2020-roku,1,5.html>
12. Prusinowska-Marek A., *Praktyka sądowa w zakresie realizacji zasady tymczasowości pieczy zastępczej – raport z badań*, Warszawa 2018, <http://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2019/03/IWS-A.Prusinowska-Marek-Praktyka-sadowa-w-zakresie-realizacji-zasady.pdf>
13. Raclaw M., *Zinstrumentalizowane rodzicielstwo. Rodziny zastępcze – między usługą a odruchem serca. Perspektywa socjologiczna*, Toruń 2017.
14. Regulska A., *Rodzina i piecza zastępcza nad dzieckiem w perspektywie zasady pomocniczości. Analiza dyskursu retoryki politycznej*, Warszawa 2018.

15. Smyczyński T., *Pojęcie dziecka i jego podmiotowość* [w:] *Konwencja o prawach dziecka. Analiza i wykładnia*, red. T. Smyczyński, Poznań 1999.
16. Stojanowska W., *Rozwód a dobro dziecka*, Warszawa 1979.
17. Stojanowska W., *Ochrona dobra dziecka rozwodzących się rodziców*, *Rodzina i Prawo* 2009, nr 12.
18. Szymańczak J., *Konwencja o prawach dziecka ONZ. Uwagi o realizacji konwencji przez Rzeczpospolitą Polską*, <http://biurose.sejm.gov.pl/teksty/i-684.htm>
19. Wroniszewska M., *Tu jest teraz twój dom. Adopcja w Polsce*, Wołowiec 2021.

Sławomira Kotas-Turoboyska*

Kryteria oceny sprzeciwu dziecka wyrażonego na podstawie art. 13 ust. 2 Konwencji dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę w świetle wybranego orzecznictwa sądów**

1. WSTĘP

Konwencja dotycząca cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę, sporządzona w Hadze 25.10.1980 r.¹ została uchwalona w odpowiedzi na wcześniejsze, nieefektywne próby rozwiązania problemu bezprawnych uprowadzeń małoletnich za granicę do krajów, które w ocenie uprowadzającego miały najbardziej liberalne i korzystne dla niego regulacje prawne. Jej sygnatariuszami jest obecnie ponad 100 państw². Podstawowe założenia zawarte w Konwencji haskiej to przede wszystkim ochrona interesu dziecka, ochrona dziecka na gruncie międzynarodowym przed konsekwencjami wynikającymi z bezprawnego uprowadzenia lub zatrzymania, a także zapewnienie jego jak najszybszego powrotu do kraju stałego pobytu³. Ponadto celem Konwencji jest ochrona praw dziecka do odwiedzin oraz prewencja i penalizacja bezprawnego uprowadzenia lub zatrzymania dziecka. Sąd prowadzący postępowanie na podstawie Konwencji haskiej jest zobowiązany trafnie i sprawnie ocenić indywidualne interesy dziecka, a w przypadku uznania zatrzymania lub uprowadzenia za bezprawne, przy braku czynników hamujących wydanie, należy sprawnie i efektywnie przeprowadzić egzekucję orzeczenia nakazującego wydanie dziecka⁴.

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

** Data zgłoszenia tekstu przez autorkę: 9.08.2021 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 22.10.2021 r.

¹ Konwencja dotycząca cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę, sporządzona w Hadze 25.10.1980 r. (Dz.U. z 1995 r. Nr 108, poz. 528 ze zm.) – dalej Konwencja haska lub Konwencja.

² Aktualna lista sygnatariuszy dostępna na stronie: www.hcch.net

³ J. Wierciński, *Miejsce stałego pobytu dziecka. Cywilnoprawne aspekty uprowadzenia dziecka za granicę*, „Forum Prawnicze” 2020/5, s. 3.

⁴ T. Świerczyński, *Podstawowe zagadnienia Konwencji haskiej o cywilnych aspektach uprowadzenia dziecka za granicę*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2000/1–2, s. 97–98; podobnie L. Kuziak, *Konwencja haska dotycząca cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę i postępowanie w sprawach o powrót dziecka*, „Rodzina i Prawo” 2007/2, s. 67.

Czynniki hamujące wydanie dziecka zostały określone w art. 13 Konwencji. Wśród nich wymieniono m.in. przesłankę sprzeciwu dziecka, która będzie stanowić przedmiot dalszych rozważań. Zgodnie z literalnym brzmieniem przepisu, sąd może odmówić wydania dziecka, jeśli sprzeciwia się ono powrotowi i osiągnęło wiek oraz stopień dojrzałości, przy którym właściwe jest uwzględnienie jego opinii (art. 13 ust. 2 Konwencji oraz art. 11 ust. 2 rozporządzenia 2201/2003⁵)⁶.

Autorka uznaje za zasadne zajęcie się tytułowym problemem mając na uwadze wagę i niezmienną aktualność problemu dotyczącego udziału dziecka w postępowaniu sądowym, a także pojawiający się w praktyce problem właściwej oceny zajętego przez małoletniego stanowiska co do żądania wniosku o nakazanie jego powrotu. Treść art. 13 ust. 2 Konwencji mogłaby prowadzić do wniosku, że sąd oceniając sprzeciw małoletniego powinien rozważyć przede wszystkim, lub wyłącznie, kwestię jego wieku oraz stopień dojrzałości. W praktyce sądy stawiają jednak małoletniemu, który wyraził sprzeciw, o wiele więcej wymagań, co nierzadko pozostaje w sprzeczności z powszechnym dążeniem lansowanym przede wszystkim w prawie międzynarodowym do upodmiotowienia dziecka we wszelkich postępowaniach, które dotyczą jego osoby.

Problem sposobu wyrażania przez dziecko sprzeciwu co do wniosku jest złożony. Przede wszystkim należy zauważyć, że ustawodawca nie zdecydował się na zamieszczenie w Konwencji haskiej definicji legalnej pojęcia „sprzeciw dziecka”. Nie określił on także szczegółowo, w jaki sposób sprzeciw powinien być przez dziecko wyrażony. Co więcej, w literaturze zauważa się, że nie jest także jasne, dlaczego ustawodawca nie zdecydował się wymienić sprzeciwu dziecka jako kolejnej przesłanki hamującej wydanie dziecka, oznaczając ją jako art. 13 ust. 1 lit. c. Określając regulację, która odnosi się do sprzeciwu dziecka zwyczajowo wskazuje się art. 13 ust. 2 Konwencji, w rzeczywistości jednak akapit opisujący tę przesłankę nie jest w ogóle numerowany. Przedstawiciele doktryny wskazują, że być może wolą ustawodawcy było odróżnienie i oddzielenie sprzeciwu dziecka od innych przesłanek hamujących, skoro zgłoszenie przez małoletniego sprzeciwu wobec powrotu nie generuje żadnych obowiązków dowodowych⁷. Koncepcja ta wydaje się być trafna. Należy mieć bowiem na względzie, że sąd stwierdzając zgłoszenie sprzeciwu jest zobowiązany ocenić jego skuteczność mając na uwadze m.in. sposób wyrażenia sprzeciwu oraz wiek i stopień dojrzałości dziecka. Strony w rzeczywistości mogą natomiast pozostać w tym zakresie zupełnie bierne. Inaczej zatem niż w przypadku pozostałych przesłanek hamujących nie spoczywa na stronach w tym kontekście ciężar dowodu. Jednocześnie jednak zauważa się, że część sądów mimo wszystko uznaje, iż ciężar dowodu zawsze spoczywa na stronie, która sprzeciwia się powrotowi⁸. Dowodzą temu opisane w dalszych wywodach poglądy sądów co do wymogów, jakie musi spełnić sprzeciw małoletniego.

Niezależnie jednak od budowy wskazanego przepisu oraz jego szczegółowości wydaje się, że oceniając skuteczność sprzeciwu dziecka sądy, poza przesłanką wieku

⁵ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) 2201/2003 z 27.11.2003 r. dotyczące jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, uchylające rozporządzenie 1347/2000 (Dz.Urz. WE L 338 z 2003 r., s. 1 ze zm.) – dalej rozporządzenie 2201/2003.

⁶ T. Świerczyński, *Podstawowe zagadnienia...*, s. 91–95.

⁷ R. Schuz, *The Hague Child Abduction convention: A critical Analysis*, Oksford 2013, s. 317.

⁸ R. Schuz, *The Hague Child...*

i stopnia dojrzałości dziecka, której konieczność zbadania wynika wprost z treści art. 13 ust. 2, rozważają cztery dodatkowe kwestie, których potrzeba badania nie znajduje oparcia we wskazanym artykule, tj.: formę zastrzeżenia, stanowczość wyrażonego sprzeciwu, stanowczość podanych przez dziecko argumentów oraz stopień niezależności od opiekunów dziecka zgłaszającego sprzeciw⁹. Wniosek taki potwierdza przeprowadzona analiza dostępnych orzeczeń sądów polskich, brytyjskich, amerykańskich, nowozelandzkich i izraelskich. Autorka zdaje sobie sprawę, że wybór wskazanych czterech porządków prawnych nie może być uznany za kompleksową analizę orzeczeń wydawanych na podstawie art. 13 ust. 2 Konwencji, szczególnie, jeśli weźmie się pod uwagę, iż obecnie jej stronami jest ponad 100 państw. Ograniczone ramy niniejszego opracowania, a także ograniczenia w dostępie do orzeczeń sądów państw obcych nie pozwalają jednak na w pełni kompleksową analizę. Dlatego też autorka zdecydowała się na wybór pięciu krajów, których orzeczenia były najlepiej dostępne i jednocześnie reprezentowały państwa o różnej tradycji i kulturze. Kwestią drugoplanową był natomiast system prawny obowiązujący w danym kraju, ponieważ celem pracy nie jest dokonywanie analiz prawnoporównawczych, ale ustalenie, w jaki sposób rozumiana jest przez sądy dyspozycja art. 13 ust. 2 Konwencji i jakie wymagania stawiają one osobie małoletniej w przypadku zgłoszenia przez nią sprzeciwu co do powrotu. Jednocześnie autorka starała się ustalić, czy dokonywana wykładnia art. 13 ust. 2 Konwencji jest zgodna z szeroko rozumianym dobrem dziecka i obecną współcześnie tendencją do jego upodmiotowienia w postępowaniach dotyczących jego osoby.

2. WYMAGANIA CO DO FORMY ZGŁOSZENIA SPRZECIWU

Odnosząc się do problemu formy zgłoszenia sprzeciwu przez dziecko, należy stwierdzić, że w istocie Konwencja haska nie przewiduje w tym zakresie żadnych szczególnych wymagań. Ustawodawca międzynarodowy słusznie nie zdecydował się na określenie formy złożenia przez małoletniego sprzeciwu co do wniosku, tzn. nie określił, czy ma być on dokonany ustnie, na piśmie, podczas rozprawy, wysłuchania czy też przy okazji badania przez biegłego specjalistę, jeśli takie badanie zostało zlecone. Ustawodawca nie określił także, w jaki sposób sprzeciw powinien być przez dziecko wyrażony. Mimo powyższego, analiza orzecznictwa odnoszącego się do art. 13 ust. 2 Konwencji pokazuje, że niektóre sądy, w istocie wbrew postanowieniom Konwencji, wymagały, aby sprzeciw dziecka został wyrażony w określony sposób. Wymogi stawiane przez sądy dotyczyły – co do zasady – sposobu w jakiej małoletni artykułuje swój pogląd. W sprawie *S. vs S. FamA 128/99 (Izrael)*¹⁰ wskazano, że sprzeciw powinien mieć formę negatywną, tj. zdaniem sądu dziecko powinno wprost wskazać, iż sprzeciwia się wyjazdowi, a nie jedynie, że chce pozostać w kraju uprowadzenia. Ponadto w ocenie sądu sprzeciw musi być wyrażony z faktycznym przekonaniem o braku chęci powrotu i pobytu

⁹ Podział taki przyjmuje m.in. R. Schuz w: *The Hague Child...*, s. 327–335, określając kolejne grupy przesłanek, jakie biorą pod uwagę sądy przy ocenie sprzeciwu dziecka zgłoszonego na podstawie art. 13 ust. 2 Konwencji jako: Form of the Objections; Strength of the Objections; Independence of the Objections; Validity of Objections.

¹⁰ *S. vs S. FamA 128/99 (Izrael)*, <https://www.incadat.com/en/case/94> (dostęp: 3.03.2021 r.).

do kraju uprowadzenia z uwagi na związane z tym negatywne przeżycie. W powołanej sprawie sąd izraelski wskazał, że sprzeciw małoletniego wobec powrotu do Stanów Zjednoczonych Ameryki stanowi w istocie jedynie wolę pozostania w Izraelu, ponieważ małoletni nie określił minusów życia w Stanach Zjednoczonych. Mimo zatem braku ku temu podstaw w treści art. 13 ust. 2 Konwencji sąd wymaga od małoletniego, aby ten nie tylko otwarcie sprzeciwił się wnioskowi, ale także dokonał tego w ściśle ustalony sposób, określając przy tym niezwykle trudne do obiektywnej oceny przesłanki – trudno bowiem wskazać, jakie okoliczności będą przemawiać za przyjęciem, że małoletni jest „faktycznie przekonany o braku chęci powrotu”. Sąd nie uzasadnia przy tym także, dlaczego forma negatywna sprzeciwu z oczywistych względów trudniejsza do wyrażenia, jest właściwą dla wyrażenia przez dziecko swojej woli co do miejsca zamieszkania. Dlatego też taki pogląd, szczególnie w świetle literalnego brzmienia art. 13 ust. 2 Konwencji, należy uznać za chybiony. Nie można bowiem nakładać na małoletniego obowiązków, które nie znajdują uzasadnienia ani w treści Konwencji haskiej, ani w innych wiążących go w tego rodzaju postępowaniu aktach prawnych.

Należy krytycznie ocenić także wymóg wyrażenia przez dziecko sprzeciwu wobec powrotu do kraju uprowadzenia, a nie do drugiego rodzica. Zwolennicy tego poglądu argumentują, że sprzeciw musi dotyczyć tego, co w innym przypadku zostałoby zarządzone na podstawie art. 12 Konwencji, tj. powrotu do kraju uprowadzenia. Stanowisko takie zostało wyrażone m.in. w brytyjskiej sprawie *B vs K* 1 FCR 382 (1993), w której sąd stwierdził, że dziecko nie sprzeciwia się powrotowi do kraju uprowadzenia, ale chce po prostu mieszkać z matką, co nie spełnia wymogu sprzeciwu wobec wniosku¹¹. W świetle postanowień Konwencji, która, jak zaznaczono powyżej, nie zawiera żadnych wymogów co do formy zgłoszenia sprzeciwu przez dziecko, oraz przy uwzględnieniu szczególnego charakteru postępowania o nakazanie powrotu dziecka do kraju uprowadzenia stawianie takiego wymagania wydaje się być sprzeczne przede wszystkim z zasadą ochrony dobra dziecka, ale także z ideą Konwencji jednocześnie deprecjonując wagę stanowiska małoletniego. Wydaje się bowiem, że sądy powinny skupić się na analizie samej istoty poglądów dziecka, a nie formy, w jakiej są one przez nie wyrażane. Mimo bowiem, że niekiedy można przyjąć, iż obojętność dziecka na kwestię miejsca, w którym będzie zamieszkiwać wyłącza możliwość stosowania art. 13 ust. 2 Konwencji, to jednak w większości spraw wyrażenie przez małoletniego woli pozostania w kraju schronienia będzie w istocie stanowiło zawołowaną formę sprzeciwu wobec powrotu. Taki pogląd na sprzeciw dziecka został przedstawiony przez sąd w sprawie *Urness vs Minto* 1994 SC 249¹², w której uznano, że chęć zamieszkania z matką w Szkocji wyrażona przez starsze dziecko świadczy w istocie o woli pozostania w Szkocji, a tym samym o odrzuceniu możliwości życia w Stanach Zjednoczonych i pobierania tam edukacji. Na ważkość art. 13 ust. 2 Konwencji i konieczność uważnej oraz precyzyjnej oceny stanowiska dziecka zwracają uwagę także sądy angielskie. Zauważają one m.in., że koncepcja potrzeby powiązania sprzeciwu z krajem powrotu, a nie drugim rodzicem nie ma podstawy w brzmieniu art. 13 ust. 2 Konwencji,

¹¹ Za: R. Schuz, *The Hague Child...*, s. 327.

¹² *Urness vs Minto* 1994 SC 249, <https://www.incadat.com/en/case/79> (dostęp: 1.03.2021 r.).

a przyjęcie takiego rozumowania mogłoby prowadzić do naruszenia art. 12 Konwencji o prawach dziecka¹³. Czasami bowiem te dwa czynniki są ze sobą tak silnie powiązane, że nie ma możliwości ich oddzielenia¹⁴.

Stosując przepisy Konwencji haskiej, zwłaszcza w przypadku art. 13 ust. 2, należy mieć także na uwadze, że rozwiązania Konwencji powstały na blisko 10 lat przed uchwaleniem Konwencji o prawach dziecka¹⁵, a zatem w czasach, gdy głos małoletnich w postępowaniach sądowych nie był jeszcze dostrzegany. Dziecko było wówczas jedynie przedmiotem, a nie podmiotem postępowań dotyczących jego osoby. Współcześnie, mając na uwadze dorobek zarówno krajowych porządków prawnych, jak i akty prawa międzynarodowego, niewątpliwie odpowiednie będzie przyjęcie takiej interpretacji art. 13 ust. 2 Konwencji w kontekście formy zgłoszenia sprzeciwu, która pozwoli każdemu dziecku niezależnie od jego temperamentu i otwartości zająć stanowisko w sprawie. Jednocześnie należy raz jeszcze podkreślić, że sądy nie powinny stawiać żadnych dodatkowych wymagań, w tym wymagań formalnych co do sposobu wyrażenia sprzeciwu, jeśli nie wynikają one wprost z treści Konwencji.

3. PROBLEM OCENY PRZESŁANKI „STANOWCZOŚCI POGLĄDÓW MAŁOLETNIEGO” ZGŁASZAJĄCEGO SPRZECIW

Kolejną kwestią rozważaną przez sądy, mimo braku ku temu jednoznacznych wymogów w art. 13 ust. 2 Konwencji haskiej, jest stanowczość z jaką dziecko wyraża swój sprzeciw wobec powrotu. Analiza orzecznictwa powstałego w związku ze stosowaniem omawianego przepisu pokazuje, że w ocenie niektórych sądów konieczne jest wyrażenie przez dziecko sprzeciwu w sposób dostatecznie stanowczy. Nie precyzuje się jednak na czym owa stanowczość, w świetle art. 13 ust. 2 Konwencji, ma dokładnie polegać ani tym bardziej, jakie obiektywne przesłanki będą przesądzać o spełnieniu przez sprzeciw dziecka tego wymagania. Sądy zwracały uwagę, że zarzuty podnoszone przez dziecko w związku ze sprzeciwem powinny być stanowcze, tzn. w ocenie sądu dziecko nie może uznać, iż miejsce dalszego zamieszkania jest dla niego bez znaczenia, a przy tym życzenia małoletniego powinny mieć większą moc niż życzenia wyrażane w zwykłym sporze o opiekę. Taki pogląd został zaprezentowany w sprawie *Trudrung v. Trudrung*, 686 F. Supp. 2d 570 (M.D.N.C. 2010), rozstrzyganej przez Sąd Rejonowy Karoliny Północnej¹⁶, w której nakazano powrót piętnastolatka do Niemiec, ponieważ wskazał on tylko, że woli pozostać w Stanach Zjednoczonych argumentując, iż bardziej odpowiada mu amerykański system edukacji, który pozwala mu na realizację w przyszłości jego marzenia, tj. wstąpienie do służby wojskowej. Jednocześnie małoletni nie sprzeciwił się zdaniem sądu zdecydowanie powrotowi do Niemiec. Mimo zatem, że dziecko przedstawiło powody, jakie w jego ocenie przemawiały za pozostaniem

¹³ R. Schuz, *The Hague Child...*, s. 327–328.

¹⁴ Re M. (A Minor) (Child Abduction) (1994) 1 FCR 390, <https://www.incadat.com/en/case/56> (dostęp: 1.03.2021 r.).

¹⁵ Konwencja o prawach dziecka przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 20.11.1989 r. (Dz.U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526 ze zm.) – dalej Konwencja z 1989 r.

¹⁶ *Trudrung v. Trudrung*, 686 F. Supp. 2d 570 (M.D.N.C. 2010) <https://www.courtlistener.com/opinion/2411820/trudrung-v-trudrung/> (dostęp: 3.03.2021 r.).

w kraju uprowadzenia, sąd zdecydował się je pominąć przyjmując, że nie mają one waloru „stanowczości”. Wydaje się, że taka ocena stanowiska dziecka nie zasługuje na akceptację i pozostaje sprzeczna z duchem Konwencji haskiej, a także tak silnym współcześnie dążeniem do upodmiotowienia dziecka w postępowaniu sądowym. Oceniając stanowisko wyrażane przez małoletniego, należy bowiem mieć na względzie, że często swoją postawą nie chce ono sprawić przykrości żadnemu z rodziców. Dlatego też trudne, a niekiedy wręcz niemożliwe do osiągnięcia będzie wyrażenie „stanowczego sprzeciwu” wobec powrotu, szczególnie, jeśli małoletni będzie starał się nie urazić swoją decyzją rodzica, który zainicjował postępowanie.

Konsekwencje takiego sposobu interpretacji art. 13 ust. 2 Konwencji, tj. wymaganie od dziecka, aby jednoznacznie i stanowczo sprzeciwiło się powrotowi najlepiej obrazuje sprawa *Re H.B. (Abduction: Children's Objections)* [1998] 1 FLR 422. Sąd brytyjski nakazał w niej powrót 13-letniego chłopca i jego 11-letniej siostry do Danii mając na uwadze sprzeciw chłopca, którego uznał za dostatecznie dojrzałego do jego wyrażenia, przyjmując jednocześnie, że wspólne zamieszkiwanie przez rodzeństwo jest większym dobrem, a sprzeciw małoletniego nie był na tyle stanowczy, aby mógł stanowić podstawę do odstąpienia od głównych założeń Konwencji. Małoletnia nie brała udziału w postępowaniu. Chłopiec – co do zasady – podporządkował się decyzji sądu i odprowadzony przez uprowadzającego ojca wsiadł do samolotu lecącego do Danii. Małoletnia protestowała tak gwałtownie przeciwko powrotowi, że ostatecznie musiała zostać wypuszczona z samolotu. Próby jej odesłania do Danii były podejmowane kilkakrotnie, ale ostatecznie zakończyły się niepowodzeniem. W konsekwencji sąd zezwolił w nadzwyczajnej procedurze na wniesienie odwołania przez małoletnią i finalnie stwierdził, że nie należy dopuszczać do sytuacji, w której sąd „zamyka oczy” na wolę dziecka dostatecznie dojrzałego do jej wyrażenia. Zauważył przy tym trafnie, że najwyższą cenę za zaistnienie takiego stanu rzeczy płać dzieci stawiane w ekstremalnej sytuacji¹⁷. Uzależnianie możliwości uwzględnienia sprzeciwu dziecka od siły, z jaką został on wyrażony w istocie uniemożliwia dzieciom o słabszym temperamencie i charakterze wyrażenie swojego poglądu w sprawie. Sądy skupione na wymogu „stanowczości” nie dostrzegają bowiem niekiedy jego faktycznej wagi i istotności. Skutki takiego działania są natomiast daleko idące, co potwierdzają przywołane powyżej okoliczności sprawy brytyjskiej, a które niewątpliwie nie są odosobnione. Świadczą one natomiast o wciąż obecnym w świadomości orzeczników przekonaniu o niewielkiej istności stanowiska małoletnich w sprawach, które dotyczą ich osoby, stojąc w jawnej opozycji do coraz częściej podkreślanej w prawie międzynarodowym i prawach krajowych potrzebie upodmiotowienia dzieci, szczególnie w tego rodzaju postępowaniach, które wywierają bezpośredni wpływ na ich życie m.in. poprzez określenie kraju ich zamieszkania. Trudno bowiem współcześnie podzielić pogląd, że małoletni, który jest dostatecznie dojrzały do tego, aby zająć stanowisko w sprawie, nie potrafi właściwie, tj. zgodnie z własnymi przekonaniem i potrzebami określić, z którym z rodziców, a tym samym w jakim kraju chce żyć. Dlatego też wydaje się, że oceniając stanowisko wyrażone w sprawie przez małoletniego, sąd

¹⁷ *Re H.B. (Abduction: Children's Objections)* [1998] 1 FLR 422, <https://www.incatat.com/en/case/167> (dostęp: 3.03.2021 r.).

powinien dążyć do zrozumienia sytuacji dziecka i rozważenia całokształtu motywów, które kierowały nim przy wyrażeniu konkretnego poglądu. Niewłaściwa i sprzeczna z szeroko rozumianym interesem małoletniego będzie zazwyczaj sytuacja, w której sąd deprecjonuje poglądy dziecka tylko z tego względu, że nie wypowiada ono swoich myśli w sposób tak stanowczy, jak chciałby tego skład orzekający.

4. WERYFIKACJA STOPNIA NIEZALEŻNOŚCI DZIECKA ZGŁASZAJĄCEGO SPRZECIW WOBEC WNIOSKU O NAKAZANIE JEGO POWROTU

Oceniając sprzeciw małoletniego sądy, zasadnie – mimo braku ku temu jednoznacznych podstaw w treści art. 13 ust. 2 Konwencji – weryfikują, czy wyrażone przez niego stanowisko w sprawie stanowi jego własną ocenę, czy też jest w jakiś sposób inspirowane lub wręcz wymuszane przez osoby dorosłe. W razie zaistnienia jakichkolwiek wątpliwości sąd rozstrzyga, czy istnieje faktyczny wpływ osób trzecich na poglądy dziecka, a w przypadku odpowiedzi twierdzącej ustala, czy wpływ ten ma znaczenie dla kwestii „ważności” sprzeciwu małoletniego. Na potrzebę właściwej oceny powyższych okoliczności zwraca się uwagę w orzecznictwie. Sądy wskazują, że celem Konwencji haskiej, co do zasady, jest zapewnienie jak najszybszego powrotu dziecka do kraju stałego pobytu. Uniemożliwić to może jego sprzeciw, jeśli zostanie on uwzględniony przez sąd, który musi rozważyć, czy przyjęcie stanowiska małoletniego co do powrotu uwzględnia jego faktyczną wolę i realizuje prawo dziecka do bycia wysłuchanym, czy też jedynie umożliwia zajęcie stanowiska w sprawie „ustami dziecka” – rodzicom. Gdyby bowiem w rzeczywistości chodziło jedynie o otwarcie drogi rodzicom do zajęcia stanowiska w sprawie niejako bocznymi drzwiami, to niewątpliwie stanowiłoby to jednocześnie naruszenie praw małoletniego do bycia wysłuchanym¹⁸.

W doktrynie, w odniesieniu do problemu niezależności sprzeciwu, zwraca się jednak uwagę na ryzyko zbyt pochopnego utożsamiania samego faktu uprowadzenia z pozostawianiem pod wpływem rodzica uprowadzającego i brakiem możliwości wyrażania przez dziecko własnych, świadomych poglądów.¹⁹ Obawy te są słuszne. Gdyby bowiem uznać, że w każdym przypadku uprowadzenia dziecko pozostaje pod takim wpływem rodzica uprowadzającego, iż nie jest w stanie wyrażać swojej własnej, niezależnej opinii, to art. 13 ust. 2 Konwencji stałby się w istocie zapisem martwym, niemożliwym do realizacji. W końcu sama Konwencja stworzona została dla ochrony praw dzieci bezprawnie uprowadzonych lub zatrzymanych, zawsze zatem w sprawie obecny będzie rodzic uprowadzający, który w większości przypadków sprawuje bezpośrednią opiekę nad dzieckiem po uprowadzeniu. Niestety, bezrefleksyjne utożsamienie faktu pozostawiania pod opieką rodzica uprowadzającego z brakiem możliwości wyrażenia niezależnej opinii jest obecne w orzecznictwie sądów. Taki pogląd został wyrażony m.in. w sprawie izraelskiej FamA (dist TA) 28/97 Ploni v. Plonit²⁰. Mając na uwadze okoliczności sprawy, sąd doszedł do wniosku, że sam fakt porwania silnie oddziałuje na psychikę dziecka, które będąc w pełni zależne od rodzica uprowadzającego wyraża opinie pozwalające mu przetrwać. Dlatego też, zdaniem sądu, osądy te nie mogą być niezależne jako nakierowane na wolę przetrwania w niecodziennie

¹⁸ Por. Winters v. Cowen (2002) NZFLR 927, <https://www.incatad.com/en/case/473> (dostęp: 3.03.2021 r.).

¹⁹ R. Schuz, *The Hague Child...*, s. 330 i n.

²⁰ Za: R. Schuz, *The Hague Child...*, s. 329–331.

sytuacji, w jakiej znalazło się dziecko. W podobnym, choć mniej ekstremalnym tonie, wypowiadały się sądy w sprawach nowozelandzkiej i amerykańskiej²¹, w których odmawiając uwzględnienia stanowiska małoletnich co do sprzeciwu wobec powrotu, stwierdzały, że na decyzję dzieci wpływ miał sam fakt długiego pozostawania w kraju uprowadzenia wraz z uprowadzającym oraz zaakceptowania przez małoletniego zaistniałego stanu rzeczy. Na orzeczenie sądu nie miał nawet wpływu fakt, że w sprawie *Giampaolo vs Erneta*²² blisko 12-letnia małoletnia wskazywała powody takie jak lepszy system edukacji, aklimatyzacja w nowych warunkach czy bezpieczniejsze warunki życia, które w jej ocenie uzasadniały wolę pozostania w Stanach Zjednoczonych.

Wydaje się, że przyjmowane w powołanych powyżej sprawach założenia pozostają sprzeczne z należnym każdemu dziecku prawem do bycia wysłuchanym. Sądy, co prawda, odbierały stanowisko małoletnich niekiedy poddając je nawet weryfikacji biegłych, ale sposób ich oceny prowadził z góry do umniejszania subiektywnych odczuć dziecka i lekceważenia przedstawianych przez niego argumentów, skutkując w istocie iluzorycznością jego prawa do bycia podmiotem, a nie przedmiotem postępowania. Zgodnie bowiem z omawianym podejściem w przypadku uznania, że na poglądy dziecka jakikolwiek wpływ miał rodzic uprowadzający lub osoby, pod których opieką przebywa małoletni w kraju schronienia, wola dziecka jest z góry odrzucana. Stanowisko takie jest stosunkowo często spotykane w orzecznictwie. W sprawie *B. v. G.*²³ sąd przyjął powyższą koncepcję, wskazując, że fakt uprowadzenia dziecka do Izraela doprowadził do powstania u małoletniego zespołu alienacji rodzicielskiej, a wyrażane przez niego opinie nie są jego subiektywnymi odczuciami, ale efektem działań matki. W konsekwencji sąd nie przyjął sprzeciwu chłopca, choć w kraju powrotu (Belgia) nie miał żadnych innych powiązań poza ojcem, z którym, jak wynika z okoliczności sprawy, miał negatywne doświadczenia. Co więcej, powrót do Belgii wiązał się dla dziecka nie tylko z koniecznością ponownej zmiany otoczenia, ale także sposobu życia, bowiem pozostając pod opieką matki prowadziło ono życie i edukację według ortodoksyjnych żydowskich zasad.

Omówione spojrzenie na kwestię wpływu rodzica sprawującego opiekę nad dzieckiem na opinie małoletniego nie jest jednak jedynym, jakie pojawia się w orzecznictwie. Wydaje się, że bardziej trafne, choć nie dominujące, jest podejście obligujące sąd do rozważania, czy wpływ jaki na małoletniego wywiera rodzic uprowadzający przez sam fakt sprawowania bieżącej opieki osłabia niezależność sprzeciwu dziecka. Niewątpliwie standardem powinno być takie rozumowanie nie tylko w sprawach prowadzonych na podstawie Konwencji haskiej, ale generalnie w sprawach opiekuńczych odrzucających możliwość czynienia rodzicowi zarzutów z tego względu, że sprawuje on opiekę nad dzieckiem²⁴. Dlatego też zasadne jest wymaganie od sądów, aby prowadziły postępowanie dowodowe w sposób, jaki pozwoli na oddzielenie własnej woli dziecka od woli rodzica, pod którego opieką

²¹ *Winters v. Cowen* (2002) NZFLR 927, <https://www.incatat.com/en/case/473> (dostęp: 3.03.2021 r.) oraz *Escaf v. Rodriguez*, 02–1487 (4th Cir. 2002), <https://www.courtlistener.com/opinion/1009247/escaf-v-rodriguez/> (dostęp: 3.03.2021 r.).

²² *Giampaolo vs Erneta* 390 F Supp 2d 1269 (2004), <https://www.courtlistener.com/opinion/2580152/giampaolo-v-erneta/> (dostęp: 9.04.2021 r.).

²³ *B. v. G.* (Izrael), <https://www.incatat.com/en/case/923> (dostęp: 3.03.2021 r.).

²⁴ *Por. Robinson v. Robinson*, 983 F. Supp. 1339 (D. Colo. 1997), <https://www.incatat.com/en/case/128> (dostęp: 3.03.2021 r.).

pozostaje²⁵. W tym celu niezbędne będzie poczynienie ustaleń na temat faktycznej postawy rodzica sprawującego opiekę względem dziecka, ustalenie, czy nie nastawia on dziecka negatywnie przeciwko drugiemu opiekunowi lub krajowi pochodzenia. Przykładowo można się odwołać ponownie do sprawy *Robinson v. Robinson*, w której sąd doszedł do przekonania, że podawany przez małoletniego powód zgłoszenia sprzeciwu nie jest wiarygodny, ponieważ małoletni wskazywał jedynie na fakt aklimatyzacji w Stanach Zjednoczonych, a sposób jego wypowiedzi dowodził, iż jest to w istocie pogląd jego ojca²⁶. Z kolei w sprawie *McManus v. McManus*²⁷ sąd analizując sprzeciw dziecka doszedł ostatecznie do wniosku, że brak jest jakichkolwiek oznak wytrenowania zeznań dziecka i na podstawie wyrażonej przez nie opinii oddalił wnioski o nakazanie powrotu małoletniego do kraju pochodzenia. Takie podejście potwierdza, że w przypadku oceny stopnia samodzielności dziecka zgłaszającego sprzeciw niezbędne jest znalezienie odpowiedzi na pytanie, czy wpływ jaki na małoletniego wywiera rodzic sprawujący opiekę jest tak daleko idący, że zaburza prawidłowe postrzeganie przez dziecko własnych pragnień co do miejsca pobytu. Nie ma bowiem wątpliwości, że sprzeczne z interesem małoletnich, a także z ideą art. 13 ust. 2 Konwencji haskiej, jest odgórne założenie, iż sam fakt pozostawania pod opieką rodzica uprowadzającego uniemożliwia małoletniemu wyrażenia w sprawie swojej faktycznej opinii na temat powrotu do kraju pochodzenia. Wciąż otwarte pozostaje jednak pytanie, w jaki sposób odróżnić, czy wpływ jaki rodzic uprowadzający ma na dziecko można uznać za decydujący dla treści składanych przez małoletniego oświadczeń. Nie ma, co prawda, wątpliwości, że niemożliwe do spełnienia jest oczekiwanie stawiane pośrednio przez niektóre sądy, aby dziecko było wolne od jakichkolwiek wpływów pochodzących od rodzica sprawującego opiekę. Doświadczenie życiowe pokazuje, że nawet w przypadku osoby dorosłej fakt przebywania i kontaktu z drugą osobą w pewnym zakresie oddziałuje na nasze zachowanie i podejmowane decyzje. Dzieci bezsprzecznie pozostają natomiast bardziej podatne na wszelkiego rodzaju wpływy i sugestie, ponieważ brak im jeszcze zazwyczaj odpowiedniego doświadczenia i rozeznania przy ocenie zachowania innych osób, zwłaszcza bliskich im dorosłych. Nie ma jednak wątpliwości, że właściwie prowadzone wysłuchanie małoletniego, tj. w maksymalnie komfortowych dla niego warunkach przez orzecznika doświadczonego w kontakcie z małoletnim, być może nawet w obecności biegłego specjalisty, a z pewnością bez obecności rodziców czy opiekunów, pozwala na uzyskania od dziecka wiarygodnych informacji. Przy ich ocenie niezbędne wydaje się natomiast spojrzenie na rozstrzyganą sprawę szeroko, z uwzględnieniem wcześniejszych poglądów i działań dziecka. Ponadto należy zważyć, czy ewentualne wątpliwości i obawy dziecka co do powrotu są uzasadnione. Pomocne w tym celu wydaje się nawiązanie przez sąd osobistego kontaktu z dzieckiem, a nie poprzestawanie jedynie na opinii biegłych specjalistów, których udział w sprawie, jak nadmieniono powyżej, nie zawsze jest konieczny. Sąd poprzez bezpośrednią rozmowę z dzieckiem, w adekwatnych do jego wieku i stopnia dojrzałości

²⁵ Por. postanowienia Sądu Najwyższego: z 19.12.2000 r., III CKN 1254/00, niepubl. oraz z 17.12.2020 r., I CSK 183/20, niepubl.

²⁶ *Robinson v. Robinson*, 983 F. Supp. 1339 (D. Colo. 1997), <https://www.incadat.com/en/case/128> (dostęp: 3.03.2021 r.).

²⁷ *McManus v. McManus*, <https://casetext.com/case/mcmanus-v-mcmanus> (dostęp: 3.03.2021 r.).

warunkach, uzyska najlepsze i najpełniejsze spojrzenie na stopień samodzielności małoletniego i zgodność wyrażanych przez dziecko opinii z jego faktyczną wolą. Na tej podstawie należy natomiast rozstrzygnąć, czy wpływ uprowadzającego może być uznany za niewłaściwy. Pomocne dla ustalenia tej kwestii będzie niewątpliwie znalezienie odpowiedzi na pytanie: czy nawet bez wpływów ze strony uprowadzającego dziecko zgłosiłoby sprzeciw? Trafność tego poglądu potwierdza stan faktyczny sprawy *Hollins v. C.*, w której małoletni na samo wspomnienie przez sąd o powrocie do kraju pochodzenia dostał torsji²⁸, co doprowadziło sąd do oczywistej konstatacji o konieczności oddalenia wniosku o nakazanie powrotu.

5. OCENA PRZESŁANKI WAŻKOŚCI ARGUMENTÓW UZASADNIAJĄCYCH SPRZECIW MAŁOLETNIEGO

Ostatnią przesłanką weryfikowaną przez sądy przy ocenie sposobu zgłoszenia sprzeciwu przez małoletniego, mimo że konieczność jej oceny nie wynika wprost z treści art. 13 ust. 2 Konwencji, jest istotność powodów, które skłoniły je do zajęcia takiego stanowiska wobec wniosku. Podobnie, jak w przypadku omówionych powyżej przesłanek formy, siły i niezależności sprzeciwu, w judykaturze można dostrzec dwa odmienne sposoby oceny tego zagadnienia.

Zwolennicy pierwszego, zdecydowanie bardziej konserwatywnego podejścia, skupiają się na obiektywnej ocenie podanych przez dziecko powodów zgłoszenia sprzeciwu i wymagają, aby były one znaczące, stabilne i odpowiednio uzasadnione. Przykładem sprawy, w której sąd oceniając sprzeciw dziecka skupił się na obiektywnej ocenie podanych przez niego powodów jest sprawa *Ostevoll vs Ostevoll* 2000 WL 1611123²⁹, w której zarówno sprzeciwiająca się wnioskowi matka małoletnich, jak i sami małoletni w wieku 13, 11 i 8 lat wskazywali, że obawiają się powrotu do kraju pochodzenia, ponieważ wnioskujący o to ojciec dzieci stosował wobec nich przemoc fizyczną, psychiczną i werbalną. Ostatecznie wniosek został oddalony z przyczyn proceduralnych, niemniej argumenty podnoszone przez dzieci, szczególnie przez dwójkę najstarszych, które zostały uznane przez biegłego za dostatecznie dojrzałe do wyrażenia swojej opinii w sprawie, są idealnym przykładem, w jaki sposób należy wypełnić obowiązek oparcia sprzeciwu na istotnych powodach w rozumieniu zwolenników konserwatywnego podejścia, którzy nie mają wątpliwości co do tego, że za takie okoliczności należy uznać stosowaną wobec małoletniego przez wnioskodawcę przemoc, uzależnienie od alkoholu czy uprzednie uprowadzenia, które stanowiło przedmiot rozważań w sprawie *BvC NZFLR 433* (2002)³⁰. Małoletni chłopiec został w niej uprowadzony, po rozstaniu rodziców, z Nowej Zelandii do kraju swojego pochodzenia – Wielkiej Brytanii. Po 3 latach zamieszkiwania wraz z matką na terenie Anglii, w 2001 r. odwiedził ojca w Nowej Zelandii w czasie wakacji i odmówił powrotu do Wielkiej Brytanii. Sąd Nowej Zelandii prawomocnie oddalił wniosek matki o nakazanie powrotu dziecka, mając na uwadze jego stanowisko. Trzynastolatek przekonywał, że woli pozostać w Nowej Zelandii wraz z ojcem. Sąd uznał decyzję dziecka nie tylko za dojrzałą, ale i przemyślaną, a mając na uwadze, że do zaistniałej sytuacji doprowadziło w istocie wcześniejsze

²⁸ Por. *Hollins v. C.*, <https://www.incatat.com/en/case/534> (dostęp: 3.03.2021 r.).

²⁹ *Ostevoll vs Ostevoll* 2000 WL 1611123, <https://www.incatat.com/en/case/1145> (dostęp: 9.04.2021 r.).

³⁰ *BvC NZFLR 433* (2002), <https://assets.hcch.net/incadat/fullcase/0532.htm> (dostęp: 9.04.2021 r.).

uprowadzenie dziecka przez matkę, przyjął, iż z uwagi na sprzeciw chłopca wniosek o nakazanie powrotu nie zasługuje na uwzględnienie.

Inną okolicznością, która w ocenie sądów może uzasadniać sprzeciw dziecka jest znacząca różnica jakości życia w obu krajach. Z takim stanem faktycznym spotykamy się w sprawie *Castillo v. Castillo* 597 F. Supp. 2d 432 (D. Del. 2009)³¹, w której małoletnia (11-latka) sprzeciwiła się powrotowi do Kolumbii, wskazując na fatalne warunki życia, brak pomocy w nauce, brak opieki i przyjaciół, a także niebezpieczne warunki panujące w kraju, które w istotny sposób wpływały na możliwość swobodnego przemieszczania się. Zestawiając opisywane okoliczności z warunkami panującymi w Stanach Zjednoczonych małoletnia zdaniem sądu słusznie doszła do przekonania, że powrót do Kolumbii nie leży w jej interesie i zgłosiła sprzeciw wobec wniosku o nakazanie jej powrotu.

Dokonujące oceny sprzeciwu dziecka przez pryzmat istotności powoływanych przez niego powodów, sądy wskazują, że za taki nie można uznać samego faktu, iż kolejna przeprowadzka niesie ze sobą pewne komplikacje i niewygodę. Na stanowisku takim stanął m.in. sąd w sprawie *Zaffino v. Zaffino* [2005] EWCA Civ 1012³². nie uwzględniając w konsekwencji sprzeciwu dwójki najstarszych dzieci (z czwórki uprowadzonych małoletnich), choć jednocześnie przyjął, że były one dostatecznie dojrzałe, aby wyrazić swoje poglądy. W tej samej sprawie sąd odwołał się do tzw. możliwości neutralizujących przyczyny zgłoszonego sprzeciwu wskazując, że sądy kanadyjskie są w stanie chronić małoletnią przed ewentualnym znęcaniem się ze strony ojca, dlatego nie podzieliły jej obaw i uznały, że strach przez znęcaniem ze strony rodzica nie może uzasadniać sprzeciwu³³. Wydaje się, że tak surowa ocena stanowiska małoletniego, jak w ostatniej przywołanej sprawie, charakteryzuje się przede wszystkim daleko posuniętym brakiem empatii ze strony sądu orzekającego i nie zasługuje na aprobatę. Trudno bowiem wymagać od dziecka, aby mierzyło się z problem potencjalnej przemocy poprzez poszukiwanie pomocy w instytucjach wymiaru sprawiedliwości, szczególnie, jeśli uprzednio, tj. w sprawie o nakazanie powrotu, spotyka się z tak przedmiotowym traktowaniem ze strony sądu.

Sprawa *Marshall v. Marshall* 1996 SLT 429 stanowi z kolei przykład bezzasadnego pomijania stanowiska dziecka i bagatelizowania opisywanego przez niego problemu. Zignorowano w niej stanowisko 14-letniej dziewczyny, która chciała pozostać w Szkocji z ojcem, ponieważ nie tolerowała nowego związku matki, nadużywającej wraz z nowym partnerem alkoholu. Sąd opierając się na zeznaniach świadków doszedł do przekonania, że opisywany przez małoletnią problem jest wyolbrzymiany, a podawane przez nią argumenty nie zasługują na uwzględnienie, choć była ona dość dojrzała, aby wyrazić swój pogląd w sprawie. Na ocenę sądu nie wpłynął fakt, że małoletnia nie została uprowadzona przez ojca, ale uciekła z domu poszukując pomocy u ojca.

Sytuacje takie jak zaistniałe w powołanych sprawach nie są odosobnione i bez wątpienia należy je uznać za skrajnie niewłaściwe. Analiza orzeczeń wydanych w zgodzie z tym poglądem prowadzi nierzadko do wniosku, że małoletni są w nich traktowani

³¹ *Castillo v. Castillo* 597 F. Supp. 2d 432 (D. Del. 2009), https://www.courtlistener.com/opinion/2447458/castillo-v-castillo/?q=Castillo&type=o&order_by=score%20desc&case_name=%22Castillo%20v%20Castillo%22&stat_Precedential=on (dostęp: 12.04.2021 r.).

³² *Zaffino v. Zaffino* [2005] EWCA Civ 1012, <https://www.incadat.com/en/case/813> (dostęp: 12.04.2021 r.).

³³ Por. R. Schuz, *The Hague Child...*, s. 335.

nie jako podmiot, ale jako przedmiot postępowania. Sądy nie starają się bowiem rozważyć, co kierowało dzieckiem, które zdecydowało się zgłosić swój sprzeciw w sprawie, ale oceniają jedynie, czy powód ten rozważany obiektywnie może stanowić podstawę sprzeciwu. Tymczasem wydaje się, że w sprawach tak ważnych i delikatnych jak sprawy z zakresu prawa rodzinnego każdy podawany przez małoletniego powód wystąpienia ze sprzeciwem wobec wniosku o nakazanie powrotu powinien być rozważony indywidualnie, z uwzględnieniem punktu widzenia małoletniego i uznany co najmniej za konieczny do zbadania. Sąd powinien mieć zawsze na uwadze, że zazwyczaj już sam fakt, iż dziecko decyduje się otwarcie sprzeciwić woli jednego z rodziców może świadczyć o istotności podawanego przez niego powodu, niezależnie od jego obiektywnej oceny. Należy bowiem mieć na uwadze, że każdy, w tym również małoletni, mają nie tylko pewne subiektywne doświadczenia, które wpływają na podejmowane przez nich decyzje, ale także odmienny stopień wrażliwości. Dlatego też okoliczności, które oceniane obiektywnie wydają się nieistotne, przy uwzględnieniu dotychczasowych przeżyć małoletniego mogą się stać realnym problemem świadczącym o potrzebie uwzględnienia jego stanowiska w sprawie.

Zwolennicy odmiennego od omówionego powyżej podejścia do oceny kwestii istotności zgłoszonego przez dziecko sprzeciwu zmierzają, słusznie, do faktycznego upodmiotowienia dziecka w postępowaniu. Dlatego też, jeśli decydują się na oddalenie zgłaszanego przez niego sprzeciwu, to nie dlatego, że powoływane przez dziecko argumenty wydają się sądowi mało znaczące, nieważne czy wyolbrzymione, ale dlatego, iż ich zestawienie ze stanem faktycznym sprawy prowadzi do wniosku, że argumenty te nie znajdują odzwierciedlenia w rzeczywistości lub/i nie mogą wydawać się dziecku rzeczywiście ważne, np. z uwagi na wspomniane powyżej jego subiektywne doświadczenia. Innymi słowy, sądy przychylając się do takiego sposobu oceny zgłoszonego przez małoletniego sprzeciwu starają się spojrzeć na powoływane przez dziecko argumenty z punktu widzenia małoletniego, przy uwzględnieniu towarzyszących mu emocji i doświadczeń. Sytuacja taka miała miejsce w sprawie *L.J.G. v. R.T.P.* [2006] NZFLR 589³⁴, w której sąd choć nie uwzględnił sprzeciwu jednego z dwójki uprowadzonego rodzeństwa, to jednak wskazał, że podawane przez niego powody nie są na tyle istotne, aby mogły przemówić za koniecznością odejścia od ogólnych założeń Konwencji haskiej, a przede wszystkim, aby mogły uzasadniać rozdzielenie rodzeństwa (siostra małoletniego nie sprzeciwiała się wnioskowi).

6. WNIOSKI

Przeprowadzona analiza orzecznictwa sądów powstałego na tle art. 13 ust. 2 Konwencji haskiej jednoznacznie dowodzi, że wbrew literalnemu brzmieniu powołanego przepisu wiek i stopień dojrzałości dziecka nie są jedynymi przesłankami ocenianymi przez sąd w przypadku zgłoszenia przez małoletniego sprzeciwu co do wniosku. Co więcej, nierzadko zdarza się, że to właśnie okoliczności takie jak forma zgłoszenia sprzeciwu, jego siła, niezależność, waga podanych przez dziecko powodów uzasadniających sprzeciw będą miały decydujące znaczenia przy jego ocenie. Przeanalizowane orzeczenia potwierdzają, że w wielu sprawach sąd odmawiał uwzględnienia sprzeciwu

³⁴ *L.J.G. v. R.T.P.* [2006] NZFLR 589, <https://www.incatat.com/en/case/1123> (dostęp: 12.04.2021 r.).

mimo uznania, iż małoletni był dostatecznie dojrzały do jego wyrażenia. Dlatego też wydaje się, że w wielu przypadkach sądy zbyt dosłownie trzymają się ogólnych założeń Konwencji, nie biorąc pod uwagę, że powstała ona ponad 40 lat temu, a zatem w czasach, gdy nie dostrzegano jeszcze konieczności upodmiotowienia dziecka w postępowaniach, które dotyczą jego osoby. W konsekwencji małoletni nadal są niesłusznie traktowani jako przedmiot, a nie podmiot postępowania co prowadzi do niezasadnego bagatelizowania wyrażanych przez nich poglądów co do wniosku. Należy zauważyć, że prawo do bycia wysłuchanym przyznała małoletniemu dopiero Konwencja z 1989 r. (art. 12 i 13). Prawo to zostało następnie doprecyzowane w Europejskiej konwencji o wykonywaniu praw dziecka z 1996 r.³⁵, stanowiącej bezpośrednią konsekwencję treści rekomendacji Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy nr 1121 z 1990 r., w której wskazano, że dzieci posiadają prawa, które mogą wykonywać samodzielnie, nawet wbrew woli osób dorosłych. Zgodnie natomiast z art. 6 Konwencji w sprawach dotyczących dzieci, tj. postępowaniach w sprawach rodzinnych, zwłaszcza dotyczących wykonywania władzy rodzicielskiej, miejsca pobytu dziecka i prawa do kontaktów z nim (art. 1 ust. 3 Konwencji), sąd w procesie decyzyjnym powinien wziąć pod uwagę ich stanowisko, jeśli są zdolne do wyrażania swoich opinii, które można uzyskać od dziecka także w sposób nieformalny. Jednocześnie sąd powinien się upewnić, że małoletni, który według przepisów prawa wewnętrznego posiada dostateczne rozeznanie, uzyskał wszelkie niezbędne informacje i miał możliwość do zajęcia stanowiska w sprawie, które nie powinno być przez sąd ignorowane. Przepisy prawa międzynarodowego, w tym Konwencja haska, nie określają jednak żadnych dodatkowych warunków, jakie powinny być wzięte przez sąd pod uwagę, poza przesłanką wieku i stopnia dojrzałości osoby małoletniej przy ocenie jego poglądów. Mając na uwadze, że odebranie stanowiska dziecka będzie miało miejsce zazwyczaj w formie jego wysłuchania przez sąd należałoby odnieść się do tej instytucji prawa cywilnego procesowego, którą przedstawiciele doktryny na gruncie prawa polskiego uznają za czynność procesową o wyjątkowym charakterze³⁶. Prowadzi ona bowiem w istocie do przyznania małoletniemu podmiotowości procesowej, bez przyznawania mu zdolności procesowej. Tym samym może być uznana za rodzaj środka dowodowego bądź też może być zrównoważona z należnym każdej stronie i uczestnikowi postępowania prawem do przedstawienia poglądu w sprawie³⁷. Niezależnie od sposobu kwalifikacji samej instytucji wysłuchania małoletniego, czy też jej odpowiednika w obcych systemach prawnych, odnosząc się do samego celu art. 13 ust. 2 Konwencji, przy uwzględnieniu współczesnego dorobku prawa międzynarodowego oraz praw krajowych, należy podkreślić, że jest nim umożliwienie dziecku zajęcia stanowiska w sprawie i wywarcie realnego wpływu na ostateczny kształt orzeczenia sądu bądź to poprzez jego wysłuchanie, bądź przez umożliwienie mu zajęcia stanowiska co do wniosku w inny, adekwatny sposób. Dlatego też za niepożądane trzeba uznać sytuacje, w których sądy deprecjonują wyrażane przez małoletniego stanowisko, nie uwzględniając przy przeprowadzanej ocenie indywidualnych doświadczeń małoletniego oraz nie doceniając jak wielkim wysiłkiem dla dziecka jest jawne sprzeciwienie się woli jednego z rodziców.

³⁵ Europejska Konwencja o wykonywaniu praw dziecka, sporządzona w Strasburgu 25.01.1996 r. (Dz.U. z 2000 r. Nr 107, poz. 1128).

³⁶ K. Weitz, Art. 216¹ [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. II. *Postępowanie rozpoznawcze*, red. T. Ereciński LEX/el. 2016, nb 3 (dostęp: 12.04.2021 r.).

³⁷ M.M. Cieśliński, *Wysłuchanie dziecka w procesie cywilnym (art. 216¹ k.p.c.)*, „Przegląd Sądowy” 2012/ 6, s. 64.

Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, dostrzegając konieczność uwzględnienia w postępowaniu podmiotowości dziecka, że małoletni może wyrazić sprzeciw co do wniosku o nakazanie jego powrotu w dowolny sposób. Niezasadne wydają się wymagania co do formy negatywnej, tj. niechęci do powrotu. Niezbędne jest jednak, aby wyrażony przez dziecko sprzeciw nie był inspirowany sugestiami osoby uprowadzającej ani innej osoby trzeciej, która w sposób nieuprawniony może się starać manipulować dzieckiem³⁸. Prezentowane przez małoletniego stanowisko, oprócz tego, że może być wyrażone w dowolny sposób i powinno być zgodne z jego własnymi przekonaniami, wymaga także odpowiedniego uzasadnienia ze strony małoletniego, tj. adekwatnego dla jego wieku i cech indywidualnych, które sąd jest zobowiązany rozważyć w każdej sprawie osobno. Ponadto argumenty podnoszone przez małoletniego powinny być osadzone w okolicznościach, które istotnie mają miejsce w rzeczywistości lub też są uzasadnione z punktu widzenia dziecka i jego subiektywnych doświadczeń. Wskazane wymagania są jedynymi, jakie sądy mogą stawiać przed małoletnim – podmiotem, a nie przedmiotem postępowania – zgłaszającym sprzeciw co do wniosku.

Summary

Sławomira Kotas-Turoboyska, *Evaluation of a Child's Objection Expressed under Article 13(2) of the Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction in the Light of Case Law*

The subject of this paper is the way in which the courts assess a minor's objection to a request for ordering his/her return, expressed on the basis of Article 13(2) of the Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction. The author has found it relevant to deal with the titular issue, bearing in mind the importance and topicality of the problem. Despite the fact that the contents of Article 13(2) of the Hague Convention could suggest that the court, when assessing the child's objections, considers only the question of his/her age and degree of maturity, the practice shows that many more demands are placed on the child, sometimes contradicting the general desire to empower the child in all proceedings concerning himself/herself. In order to illustrate this problem, the author analyses Article 13(2) of the Convention and selected court decisions based on this provision. On this basis, she specifies the factors evaluated by the courts if a child files an objection. The author distinguishes four categories of factors that are assessed by the court when a child objects, i.e. the form of the objection, the significance of the reasons given by the child to justify the objection, the independence of the child in making the decision to object, and the firmness of his/her views. Discussing the factors mentioned in the paper, the author expresses her conviction that courts often unreasonably, i.e. despite lack of support in the relevant provisions of law, set requirements that are almost impossible for a child to meet. Bearing this in mind, the author points out that the postulate of empowering children in civil proceedings will only be realizable if the courts enable them to oppose the petition in any way, but in accordance with their own convictions. Moreover, it seems reasonable to require that the child justify his/her standpoint in a manner adequate to his/her age, degree of maturity, and individual features, using arguments grounded in reality or justified from the point of view

³⁸ Dokonując oceny w tym kontekście, sąd jest zobowiązany zweryfikować, czy wpływ, jaki bez wątpienia osoba uprowadzająca na dziecko wywiera, mógł zniekształcić prezentowane przez małoletniego stanowisko w taki sposób, że obecnie nie jest ono już w stanie wyrazić swoich faktycznych życzeń i poglądów. Dokonując tej oceny, sąd może się opierać na własnym doświadczeniu, bez potrzeby zasięgania do opinii biegłych specjalistów. Należy ubocznie zaznaczyć, że powyższa interpretacja jest spójna z wytycznymi, jakimi powinny się kierować organy orzekające przy ocenie zeznań osób małoletnich.

of the child and his/her subjective experiences. The author considers imposing any further requirements on the child to be unjustified and contrary to the best interests of the child in the broadest sense, as well as to the very idea of the Hague Convention.

Keywords: *minor, child, Hague Convention, civil procedure*

Streszczenie

Sławomira Kotas-Turoboyska, Kryteria oceny sprzeciwu dziecka wyrażonego na podstawie art. 13 ust. 2 Konwencji dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę w świetle wybranego orzecznictwa sądów

Przedmiotem rozważań w niniejszym opracowaniu jest problem sposobu oceny przez sądy sprzeciwu osoby małoletniej wobec wniosku o nakazanie jej powrotu wyrażonego na podstawie art. 13 ust. 2 Konwencji dotyczącej cywilnych aspektach uprowadzenia dziecka za granicę. Autorka uznała za zasadne zajęcie się tytułowym zagadnieniem mając na uwadze istotność i aktualność problemu. Mimo bowiem, że treść art. 13 ust. 2 Konwencji haskiej mogłaby sugerować, iż sąd, oceniając sprzeciw małoletniego, rozważa wyłącznie kwestię jego wieku oraz stopnia dojrzałości, to jednak praktyka pokazuje, że przed małoletnim stawia się o wiele więcej wymagań pozostających niekiedy w sprzeczności z powszechnym dążeniem do upodmiotowienia dziecka we wszelkich postępowaniach, które dotyczą jego osoby. W celu zobrazowania tego problemu, autorka dokonała analizy art. 13 ust. 2 Konwencji oraz wybranych orzeczeń sądów zapadłych na podstawie wskazanego przepisu. Na tej podstawie określiła przesłanki oceniane przez sądy w przypadku zgłoszenia przez dziecko sprzeciwu. Wyróżniła cztery kategorie przesłanek, które podlegają ocenie przez sąd w przypadku zgłoszenia przez małoletniego sprzeciwu, tj.: formę zgłoszenia sprzeciwu, istotność powodów podawanych przez dziecko dla uzasadnienia sprzeciwu, niezależność dziecka przy podejmowaniu decyzji o zgłoszeniu sprzeciwu oraz stanowczość jego poglądów. Omawiając w pracy wskazane przesłanki, autorka doszła do przekonania, że sądy często bezzasadnie, tj. mimo braku oparcia na stosownych przepisach prawa, stawiają przed małoletnimi wymagania wręcz niemożliwe do spełnienia. Mając to na uwadze, autorka wskazała, że postulat upodmiotowienia dziecka w postępowaniu cywilnym będzie możliwy do zrealizowania tylko wówczas, gdy sądy umożliwią małoletnim wyrażanie sprzeciwu co do wniosku w dowolny sposób, ale zgodny z własnymi przekonaniem. Ponadto zasadne wydaje się wymaganie, aby małoletni uargumentował swoje stanowisko w sposób adekwatny do jego wieku, stopnia dojrzałości i cech indywidualnych, z przywołaniem argumentów osadzonych w rzeczywistości lub też uzasadnionych z punktu widzenia dziecka i jego subiektywnych doświadczeń. Stawianie dziecku jakichkolwiek dalszych wymagań autorka uznała za nieuprawnione i sprzeczne z szeroko pojętym dobrem dziecka, a także z samą ideą Konwencji haskiej.

Słowa kluczowe: *małoletni, dziecko, Konwencja haska, postępowania cywilne*

Literatura:

1. Cieśliński M.M., Wysłuchanie dziecka w procesie cywilnym (art. 216¹ k.p.c.), Przegląd Sądowy 2012, nr 6.
2. Ereciński T. [red.] Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, t. II. Postępowanie rozpoznawcze, LEX/el. 2016.
3. Kuziak L., Konwencja haska dotycząca cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę i postępowanie w sprawach o powrót dziecka, Rodzina i Prawo 2007, nr 2.
4. Schuz R., *The Hague Child Abduction convention: A critical Analysis*, Oksford 2013.
5. Świerczyński T., Podstawowe zagadnienia Konwencji haskiej o cywilnych aspektach uprowadzenia dziecka za granicę, Transformacje Prawa Prywatnego 2000, nr 1–2.
6. Wierciński J., Miejsce stałego pobytu dziecka. Cywilnoprawne aspekty uprowadzenia dziecka za granicę, Forum Prawnicze 2020, nr 5.

Jędrzej Maksymilian Kondek*

Naprawienie szkody z art. 446 § 3 Kodeksu cywilnego wyrządzonej w wypadkach komunikacyjnych w świetle badań aktowych**

1. UWAGI OGÓLNE

Niniejsze opracowanie przedstawia rezultaty badania aktowego przeprowadzonego w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości (IWS), a dotyczącego naprawienia szkody i krzywdy w wypadkach komunikacyjnych. Badaniu poddano 922 sprawy zakończone w 2015 r., których przedmiotem było naprawienie szkody na osobie, szkody na mieniu, szkody, o której mowa w art. 446 § 3 Kodeksu cywilnego¹ oraz krzywdy powstałych na skutek wypadku komunikacyjnego. W opracowaniu zaprezentowano wynik badania dotyczącego dochodzenia roszczenia, o którym mowa w art. 446 § 3 k.c. Spraw tych było 72 i jeśli nie zaznaczono inaczej, ta właśnie liczba przy przedstawianiu wyników procentowych traktowana jest jako 100%.

Układ opracowania odzwierciedla sam proces dochodzenia roszczenia. Najpierw przeanalizowano kwestie dotyczące osoby poszkodowanego. Następnie przedstawiono postępowanie likwidacyjne przeprowadzane przez ubezpieczyciela. Potem zaprezentowano postępowanie przed sądem I instancji, skupiając się na zarzutach pozwanego i rozstrzygnięciu sporu. Na zakończenie przedstawiono postępowanie apelacyjne.

2. CHARAKTER PRAWNY ROSZCZENIA Z ART. 446 § 3 K.C.

Charakter prawny roszczenia z art. 446 § 3 k.c. jest sporny. Co prawda, uznaje się powszechnie, że jego celem jest naprawienie szkody majątkowej, a nie krzywdy, to jednak w praktyce kwestie te się zacierają. Chociaż bowiem podstawą przyznania odszkodowania jest pogorszenie się sytuacji życiowej, czyli nie tylko aktualnej sytuacji materialnej, lecz także perspektyw jej polepszenia (co sugeruje odwołanie się do kryteriów majątkowych), to jednak w pojęciu tym „mieszcza się niejednokrotnie

* Dr Jędrzej M. Kondek jest w adiunktem w Szkole Wyższej Wymiaru Sprawiedliwości, sędzią Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy w Warszawie, Polska, ORCID: 0000-0001-6663-9411, e-mail: jedrzej.kondek@swws.edu.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 20.09.2021 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 6.10.2021 r.

¹ Tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 – dalej k.c.

trudne do uchwycenia uszczerbki natury niemajątkowej”². Chodzi zatem także o zmianę w sferze dóbr niematerialnych poszkodowanego, jeśli wpływa ona na jego sytuację majątkową³. Różnica polega na tym, że przedmiotem oceny w celu ustalenia należnego świadczenia powinien być nie ból czy cierpienie, lecz zmiana sytuacji materialnej osób bliskich zmarłemu⁴.

W praktyce jednak, zwłaszcza przed wejściem w życie art. 446 § 4 k.c., roszczenia z paragrafu 3 tego artykułu traktowano w orzecznictwie i doktrynie niejednokrotnie bardzo szeroko⁵. Często w ramach roszczenia o wypłatę odszkodowania z art. 446 § 3 k.c. mieściło się w istocie żądanie naprawienia krzywdy wynikającej ze śmierci osoby najbliższej⁶. Wskazywano, że pogorszeniem sytuacji życiowej jest „wstrząs psychiczny na skutek śmierci osoby najbliższej”⁷, a zatem uszczerbek *par excellance* niemajątkowy. Artykuł 446 § 3 k.c. stanowił bowiem swoisty kompromis „między tezą o niedopuszczalności wynagrodzenia uszczerbku niemajątkowego wywołanego śmiercią osoby bliskiej a postulatem ochrony interesów najbliższych członków rodziny zmarłego na skutek czynu niedozwolonego”⁸. Owo przemieszczenie się funkcji kompensacji szkody majątkowej i naprawienia krzywdy było wyraźnie widoczne w wyroku z 8.05.1969 r., I CR 114/69⁹, w którym Sąd Najwyższy uznał, że wyrażany na gruncie art. 166 Kodeksu zobowiązań¹⁰ pogląd o tym, iż należy uwzględniać wpływ cierpień psychicznych na wydajność pracy i zarobki pozostaje aktualny na gruncie art. 446 § 3 k.c., pomijając istotne różnice pomiędzy brzmieniem obu tych przepisów¹¹. W wyroku tym *expressis verbis* stwierdzono, że dla przyznania przewidzianego w tym przepisie odszkodowania „rozmiar doznanego wstrząsu psychicznego lub innych niekorzystnych zmian w stanie zdrowia powinny być tego rodzaju, aby uzasadniały przyjęcie znacznego pogorszenia sytuacji życiowej”. W innym natomiast orzeczeniu SN stwierdził, że: „przewidziane w art. 446 § 3 k.c. odszkodowanie obejmuje tylko szkody, które nie dają się sprecyzować i określić w konkretnych wartościach pieniężnych”, choć z drugiej strony zastrzegł, iż „pogorszenie dotyczy materialnych warunków a nie polega wyłącznie na cierpieniach moralnych będących następstwem śmierci poszkodowanego. Nie oznacza to, że cierpienia moralne nie mają żadnego znaczenia i wpływu na ocenę pogorszenia sytuacji życiowej w rozumieniu art. 446 § 3 k.c.”¹².

² M. Wałachowska, *Glosa do wyroku SN z dnia 14 marca 2007 r.*, I CSK 465/06, OSP 2008/11, poz. 123; por. też wyrok Sądu Najwyższego (dalej SN) z 20.08.2015 r., II CSK 594/14, LEX nr 1801545.

³ Wyrok SN z 30.06.2004 r., IV CK 445/03, LEX nr 173555.

⁴ Por. Ł. Palka, *Glosa do wyroku SN z dnia 20 sierpnia 2015 r.*, II CSK 594/14, LEX/el. 2016.

⁵ Zwraca na to uwagę M. Wałachowska, *Wynagrodzenie szkód deliktowych doznanych przez pośrednio poszkodowanych*, Warszawa 2014, rozdz. VII, pkt 2. Por. też M. Łolik, *Nowelizacja kodeksu cywilnego w zakresie możliwości przyznania zadośćuczynienia za śmierć osoby bliskiej*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2008/9, s. 13 i wskazana tam literatura.

⁶ M. Karolak, *Zadośćuczynienie za śmierć osoby bliskiej*, „Forum Prawnicze” 2019/5, s. 32.

⁷ J. Gudowski, G. Bieniek [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. III. *Zobowiązania. Część ogólna*, T. Bielska-Sobkiewicz, H. Cieplą, M. Sychowicz, R. Trzaskowski, T. Wiśniewski, C. Zuławska, J. Gudowski, G. Bieniek, wyd. II, Warszawa 2018, art. 446, pkt 36.

⁸ M. Wałachowska, *Wynagrodzenie szkód deliktowych...*, rozdz. VII, pkt 3.

⁹ OSNCP 1970/7–8, poz. 129.

¹⁰ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 27.10.1933 r. – Kodeks zobowiązań (Dz.U. Nr 82, poz. 598 ze zm.) – dalej k.z.

¹¹ Art. 166 k.z. przewidywał możliwość zasądzenia na rzecz najbliższych członków rodziny sumy pieniężnej, „jako zadośćuczynienie za doznaną przez nich krzywdę moralną”. W istocie odpowiada on dyspozycji art. 446 § 4 k.c., który jednak nie znalazł się w pierwotnym brzmieniu Kodeksu cywilnego, ani w treści art. 446 § 3 k.c.

¹² Wyrok SN z 8.07.1974 r., I CR 361/74, OSPIKA 1975/9, poz. 204.

Podobnie o zacierającej się różnicy między szkodą majątkową a niemajątkową, jako przedmiocie kompensacji przewidzianej w art. 446 § 3 k.c., świadczy pogląd wyrażony przez SN w wyroku z 28.07.1976 r., IV CR 271/76, zgodnie z którym „przez sytuację życiową, w rozumieniu art. 446 § 3 k.c. należy rozumieć ogół czynników składających się na położenie życiowe jednostki, także trudno wymierzalne wartości ekonomiczne”¹³. Tego rodzaju zapatrywania nie zmieniły się w późniejszym okresie, czego dowodem jest ich potwierdzenie wyrażone przez Sąd Najwyższy w wyroku z 15.10.2002 r., II CKN 985/00, w którym wskazano, że: „wprawdzie cierpienia psychiczne same przez się nie podlegają uwzględnieniu w ramach odszkodowania z art. 446 § 3 k.c., to jednak – gdy wywołują one skutek w postaci osłabienia aktywności życiowej poszkodowanego, co w konsekwencji może powodować znaczne pogorszenie sytuacji życiowej – mają wpływ na określenie wysokości tego odszkodowania”¹⁴. Pogląd ten można uznać za reprezentatywny w orzecznictwie¹⁵.

To wszystko powodowało, że roszczenie to przestawało być niejednokrotnie roszczeniem o naprawienie szkody majątkowej, lecz stawało się roszczeniem o naprawienie szkody niemajątkowej¹⁶. Wykładnię zmierzającą do ograniczenia zakresu kompensacji na podstawie art. 446 § 3 k.c. wyłącznie do sfery majątkowej uznawano za „społecznie nieakceptowaną”¹⁷. Trudność w rozgraniczeniu uszczerbków majątkowych i uszczerbków niemajątkowych na gruncie art. 446 § 3 k.c. dobrze pokazuje stwierdzenie, że niejednokrotnie „szkody te, jakkolwiek w swej istocie są szkodami niematerialnymi, to jednak w pewnym stopniu są szkodami materialnymi”¹⁸. Dopiero wejście w życie art. 446 § 4 k.c. spowodowało rozwinięcie się tendencji do wąskiego rozumienia zakresu art. 446 § 3 k.c. i do przyjęcia, że kompensację krzywdy wynikającej ze śmierci osoby bliskiej reguluje art. 446 § 4 k.c.¹⁹ Nie zmienia to jednak faktu, że roszczenia, które mogą być dochodzone na podstawie art. 446 § 3 k.c., choć mające charakter majątkowy są trudno wymierne, co istotnie utrudnia ich udowodnienie w ewentualnym procesie²⁰. Tym samym więc pojawienie się samodzielnej podstawy do dochodzenia naprawienia takich krzywd, jaką jest norma z art. 446 § 4 k.c., powinno powodować spadek liczby roszczeń opartych na art. 446 § 3 k.c. i ograniczenie zakresu stosowania tego przepisu do naprawienia szkody o charakterze majątkowym. Brak jest jednak materiału porównawczego w postaci wcześniejszych opracowań statystycznych, by tezę tę potwierdzić. W istocie natomiast, co zostanie jeszcze omówione w dalszej

¹³ Legalis nr 19552.

¹⁴ Legalis nr 56916.

¹⁵ Przeglądu orzecznictwa w tym zakresie dokonał K. Mularski w: M. Gutowski [red.] *Kodeks cywilny*, t. 2, *Komentarz*. Art. 353–626, Warszawa 2019, art. 446 k.c., nb 12.

¹⁶ P. Sobolewski [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3 A, *Zobowiązania. Część ogólna*, red. K. Osajda, Warszawa 2017, art. 446 k.c., nt 40. Por. też uwagi K. Mularskiego w: M. Gutowski [red.], *Kodeks...*, t. 2, art. 446 k.c., nb 13, który wskazuje, że wprowadzenie art. 446 § 4 k.c. nie musi powodować zmiany wykładni paragrafu 3 tego artykułu. Wydaje się, że podobny pogląd wyraził SN w uzasadnieniu wyroku z 11.05.2011 r., I CSK 621/10, Legalis nr 385415.

¹⁷ A. Olejniczak [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. III, *Zobowiązania – część ogólna*, red. A. Kidyba, wyd. II, Warszawa 2014, art. 446, pkt 16.

¹⁸ J. Gudowski, G. Bieniek [w:] *Kodeks...*, t. III, art. 446, pkt 38.

¹⁹ Por. np. P. Sobolewski [w:] *Kodeks...*, t. 3 A, art. 446 k.c., nt 39–40. Z orzecznictwa zob. np. wyrok Sądu Apelacyjnego (dalej SA) w Łodzi z 14.04.2010 r., I ACa 178/10, „Orzecznictwo Sądu Apelacyjnego w Łodzi” 2010/3, poz. 24; wyrok SA w Białymstoku z 7.03.2012 r., I ACa 774/11, „Orzecznictwo Sądu Apelacyjnego w Białymstoku” 2012/1, s. 10.

²⁰ Por. P. Machnikowski, A. Śmieja [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 6, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. A. Olejniczak, Warszawa 2014, s. 766.

części opracowania, w większości przypadków roszczenia z art. 446 § 3 k.c. były dochodzone łącznie z roszczeniem o zadośćuczynienie za krzywdę i opierały się na tych samych podstawach faktycznych. Należy jednak zauważyć, że pozew zawierał uzasadnienie dochodzonej z tego tytułu kwoty odszkodowania wskazując – przynajmniej w formie przybliżonej – na poniesioną szkodę majątkową (zazwyczaj były to koszty leczenia psychiatrycznego lub psychologicznego i inne szkody związane z koniecznością takiego leczenia). Można zatem przyjąć, że art. 446 § 3 k.c. reguluje obecnie naprawienie materialnych skutków odniesienia przez dany podmiot szkody niemajątkowej (krzywdy). W tym ujęciu byłby to więc przykład naprawienia szkody pośredniej.

3. UWAGI WPROWADZAJĄCE DO WYNIKÓW BADANIA

W toku badania okazało się, że sprawy o roszczenie z art. 446 § 3 k.c. nie mają charakteru masowego. Przeciwnie, stanowiły one najrzadszej występującą kategorię spraw. Na 922 przebadane sprawy, spraw takich było zaledwie 72, co stanowiło 7,8% wszystkich przebadanych spraw. Odrzucając sprawy o naprawienie szkody na mieniu, a zatem wyłącznie w grupie spraw, w których dochodzono naprawiania krzywdy lub szkody z art. 446 § 3 k.c., te ostatnie stanowiły 11,7%. Roszczenie z art. 446 § 3 k.c. występuje rzadziej niż żądanie odszkodowania za szkodę na osobie, które zgłoszono w 163 przypadkach. Ukazuje to relatywnie niewielkie praktyczne znaczenie art. 446 § 3 k.c. Może to oznaczać, że w istocie potencjalne roszczenia oparte na tym przepisie są niejako konsumowane z jednej strony przez roszczenia o naprawienie szkody majątkowej określone w art. 446 § 1 i 2 k.c., a z drugiej strony – roszczenia o naprawienie szkody niemajątkowej wynikające z art. 446 § 4 k.c. Brak materiału porównawczego z lat poprzednich uniemożliwia jednak zbadanie zagadnienia bliżej, a zatem ustalenia, czy liczba spraw z art. 446 § 3 k.c. spada w ostatnich latach (zwłaszcza po wejściu w życie art. 446 § 4 k.c.), czy też utrzymuje się na stałym poziomie. Należy jednak postawić hipotezę, że wejście w życie art. 446 § 4 k.c. istotnie ograniczyło praktyczne znaczenie art. 446 § 3 k.c.

Roszczenie z art. 446 § 3 k.c. rzadko kiedy zgłaszano samodzielnie. Przeciwnie, aż w 91,7% przypadków łączono z nim roszczenie o zadośćuczynienie, w 9,7% przypadków – roszczenie o naprawienie szkody na osobie, a w zaledwie 5,6% przypadków żądanie naprawienia szkody na mieniu²¹. Jest to zresztą zupełnie zrozumiałe – intuicyjnie można stwierdzić, że rzadko będzie dochodzić do sytuacji, w których poszkodowany doznał szkody, o której mowa w art. 446 § 3 k.c., a zarazem w wyniku tego samego zdarzenia nie doznał krzywdy.

Relatywnie niski odsetek spraw, w których roszczenie o odszkodowanie z art. 446 § 3 k.c. łączone jest z żądaniem naprawienia szkody na osobie, daje się wyjaśnić – z jednej strony – niską łączną liczbą spraw o naprawienie szkody na osobie w ogóle (jedynie 174 sprawy, tj. 18,9% wszystkich spraw), a z drugiej strony – charakterem obu naruszonych dóbr. Roszczenie z art. 446 § 3 k.c. powstaje wyłącznie w sytuacji śmierci ofiary wypadku. Naprawienia szkody na osobie będzie się zaś domagać osoba, która doznała uszczerbek, jednak wypadek przeżyła. W istocie więc

²¹ Ponieważ w jednym procesie mogło być dochodzone kilka roszczeń, dane te nie sumują się do 100%.

do kumulacji obu tych roszczeń dochodzić będzie w dwóch sytuacjach. Po pierwsze wówczas, gdy w jednym wypadku komunikacyjnym jedna osoba poniosła śmierć, a druga – jego najbliższa – przeżyła, doznając jednak szkody na osobie. Po drugie, w sytuacji, w której śmierć osoby w wypadku powodująca szkodę z art. 446 § 3 k.c. po stronie jego najbliższych będzie zarazem przyczyną wstrząsu psychicznego u tychże najbliższych powodujących powstanie szkody na osobie²².

Na tym tle może dziwić także relatywnie rzadka kumulacja omawianych roszczeń z roszczeniem o naprawienie szkody majątkowej, zwłaszcza, jeśli uświadomimy sobie, że w przypadku wypadków komunikacyjnych właściwie zawsze dochodzi do szkody majątkowej. Oznacza to, że roszczenia majątkowe wynikające z wypadków komunikacyjnych dochodzone są zazwyczaj w oddzielnych procesach niż roszczenia o naprawienie krzywdy czy szkody na osobie. Daje się to wyjaśnić treścią art. 449 k.c., zgodnie z którym „roszczenia przewidziane w art. 444–448 nie mogą być zbyte, chyba że są już wymagalne i że zostały uznane na piśmie albo przyznane prawomocnym orzeczeniem”. Tym samym więc można przypuszczać, że szkody na mieniu są bardzo często przedmiotem przelewów na rzecz warsztatów naprawczych, wypożyczalni samochodów lub osób zawodowo trudniących się dochodzeniem odszkodowań od ubezpieczycieli, podczas gdy w przypadku zadośćuczynienia i szkody na osobie, poszkodowany nie może przenieść swojego roszczenia na inny podmiot, lecz musi dochodzić go we własnym imieniu. W rezultacie kto inny dochodzi z tego samego wypadku drogowego naprawienia szkody na mieniu, a kto inny – naprawienia krzywdy czy szkody na osobie.

4. POWÓD I JEGO PEŁNOMOCNIK

4.1. Uwagi ogólne

Z istoty roszczenia, o którym mowa w art. 446 § 3 k.c. wynika, że roszczenie to przysługuje wyłącznie osobom fizycznym, gdyż tylko one mogą być „członkami rodziny osoby zmarłego”. Nie dziwi więc fakt, że w przebadanych sprawach w charakterze powodów występowały wyłącznie osoby fizyczne.

4.2. Zastępstwo procesowe

We wszystkich sprawach powód reprezentowany był przez profesjonalnego pełnomocnika. Najczęściej, bo w 51 sprawach (70,8% spraw, w których dochodzone roszczenia z art. 446 § 3 k.c.) pełnomocnik ten reprezentował poszkodowanego już na etapie likwidacji szkody, przy czym należy zwrócić uwagę, że zdarzały się sytuacje, w których inny pełnomocnik reprezentował pokrzywdzonego na etapie przedsądowym, a inny już w postępowaniu sądowym. Z kolei tylko w 2 sprawach pełnomocnik był ustanawiany dopiero w trakcie postępowania sądowego.

Powyższe pokazuje wysoki stopień profesjonalizacji spraw o odszkodowanie z art. 446 § 3 k.c. Chociaż zasadniczo etap likwidacji szkody nie jest postępowaniem

²² O tej ostatniej sytuacji por. szerzej M. Wałachowska, *Wynagrodzenie szkód poniesionych na skutek doznania wstrząsu psychicznego spowodowanego śmiercią osoby bliskiej*, „Przegląd Sądowy” 2004/7–8, *passim*.

spornym i pozornie wymaga wyłącznie przedłożenia ubezpieczycielowi faktów, w istocie strony wolą już wówczas korzystać z profesjonalnej pomocy prawnej. Może to wynikać z kilku okoliczności. Po pierwsze, w omawianych sprawach powodami są osoby, które straciły bliskiego. Tym samym więc mogą w wyższym, niż zwyczajnie stopniu potrzebować pomocy innej osoby. Po drugie, sprawy te są bardziej skomplikowane pod względem prawnym (a niejednorodnie i faktycznym) od zwyczajnych spraw o zapłatę. Wreszcie jednak wysoki stopień reprezentowania poszkodowanych przez zawodowych pełnomocników, zwłaszcza na etapie likwidacji szkody, może świadczyć o tym, że inicjatywa wytoczenia powództwa wychodzi właśnie od tych pełnomocników lub tzw. kancelarii odszkodowawczych, z którymi oni współpracują.

4.3. Zwolnienie od kosztów sądowych i zastępstwo prawne z urzędu

Należy wskazać, że aż w 72,2% spraw o odszkodowanie z art. 446 § 3 k.c. powód został zwolniony od obowiązku ponoszenia kosztów sądowych. Tymczasem z badań Marcina Dziurdy, Piotra Ryłskiego, Jacka Sadowskiego i Mikołaja Wilda wynika, że wnioski o zwolnienie od kosztów sądowych w procesie były składane w 20,4% spraw (w tym w sprawach o prawa majątkowe w 22,5% spraw)²³, zaś w 76,6% spośród tych spraw były one uwzględniane w całości lub w części²⁴, co oznacza, iż ogółem w procesie do zwolnienia strony od kosztów w całości lub w części dochodziło w 15,6% spraw. W sprawach, w których jednym z roszczeń jest odszkodowanie z art. 446 § 3 k.c. działa się to prawie pięciokrotnie częściej. Wydaje się, że przyczyną tego stanu rzeczy jest losowość wypadków komunikacyjnych, co uniemożliwia uprzednie zgromadzenie środków na opłatę sądową.

Należy zwrócić uwagę, że pełnomocnik ustanowiony na etapie likwidacji szkody, czy też składania pozwu mógł być wyłącznie pełnomocnikiem z wyboru. Pokazuje to, że pomimo to, iż powodowie spełniali w zdecydowanej większości przesłanki do zwolnienia od kosztów sądowych, nie decydowali się na występowanie o ustanowienie pełnomocnika z urzędu, lecz woleli korzystać z pomocy pełnomocników z wyboru. Można to wytłumaczyć, z jednej strony, tym, że w tak delikatnych sprawach, jak naprawienie szkody spowodowanej utratą osoby bliskiej, poszkodowani woleli korzystać z pomocy pełnomocnika z wyboru, do którego mieli więcej zaufania, jak i tym iż – zwłaszcza tam, gdzie inicjatywa dochodzenia roszczenia wychodziła od tzw. kancelarii odszkodowawczych – niejednokrotnie mogło być tak, że zdecydowaną część wynagrodzenia pełnomocnik miał otrzymać dopiero po zakończeniu sprawy z uzyskanego odszkodowania, w związku z czym poszkodowany nie musiał dysponować dużymi środkami finansowymi na pokrycie wynagrodzenia pełnomocnika na etapie likwidacji szkody czy złożenia pozwu.

Z powyższym zagadnieniem wiąże się problematyka tzw. kancelarii odszkodowawczych. Pojęcie „kancelaria odszkodowawcza” nie jest pojęciem ściśle zdefiniowanym ustawowo lub w orzecznictwie sądowym, lecz raczej postrzeganym

²³ M. Dziurda, P. Ryłski, J. Sadowski, M. Wild [red.], *Ustawa o kosztach sądowych w sprawach cywilnych. Analiza funkcjonowania – wnioski de lege ferenda*, Warszawa 2014, s. 142–143.

²⁴ M. Dziurda, P. Ryłski, J. Sadowski, M. Wild [red.] *Ustawa...*, s. 179.

intuicyjnie. Kancelarią odszkodowawczą jest więc jest podmiot, który w ramach swojej działalności gospodarczej udziela pomocy w dochodzeniu roszczeń odszkodowawczych w zamian za odpowiednią prowizję. Kancelarie odszkodowawcze zazwyczaj prowadzą aktywny marketing swoich usług, m.in. informując potencjalnych klientów o możliwości dochodzenia roszczenia z art. 446 § 3 k.c.

W toku niniejszego badania wychwycenie tego, czy pełnomocnik profesjonalny reprezentujący powoda był zatrudniony w takiej kancelarii nie jest łatwe z uwagi na to, że pełnomocnik ten i tak musi wykonywać zawód w formie dozwolonej przez ustawę o radcach prawnych²⁵ albo ustawę – Prawo o adwokaturze²⁶, a zatem w formie kancelarii indywidualnej, spółki cywilnej lub osobowej albo w zespole adwokackim²⁷. Co prawda, radca prawny może być zatrudniony także na umowę o pracę, jednakże w praktyce świadczy wówczas pomoc prawną wyłącznie swojemu pracodawcy.

W badaniu ustalono, że pełnomocnik powoda był związany z kancelarią odszkodowawczą w 24. przypadkach (33,3% przebadanych spraw o odszkodowanie z art. 446 § 3 k.c.). Należy to uznać nie tyle nawet za przybliżone, ile raczej za zaniżone. W rzeczywistości bowiem wiele takich sytuacji mogło zostać nierozpoznanych przez ankierów. Nawet jednak z tym zastrzeżeniem należy zauważyć, że jest to wysoki odsetek. Dla porównania w przypadku spraw, w których dochodzono wyłącznie naprawienia szkody na mieniu lub osobie (z wyłączeniem naprawienia szkody, o której mowa w art. 446 § 3 k.c.), na 305 spraw reprezentację powoda przez pełnomocnika z kancelarii odszkodowawczej stwierdzono wyłącznie w siedmiu przypadkach (2,3%).

Działalność kancelarii odszkodowawczych trudno jest ocenić jednoznacznie. Z jednej strony, ich działalność z pewnością wpływa na wzrost świadomości prawnej społeczeństwa, a przynajmniej na korzystanie z przysługujących im uprawnień przez osoby, które w przeciwnym razie by z nich nie skorzystały²⁸. Z drugiej jednak strony, powstaje wątpliwość, czy ich działalność nie narusza praw poszkodowanych i pokrzywdzonych poprzez pobieranie nadmiernych prowizji. Wszystko to jednak nie było możliwe do zbadania w ramach omawianego badania, które bazowało wyłącznie na aktach spraw sądowych. Trudno też liczyć, by kancelarie odszkodowawcze dobrowolnie udostępniły materiał badawczy taki jak np. stosowane wzory umów. W istocie więc jako jedyna metoda jawią się wywiady z poszkodowanymi i analiza umów zawieranych przez nich z kancelariami odszkodowawczymi.

Mając na uwadze powyżej uczynione zastrzeżenia, możliwe było podjęcie próby ustalenia, czy kancelarie odszkodowawcze są bardziej „skuteczne” w dochodzeniu roszczeń, a dokładnie – czy w sprawach, w których powód był reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika, był wyższy niż średni procent, w jakim uwzględniano powództwa, oraz jak ma się występowanie w sprawie pełnomocnika z kancelarii odszkodowawczej do wartości przedmiotu sporu, a zatem, czy kancelarie odszkodowawcze występują w sprawach większej wagi (co może, ale nie

²⁵ Ustawa z 6.07.1982 r. o radcach prawnych (obecnie tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 75) – dalej u.r.p.

²⁶ Ustawa z 26.05.1982 r. – Prawo o adwokaturze (obecnie tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1651) – dalej pr. adw.

²⁷ Art. 4a pr. adw. i art. 8 u.r.p.

²⁸ Wspomniany już aktywny marketing tych podmiotów powoduje, że zapewne reprezentują one w dużej mierze osoby, które w przeciwnym razie nie tylko nie zdecydowałyby się na dochodzenie swoich roszczeń przed sądem, ale być może nawet nie wiedziałyby, że takie uprawnienie im przysługuje.

musi wynikać z faktu, że kancelarie odszkodowawcze mogą zachęcać do zgłaszania bardziej wygórowanych roszczeń). Analiz takich należy jednak dokonywać bardzo ostrożnie, ponieważ nie wiadomo, jaka część spraw, w których występują kancelarie odszkodowawcze została zidentyfikowana prawidłowo.

Tabela 1. Wysokość dochodzonego roszczenia o zadośćuczynienie			
		Ogółem	Gdy powód był reprezentowany przez pełnomocnika z kancelarii odszkodowawczej
Wysokość roszczenia z art. 446 § 3 k.c.	średnia	10.985,26 zł	12.704,82 zł
	mediana	6.979,26 zł	8.350,52 zł

Źródło: opracowanie własne.

Jak widać z powyższego, zarówno średnie, jak i przeciętne roszczenia o odszkodowanie z art. 446 § 3 k.c. były wyższe, jeśli powoda reprezentował pełnomocnik z kancelarii odszkodowawczej. Nie są to jednak istotne różnice. Trzeba zwrócić uwagę, że korelacja taka nie istniała w przypadku roszczeń o zadośćuczynienie²⁹. Trudno jest zatem stwierdzić, by za tą korelacją stał rzeczywisty związek, tzn. by kancelarie odszkodowawcze namawiały swoich klientów na zwiększanie roszczeń. Charakterystyczne jest także to, że w zakresie spraw o roszczenie z art. 446 § 3 k.c. kancelarie odszkodowawcze nie są bardziej skuteczne, a zatem nie jest tak, że roszczenia dochodzone przez pełnomocników zatrudnionych w takich kancelariach były uwzględniane przez sądy w większym zakresie niż w innych przypadkach³⁰.

Tabela 2. Zakres uwzględniania roszczeń przez sądy (w procentach)			
		Procent uwzględnienia roszczeń przez sądy I instancji	
		ogółem	Gdy powód był reprezentowany przez pełnomocnika z kancelarii odszkodowawczej
Roszczenia z art. 446 § 3 k.c.	Średnia	29,3%	25,1%
	Mediana	0%	0%

Źródło: opracowanie własne.

Mając jednak na uwadze, że na uwzględnienie roszczenia wpływa wiele różnych czynników, nie tylko związanych z osobą pełnomocnika procesowego (a nawet nie przede wszystkim z tym), trudno jest sformułować jakiegokolwiek twierdzenia

²⁹ W tym przypadku zarówno średnia, jak i mediana roszczeń dochodzonych za pomocą kancelarii odszkodowawczych była niższa niż średnia i mediana roszczeń o zadośćuczynienie dochodzonych w ogóle (średnia: odpowiednio 42.681,82 zł i 51.397,86 zł, mediana – 30.000 zł i 35.000 zł); por. J.M. Kondek, *Naprawienie krzywdy wyrządzonej w wypadkach komunikacyjnych w świetle badań aktowych*, „Prawo w Działaniu” 2021/46, s. 56.

³⁰ Jest to odwrotnie niż w przypadku dochodzenia zadośćuczynienia za krzywdę, gdzie daje się zauważyć wyższy stopień uwzględniania roszczeń zgłaszanych przez pełnomocników związanych z kancelariami odszkodowawczymi, por. J.M. Kondek, *Naprawienie krzywdy...*, s. 57.

co do tego, czy pomoc prawna udzielana przez kancelarie odszkodowawcze wpływa na wysokość roszczeń dochodzonych przez powodów oraz wysokość odszkodowań i zadośćuczynień zasądzanych przez sądy.

5. POSTĘPOWANIE LIKWIDACYJNE

W zdecydowanej większości przypadków pokrzywdzeni lub poszkodowani zgłaszali swoje roszczenia do ubezpieczyciela³¹ przed wytoczeniem powództwa³². Działo się tak w 87,5% spraw o odszkodowanie z art. 446 § 3 k.c., przy czym niekoniecznie zgłaszano roszczenie z art. 446 § 3 k.c. Charakterystyczne jest, że w sprawach, w których przed sądem dochodzono roszczenia z art. 446 § 3 k.c., tylko w 83,3% spraw zgłoszono to roszczenie ubezpieczycielowi na etapie przedsądowym. Można się jedynie domyślać, że często przyczyną takiego działania była nieświadomość przysługujących im roszczeń o naprawienie krzywdy w momencie zgłaszania szkody i dowiedzenie się następnie o możliwości dochodzenia roszczenia z art. 446 § 3 k.c. dopiero po zakończeniu postępowania likwidacyjnego. Być może mogła mieć na to wpływ działalność tzw. kancelarii odszkodowawczych, ale nawet wówczas naturalna byłaby okoliczność, w której przed sądem dochodzone są roszczenia, jakie nie zostały wcześniej zgłoszone ubezpieczycielowi co należy ocenić negatywnie z punktu widzenia ekonomiki postępowania.

Tabela 3.

Roszczenia zgłaszane ubezpieczycielom na etapie likwidacji szkody w sprawach, w których przed sądem dochodzono odszkodowania z art. 446 § 3 k.c.

Roszczenia zgłoszone ubezpieczycielowi na etapie likwidacji szkody	Sprawy, w których przed sądem dochodzono roszczenia o odszkodowanie z art. 446 § 3 k.c.
Roszczenie o zadośćuczynienie lub odszkodowanie z art. 446 § 3 k.c.	83,3%
Roszczenie o naprawienie szkody na mieniu	13,9%
Roszczenie o naprawienie szkody na osobie	5,6%

Źródło: opracowanie własne.

Zgłaszane roszczenia były w większości zaspokajane na etapie przedsądowym, choć w przebadanych przypadkach oczywiście jedynie w części. Roszczenia o odszkodowanie z art. 446 § 3 k.c. zaspokoiono w 27 sprawach (a zatem w 37,5% wszystkich spraw i w 42,9% spraw, w których zgłoszono roszczenie ubezpieczycielowi). Ogółem w sprawach, w których dochodzono przed sądem roszczenia z art. 446 § 3 k.c., ubezpieczyciel wypłacił odszkodowanie lub zadośćuczynienie (z jakiegokolwiek tytułu) w 68,1% spraw. Roszczenie z art. 446 § 3 k.c. było więc uwzględniane przez ubezpieczycieli w postępowaniu likwidacyjnym relatywnie rzadziej niż inne. Należy przy tym pamiętać, że powyższe liczby odnoszą się do jakiegokolwiek zaspokojenia

³¹ Ponieważ pozwany byli wyłącznie ubezpieczyciele lub podobne osoby (Ubezpieczeniowy Fundusz Gwarancyjny i Polskie Biuro Ubezpieczycieli Komunikacyjnych), można w omawianym badaniu utożsamiać wszędzie pozwanego z ubezpieczycielem (zakładem ubezpieczeń).

³² Należy pamiętać, że rekonstrukcja postępowania likwidacyjnego opiera się wyłącznie na dokumentach znajdujących się w aktach postępowań sądowych. Możliwe jest więc (aczkolwiek raczej czysto teoretycznie), że były takie sprawy, w których postępowanie likwidacyjne się odbyło, jednak nie zostało ono odnotowane w aktach sądowych.

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

Odszkodowania i zadośćuczynienia wypłacane przez ubezpieczycieli nie były wysokie. Maksymalne świadczenie ubezpieczeniowe w sprawach, w których później przed sądem dochodzono zadośćuczynienia lub roszczenia z art. 446 § 3 k.c., wyniosło łącznie³³ 159.130 zł, jednak średnia wszystkich świadczeń łącznie wynosiła zaledwie 17.790,38 zł, a ich mediana – jedynie 10.000 zł.

Wydaje się, że dane te mogą być interpretowane jako wyraz niechęci ubezpieczycieli do wypłacania odszkodowań na etapie przedsądowym oraz przejaw tendencji do ich zaniżania. Tu jednak należy zwrócić uwagę na w ogóle niski poziom uwzględniania tych roszczeń, także na etapie postępowania sądowego.

6. WYSOKOŚĆ DOCHODZONYCH ROSZCZEŃ

Roszczenia o odszkodowanie z art. 446 § 3 k.c. mieściły się w zakresie od 3.000 zł do 125.000 zł, przy czym średnia wynosiła 34.848,19 zł, a mediana – 30.000 zł. Odchylenie standardowe dla roszczeń o odszkodowanie z art. 446 § 3 k.c. – to 25.593 zł. Pokazuje to, z jednej strony, dość dużą rozpiętość tych roszczeń, a z drugiej strony ich – jak się wydaje – umiarkowaną wysokość. Jest to zgodne ze stanowiskiem orzecnictwa, zgodnie z którym, wysokość odszkodowania z art. 446 § 3 k.c. powinna być umiarkowana, a nawet, że – w związku z użyciem przez ustawodawcę pojęcia „stosowne odszkodowanie” – nie obowiązuje tu zasada odszkodowania pełnego³⁴.

Należy zauważyć, że omawiane roszczenie rzadko było przedmiotem przekształceń przedmiotowych w toku procesu. W porównaniu z roszczeniami zgłoszonymi w pozwie, ostateczne wysokości tych roszczeń dochodzone w badanych procesach są niemal niezmiennie – mediana roszczeń pozostała taka sama, zaś średnia ostatecznie dochodzonych roszczeń jest minimalnie wyższa niż średnia roszczeń wskazywanych w pozwie i wynosiła 34.948,92 zł. Oznacza to, że roszczenia o odszkodowanie z art. 446 § 3 k.c. albo pozostawały bez zmian, albo też modyfikacje ich były niewielkie (i statystycznie zostały skompensowane cofnięciami – częściowymi lub całkowitymi pozwu).

W przypadku roszczeń kobiet o odszkodowanie z art. 446 § 3 k.c. pierwotnie zgłaszane roszczenie zawierało się w przedziale od 9.000 zł do 100.000 zł. Średnia wynosiła 39.187,50 zł, a mediana – 30.000 zł. Roszczenia z tytułu odszkodowania z art. 446 § 3 k.c., już po wszelkich przekształceniach przedmiotowych, mieściły się w zakresie od 8.312,98 zł do 100.000 zł, przy średniej 34.520,32 zł i medianie 30.000 zł.

W przypadku roszczeń mężczyzn o odszkodowanie z art. 446 § 3 k.c. pierwotnie zgłaszane roszczenie zawierało się w przedziale od 3.000 zł do 125.000 zł. Tak

³³ Tzn. bez rozróżnienia na to, czy było to zadośćuczynienie czy odszkodowanie za szkodę na osobie czy odszkodowanie za szkodę na mieniu, gdyż nie we wszystkich przypadkach takie rozróżnienie było możliwe do dokonania.

³⁴ Por. wyrok SN z 14.03.2007 r., I CSK 465/06, OSP 2008/11, poz. 123.

samo wyglądała rozpiętość roszczeń po ewentualnych przekształceniach. Średnia pierwotnego roszczenia wynosiła 28.351,01 zł, a mediana 25.000 zł. Średnia roszczeń z tytułu odszkodowania z art. 446 § 3 k.c. już po wszelkich przekształceniach przedmiotowych wynosiła 24.106,06 zł, a mediana – 20.000 zł.

Należy więc zauważyć, że roszczenia kobiet – zarówno dochodzone na początku postępowania, jak i po przekształceniach były zasadniczo wyższe. Zebrany w badaniu materiał nie pozwala na ustalenie przyczyny tych różnic, należy jednak postulować dalsze badanie tego zagadnienia.

Zasadą było dochodzenie od żądanych kwot odsetek, co miało miejsce w 90,3% spraw³⁵. Sporadycznie natomiast powodowie dokonywali kapitalizacji odsetek, by dochodzić odsetek od takich skapitalizowanych odsetek. Miało to miejsce w 2,8% w przypadku roszczenia z art. 446 § 3 k.c.

7. POZWANY I SPRAWCA SZKODY

7.1. Osoba pozwanego

Roszczenia o naprawienie szkody, o której mowa w art. 446 § 3 k.c., były głównie domeną prawa ubezpieczeń gospodarczych. Tylko w jednym przypadku pozwany był bezpośredni sprawca szkody (posiadacz zależny pojazdu), ale także i w tym przypadku drugim z pozwanych był ubezpieczyciel OC sprawcy³⁶. W trzech przypadkach (4,17%) pozwany był ubezpieczyciel inny niż ubezpieczyciel odpowiedzialności cywilnej sprawcy szkody, a w dwóch – Polskie Biuro Ubezpieczycieli Komunikacyjnych.

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

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

W 19,4% spraw sprawca wypadku drogowego był pod wpływem alkoholu. Należy jednak uznawać tę liczbę jedynie za minimalny poziom tego odsetka

³⁵ Inną sprawą jest kwestia terminu początkowego naliczania odsetek. Kwestia ta, w kontekście omawianego badania, została omówiona w: J.M. Kondek, *Naprawienie krzywdy...*, s. 82–85.

³⁶ Sprawa tocząca się przed Sądem Okręgowym (dalej SO) w Siedlcach, I C 657/14.

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

w rzeczywistości, gdyż nie można wykluczyć, że nie we wszystkich sprawach okoliczność taka była ustalana przez sąd. Ani dla zasady, ani dla zakresu odpowiedzialności ubezpieczyciela odpowiedzialności cywilnej sprawcy szkody (a zatem w najczęstszych przypadkach objętych omawianym badaniem) okoliczność ta nie ma bowiem znaczenia. Okoliczność, że kierujący pojazdem mechanicznym wywołał szkodę będąc pod wpływem alkoholu lub w stanie nietrzeźwości nie wyłącza bowiem odpowiedzialności jego ubezpieczyciela, a jedynie uprawnia ubezpieczyciela do żądania od kierującego pojazdem zwrotu wypłaconego odszkodowania, czyli regresu na podstawie art. 43 pkt 1 ustawy z 22.05.2003 r. o ubezpieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze Ubezpieczycieli Komunikacyjnych³⁸.

Taki odsetek przewyższa ogólny odsetek wypadków spowodowanych przez nietrzeźwych kierowców. W 2013 r. nietrzeźwi kierowcy spowodowali 11,2% wszystkich wypadków drogowych, w 2014 r. było to 10,1%, a w 2015 r. – 9,5%. Zabici w wypadkach drogowych spowodowanych przez nietrzeźwych kierowców w 2013 r. stanowili 15,6% wszystkich zabitych w wypadkach drogowych, w 2014 r. – 14,7%, a w 2015 r. – 13,9%³⁹. Oznacza to, że roszczenie z art. 446 § 3 k.c. zgłaszano częściej w sytuacji, gdy sprawca był pod wpływem alkoholu niż w sytuacjach, w których sprawca był trzeźwy. Trudno jednak wskazać na związek, jaki miałaby okoliczność, że określona osoba zginęła w wypadku spowodowanym przez nietrzeźwego kierowcę na uszczerbek z art. 446 § 3 k.c. poniesiony przez osobę bliską ofierze.

Okoliczność, że sprawca wypadku znajdował się pod wpływem alkoholu nie miało przełożenia na zasądzone odszkodowanie. Przeciwnie, paradoksalnie, zarówno dochodzone roszczenia, jak i zasądzone odszkodowania były niższe w przypadku, gdy sprawca znajdował się pod wpływem alkoholu. Obrazuje to tabela 4.

Tabela 4. Zasądzenia w przypadku sprawców działających pod wpływem alkoholu			
		Ogółem	W tym sprawca pod wpływem alkoholu
Roszczenie z art. 446 § 3 k.c.	Średnia dochodzonych roszczeń	34.948,92 zł	18.166,67 zł
	Mediana dochodzonych roszczeń	30.000 zł	17.500 zł
	Średnia zasądzeń	9.543,56 zł	8.666,67 zł
	Mediana zasądzeń	0	1000 zł
	Zakres uwzględnienia roszczeń (średnia)	31,6%	36,6%

Źródło: opracowanie własne.

³⁸ Tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 854 – dalej ustawa o ubezpieczeniach obowiązkowych.

³⁹ *Wypadki drogowe w Polsce w 2013 r.*, Komenda Główna Policji. Biuro Ruchu Drogowego, Warszawa 2014, <http://statystyka.policja.pl/st/ruch-drogowy/76562,Wypadki-drogowe-raporty-roczne.html> (dostęp: 6.12.2019 r.), s. 60; *Wypadki drogowe w Polsce w 2014 r.*, Komenda Główna Policji. Biuro Ruchu Drogowego, Warszawa 2015, <http://statystyka.policja.pl/st/ruch-drogowy/76562,Wypadki-drogowe-raporty-roczne.html> (dostęp: 6.12.2019 r.), s. 62; *Wypadki drogowe w Polsce w 2015 r.*, Komenda Główna Policji. Biuro Ruchu Drogowego, Warszawa 2016, <http://statystyka.policja.pl/st/ruch-drogowy/76562,Wypadki-drogowe-raporty-roczne.html> (dostęp: 6.12.2019 r.), s. 59. Ponieważ w badaniu przeanalizowano sprawy zakończone w 2015 r., dla celów porównawczych przedstawiono statystyki za 2015 r. i dwa lata poprzednie.

Zestawiając obie omówione wyżej okoliczności (a zatem to, że roszczenie z art. 446 § 3 k.c. jest częściej zgłaszane, gdy sprawca wypadku był nietrzeźwy, a zarazem, iż żądane i zasądzone roszczenia są wówczas niższe) wyprowadzić można wniosek o całkowitej niezależności odszkodowania z art. 446 § 3 k.c. od tego, czy szkodę wywołał trzeźwy czy też nietrzeźwy kierowca.

8. POSTĘPOWANIE PRZED SĄDEM I INSTANCJI

8.1. Sposób obrony pozwanego

W większości przypadków spory pomiędzy stronami dotyczyły wyłącznie wysokości należnego odszkodowania oraz tego, czy wypłacone świadczenie w pełni skompensowało doznany przez powoda uszczerbek. Jedynie w 23,6% przypadków pozwany kwestionował fakty będące podstawą żądania, co we wszystkich sprawach dotyczyło kwestionowania pogorszenia się sytuacji życiowej w związku ze śmiercią osoby bliskiej⁴⁰. Nie były natomiast kwestionowane okoliczności samego wypadku komunikacyjnego.

Częściej, bowiem w 33,3% przypadków, pozwani powoływali nowe fakty, które nie były wskazane w pozwie. Było to najczęściej przyczynienie się zmarłego⁴¹, brak zaistnienia szkody lub krzywdy albo mniejszy zakres uszczerbku niż wskazany w pozwie (chodziło tu np. o to, że zmarły nie płacił alimentów, a zatem poszkodowana nie poniosła w związku z jego śmiercią uszczerbku; iż poszkodowany otrzymał naprawienie krzywdy, że poszkodowany uzyskał kompensatę krzywdy w postępowaniu karnym, albo że od zdarzenia upłynął znaczny okres)⁴².

Ogółem pozwani najczęściej powoływali się na to, że wypłacone powodom odszkodowanie lub zadośćuczynienie było wystarczające, gdyż wypłacona kwota doprowadziła do naprawienia szkody lub krzywdy (58,3% spraw) albo żądana kwota rażąco odbiega od kwot zasądzanych w danych przypadkach (36,1% spraw). Ponadto wskazywano na przyczynienie się poszkodowanego lub zmarłego (37,5% spraw) oraz brak krzywdy lub jej niewielki rozmiar po stronie poszkodowanego (23,6% spraw). W 5,3% spraw pozwany podniósł zarzut przedawnienia. Nigdy natomiast nie był kwestionowany związek przyczynowy między zdarzeniem a szkodą⁴³.

⁴⁰ Zarzut taki zgłoszono w sprawach toczących się przed: SO w Gdańsku pod sygn. akt XV GC 112/12; SO w Elblągu pod sygn. akt I C 446/15; SO Warszawa-Praga w Warszawie pod sygn. akt III C 1337/10; SO w Łodzi pod sygn. akt I C 1248/13, I C 1567/14, I C 1597/14, I C 245/15, I C 246/15, I C 398/15 i II C 1766/12 oraz przed SO w Płocku pod sygn. akt I C 4303/14.

⁴¹ Sprawy toczące się przed: SO w Gdańsku pod sygn. akt I C 22/14, I C 315/14; SO w Łodzi pod sygn. akt I C 1248/13, I C 398/15, II C 1668/14 i II C 1766/12; SO w Przemyślu pod sygn. akt I C 62/14, I C 73/14, I C 89/14, I C 274/14, I C 643/14, I C 644/14, I C 682/14, I C 738/14; SO w Elblągu pod sygn. akt I C 50/15. W analizowanych sprawach pojawił się problem tego, czy przyczynienie się zmarłego do zdarzenia powinno wpływać na wysokość odszkodowania przyznanego jego bliskim. W relacji prawnej wynikającej z art. 446 § 3 k.c. poszkodowanym nie jest zmarły, który przyczynił się do zdarzenia, lecz inna osoba. Takie zapatrywanie wyraził SO w Gdańsku w sprawach pod sygn. akt I C 276/14 i I C 315/14. Szerzej o tym zagadnieniu por. J.M. Kondek, *Naprawienie krzywdy...*, s. 80–82.

⁴² Sprawy toczące się przed: SO w Elblągu pod sygn. akt I C 50/15; SO w Gdańsku pod sygn. akt I C 22/14, I C 276/14, I C 315/14; SO w Przemyślu pod sygn. akt I C 62/14, I C 73/14, I C 89/14, I C 644/14, I C 682/14; SO w Łodzi pod sygn. akt I C 1248/13, I C 398/15, II C 1668/14 i II C 1766/12.

⁴³ Przytoczone liczby nie sumują się do 100%, ponieważ pozwany niejednokrotnie bronił się w jednej sprawie wieloma zarzutami.

8.2. Środki dowodowe

Postępowanie przed sądem I instancji w przypadku spraw o odszkodowanie, o którym mowa w art. 446 § 3 k.c., nie było szczególnie skomplikowane (co nie oznacza, że nie było długotrwałe). Należy mieć na uwadze, że niejednokrotnie w tym samym postępowaniu, obok roszczenia o zadośćuczynienie lub odszkodowanie z art. 446 § 3 k.c., dochodzone także naprawienia szkody na mieniu lub szkody na osobie. Konieczność przeprowadzenia niektórych dowodów mogła zatem wynikać nie z potrzeby rozpatrzenia powództwa o zadośćuczynienie albo o odszkodowanie z art. 446 § 3 k.c., lecz dotyczyć naprawienia szkody na mieniu lub na osobie.

W 94,4% spraw o odszkodowanie z art. 446 § 3 k.c. przesłuchiowano świadków i było przeciętnie dwóch (mediana).

Niewiele rzadziej przeprowadzano dowód z przesłuchania stron. Strony słuchano we wszystkich, poza jedną, w sprawach o odszkodowanie z art. 446 § 3 k.c. Przesłuchiowano zasadniczo jedną stronę, tj. powoda, co jest oczywiste mając na uwadze, że pozwanym nie byli sprawcy szkody, lecz ubezpieczyciele, a zatem członkowie ich organów uprawnionych do reprezentowania, których zgodnie z art. 300 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego⁴⁴ należałoby w takiej sytuacji przesłuchać, nie mieli wiedzy na temat zdarzenia. Przypadki, w których przesłuchano więcej niż jedną osobę w charakterze strony dotyczyły sytuacji współuczestnictwa kilku osób po stronie powodowej.

Trzecim środkiem dowodowym wykorzystywanym w sporze był dowód z opinii biegłego. Przeprowadzono go w 68 sprawach, czyli 94,4% spraw o odszkodowanie z art. 446 § 3 k.c. Zazwyczaj występował w sprawie jeden biegły (taka też była mediana: średnia wynosiła 1,3).

Najczęściej przeprowadzano dowód z opinii biegłego psychologa, bo aż w 35 sprawach (51,5% spraw, w których w ogóle powołano biegłych). W 26 sprawach (38,2% spraw, w których w ogóle powołano biegłych) opinie sporządzał biegły psychiatra. Spośród innych lekarzy dwa razy został powołany biegły z zakresu medycyny sądowej, raz z zakresu „medycyny wypadkowej”, endokrynolog, chirurg plastyczny, ortodonta i okulista.

W 9 przypadkach (13,2% wszystkich spraw z udziałem biegłych) powoływani byli biegli z dziedziny rekonstrukcji wypadków drogowych, a tezy tych opinii dotyczyły zbadania, czy pokrzywdzony lub zmarły przyczynili się do zdarzenia lub jego skutków. Należy jednak pamiętać, że zarzut przyczynienia się zgłoszono w 27 sprawach, a tylko w 1/3 z nich weryfikowano go za pomocą osoby posiadającej wiadomości specjalistyczne. Może to dziwić, biorąc pod uwagę niejednokrotnie skomplikowaną materię rekonstruowania wypadków drogowych i ustalania wpływu zachowań poszczególnych jego uczestników na całokształt zdarzeń. Z drugiej strony, często zarzut przyczynienia się ograniczał się do wskazania, że poszkodowany zgodził się podróżować z nietrzeźwym kierowcą. Zbadanie tej okoliczności nie wymaga opinii biegłego.

Opinie biegłych nie były w toku spraw zbyt często kwestionowane. Miało to miejsce w 29 sprawach, a zatem w 40,3% wszystkich spraw, w których powołano biegłego⁴⁵.

⁴⁴ Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 1805) – dalej k.p.c.

⁴⁵ Nie zawsze jednak kwestionowano opinię biegłego relewantnego dla rozstrzygnięcia roszczenia z art. 446 § 3 k.c., gdyż mogło to dotyczyć biegłego powołanego w związku z innym roszczeniem.

Jedynie w 12 sprawach (czyli w 17,6% wszystkich spraw, w których powołano biegłego) sąd dopuścił kolejną opinię, przy czym zawsze była to opinia uzupełniająca tego samego biegłego.

8.3. Przekształcenia podmiotowe i przedmiotowe

Jedynie w 8 sprawach (11,1% wszystkich spraw) doszło do jakichkolwiek przekształceń podmiotowych w toku procesu. W pięciu sprawach doszło do wstąpienia nowej strony w miejsce dotychczasowej, co wiązało się z przekształceniami i przejściami na rynku ubezpieczeń albo ze śmiercią dotychczasowego powoda, w pięciu sprawach doszło do interwencji ubocznej, z czego w czterech sprawach – na skutek przypozwania (art. 84 k.p.c.). Interwenientami ubocznymi byli bezpośredni sprawcy szkody.

W 13 sprawach (18,1%) dochodziło do zmian przedmiotowych. W 7 sprawach doszło do rozszerzenia powództwa, w 5 sprawach do ograniczenia powództwa, a w zaledwie jednej sprawie – do cofnięcia pozwu w całości. Trzeba jednak mieć na uwadze, że rozszerzenie lub ograniczenie powództwa nie musiało odnosić się do roszczenia o odszkodowanie, o którym mowa w art. 446 § 3 k.c.

Główną przyczyną ograniczania lub powództw w części były decyzje pozwanym (ubezpieczycieli) o dopłacie kwoty pieniężnej do wypłaconego już wcześniej odszkodowania.

8.4. Rozstrzygnięcia sądów I instancji

Wyrokiem zakończyło się 53 spraw o odszkodowanie z art. 446 § 3 k.c. (73,6% tych spraw). W 13 sprawach (18,1%) zawarto ugodę co do całości lub części roszczenia. Ugody zawierano najczęściej przed lub w trakcie postępowania dowodowego (w 7 sprawach, czyli w 53,9% spraw zakończonych ugodą; ugodę zawarto przed przeprowadzeniem dowodu z opinii biegłego). Takie „rozłożenie momentów”, w których zawierane były ugody nie powinno dziwić. Wydaje się bowiem, że przed przeprowadzeniem postępowania dowodowego strony są najbardziej niepewne rozstrzygnięcia, są zatem najbardziej gotowe na ustępstwa. Po przeprowadzeniu postępowania dowodowego, zwłaszcza dowodów z opinii biegłych, wynik postępowania daje się w dużej mierze przewidzieć, co może wpływać negatywnie na wolę dokonywania innych ustępstw niż nieuniknione z punktu widzenia przewidywanego rozstrzygnięcia.

Powództwa były zazwyczaj uwzględniane przez sąd przynajmniej w części. W sprawach, w których dochodzono roszczenia z art. 446 § 3 k.c., powództwo uwzględniono w całości jedynie w 3 sprawach (4,2%), w części – w 48 sprawach (66,2%), a oddalono w całości w 2 sprawach (2,8%). Należy jednak mieć na uwadze, że roszczenia z art. 446 § 3 k.c. były zasadniczo dochodzone łącznie z roszczeniem o zadośćuczynienie, a czasem także z innymi roszczeniami. Uwzględnienie zatem powództwa w części mogło *in concreto* oznaczać, że akurat powództwo o roszczenie z art. 446 § 3 k.c. zostało oddalone. Będzie to widoczne przy analizie zasądzanych kwot i skuteczności powództw w dalszej części niniejszego opracowania.

Maksymalne zasądzone odszkodowanie z art. 446 § 3 k.c. wyniosło 54.000 zł (najwyższe żądane – 125.000 zł), przy średniej 9.543,56 zł, a medianie wynoszącej 0 zł (co jest jednak efektem niskiego stopnia uwzględniania takich roszczeń).

Żądania o odszkodowanie z art. 446 § 3 k.c. uwzględniane było średnio w 31,7%, przeciętnie większość z nich była oddalana, skoro mediana zasądzeń wynosi 0.

Rozpiętość wysokości odszkodowań przyznawanych przez sądy była mniejsza niż rozpiętość dochodzonych roszczeń. Odchylenie standardowe przyznanych odszkodowań z art. 446 § 3 k.c. wyniosło 14.460,35 zł, podczas gdy odchylenie standardowe żądań wynosiło 25.593 zł.

Średnie odszkodowanie, o którym mowa w art. 446 § 3 k.c., zasądzone na rzecz kobiet wyniosło 9.518,38 zł (mediana wyniosła 0 zł⁴⁶), a maksymalne – 54.000 zł. Żądania kobiet o odszkodowanie z art. 446 § 3 k.c. uwzględniano zaś średnio w 25,5% (mediana wyniosła 0%⁴⁷).

Średnie odszkodowanie, o którym mowa w art. 446 § 3 k.c., zasądzone na rzecz mężczyzn wyniosło 5.042,73 zł (mediana wyniosła 0 zł), a maksymalne 40.000 zł. Żądania te uwzględniano średnio w 20,5% (mediana – 0%).

Oznacza to, że zasadniczo świadczenia zasądzone na rzecz mężczyzn z tytułu roszczeń z art. 446 § 3 k.c. były istotnie niższe niż świadczenia zasądzone z tych samych tytułów na rzecz kobiet. Można to wyjaśnić tym, że przyczyny, iż kobiety – albo z tego tytułu, że przeciętnie zarabiają mniej od mężczyzn, albo też częściej niż mężczyźni nie pracują i pozostają na utrzymaniu drugiego z małżonków – są bardziej uzależnione od zarobków swoich mężów, a w związku z tym śmierć mężów powoduje pogorszenie ich sytuacji życiowej w większym zakresie niż w przypadku, gdy poszkodowanym z art. 446 § 3 k.c. jest mężczyzna.

Powództwa były w większym zakresie uwzględniane w I instancji przez sądy rejonowe niż przez sądy okręgowe. Charakterystyczne jest, że w sprawach, w których sąd okręgowy orzekał jako sąd I instancji, w zdecydowanie mniejszej liczbie przypadków oraz w istotnie mniejszym zakresie niż w sprawach, w których w I instancji orzekał sąd rejonowy, uwzględniano żądania o odszkodowanie o którym mowa w art. 446 § 3 k.c. Dane dotyczące zasądzeń z podziałem na sądy rejonowe i sądy okręgowe ilustruje tabela 5.

Tabela 5.

Zasądzenia w sprawach o zadośćuczynienie lub roszczenie z art. 446 § 3 k.c. w zależności od szczebla sądu, który orzekał w I instancji

Rodzaj roszczenia		Sądy rejonowe	Sądy okręgowe
O odszkodowanie z art. 446 § 3 k.c.	Liczba spraw zakończonych wyrokiem	12	44
	Liczba zasądzeń przynajmniej częściowych	7	18
	Średnia kwota zasądzeń	6.721,80 zł	9.109,55 zł
	Mediana zasądzeń	3.162,69 zł	0
	Średnia procentowa uwzględnienia roszczenia	44,3%	26,5%
	Mediana procentowa uwzględnienia roszczenia	50%	0%

Źródło: opracowanie własne.

⁴⁶ Co oznacza, że większość tych roszczeń została oddalona.

⁴⁷ Zatem w tym przypadku większość roszczeń została oddalona.

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

Tabela 6. Stopień uwzględniania roszczeń o zadośćuczynienie i o odszkodowanie z art. 446 § 3 k.c. według obszarów apelacji					
Apelacja	Roszczenia z art. 446 § 3 k.c.				
	Odsetek spraw, w których uwzględniono roszczenie przynajmniej w części	Średnia zasądzana kwota	Mediana zasądzanych kwot	Średni odsetek uwzględnień	Mediana odsetka uwzględnień
białostocka	100%	27.500 zł	27.500 zł	66%	66%
gdańska	42,9%	6.237,53 zł	0 zł	29,4%	0%
katowicka	brak danych (brak przebadanych spraw z tego obszaru)				
krakowska	brak danych (brak przebadanych spraw z tego obszaru)				
lubelska	0% ⁴⁸	0 zł	0 zł	0%	0%
łódzka	44,4%	9.601,11 zł	0 zł	20,0%	0%
poznańska	57,1%	3.190,89 zł	3.000 zł	51,4%	60%
szczecińska	brak danych (brak przebadanych spraw z tego obszaru)				
rzeszowska	22,2%	4.444,44 zł	0 zł	22,2%	0%
warszawska	75%	26.000 zł	25.000 zł	58,6%	67,3%
wrocławska	0% ⁴⁹	0 zł	0 zł	0%	0%

Źródło: opracowanie własne.

Analizując powyższą tabelę, należy mieć na uwadze następujące okoliczności dotyczące metodologii omawianego badania. Dobór próby dokonywany był łącznie dla wszystkich kategorii badanych spraw, tj. szkody na mieniu, szkody na osobie, zadośćuczynienia i roszczenia o którym mowa w art. 446 § 3 k.c. To spowodowało, że w ramach spraw o roszczenie z art. 446 § 3 k.c. mogło dojść do zaburzenia proporcji między sprawami rozpoznawanymi w I instancji przez sądy rejonowe i sprawami rozpoznawanymi w I instancji przez sądy okręgowe. W sprawach otrzymanych z obszaru apelacji białostockiej, katowickiej i łódzkiej w ogóle nie było zakończonych wyrokiem spraw o odszkodowanie z art. 446 § 3 k.c. rozpoznawanych w I instancji przez sądy okręgowe. Z kolei podczas tworzenia próby losowej akt do badania nie został wylosowany żaden sąd z obszaru apelacji szczecińskiej. Należy też mieć na uwadze, że analizę spraw o roszczenia z art. 446 § 3 k.c. może zaburzać ogólna mała liczba tych spraw, która – po rozbiciu na apelacje – powoduje, iż w niektórych z nich próba badawcza była minimalna albo w ogóle było jej brak.

⁴⁸ Stwierdzono tylko jedną taką sprawę.

⁴⁹ Stwierdzono tylko jedną taką sprawę.

Mimo tych zastrzeżeń można dokonać pewnych obserwacji. Po pierwsze, dają się zauważyć istotne różnice geograficzne co do roszczeń z art. 446 § 3 k.c. Jedynie częściowo można to wyjaśnić wskazanym wyżej rozproszeniem próby badawczej. Wraz ze wskazanym wcześniej o wiele niższym współczynnikiem zasądzalności tych roszczeń ukazuje to, że jest to roszczenie o wiele trudniejsze do wykazania.

Najistotniejszą okolicznością powodującą częściowe oddalenie powództwa było przyczynienie się zmarłego. Zgłoszono je w 28 przypadkach i we wszystkich zostało ono uwzględnione przez sąd, choć niekoniecznie we wskazywanym przez pozwanego zakresie. Najczęstszymi okolicznościami wskazującymi na przyczynienie się poszkodowanego do szkody był stan nietrzeźwości u ofiary wypadku, zdecydowanie się na jazdę z pijanym kierowcą, niezapięcie pasów bezpieczeństwa i wtargnięcie przez pieszego na jezdnię. Skutkiem uwzględnienia zarzutu przyczynienia się poszkodowanego było obniżenie odszkodowania o ok. 1/3 (średnia wynosiła 27,9%, mediana – 30%). Ani razu nie okazał się natomiast skuteczny podnoszony w analizowanych sprawach zarzut wyłącznej winy poszkodowanego.

Dwa razy na obniżenie zasądanego odszkodowania wpłynął skutecznie podniesiony zarzut *compensatio lucri cum damno*. Sądy uznały, że przy ustalaniu wysokości odszkodowania wynikającego z art. 446 § 3 k.c. powinno być brane pod uwagę uzyskanie przez poszkodowaną renty rodzinnej albo spadku⁵⁰. Wydaje się, że – zwłaszcza renta rodzinna – jest świadczeniem zmierzającym do minimalizacji skutków śmierci osoby bliskiej na sytuację życiową osoby zmarłemu bliskiej. Również instytucja spadkobrania ma ograniczać ekonomiczne skutki śmierci dla bliskich zmarłego. Zabieg taki należy więc ocenić pozytywnie.

Na zakończenie analizy orzeczeń sądów I instancji należy wskazać na interesujący fakt, że w większości spraw były składane wnioski o uzasadnienie wyroku. Na 53 wyroki wnioski takie złożono w 51 sprawach, czyli 96,2% spraw, w których wydano wyrok. Nie oznaczało to jednak, że w równie dużym odsetku spraw została złożona apelacja.

Podsumowując powyższe rozważania, należy zwrócić uwagę na okoliczność, że mediana procenta, w jakim uwzględniano żądanie z art. 446 § 3 k.c., wynosi 0. Oznacza to, że w większości spraw dochodzone w tej części powództwa oddalono. Także średnie przyznane z tego tytułu odszkodowanie jest relatywnie niskie. Dane te zestawione z liczbą powództw, w których zgłoszono takie roszczenie pokazuje, że możliwość żądania odszkodowania o którym mowa w art. 446 § 3 k.c. jest rzadko wykorzystywana przez osoby poszkodowane, zaś nawet w przypadku zgłoszenia takiego roszczenia rzadko kiedy jest ono uwzględniane. Wynikać to może przede wszystkim z nakładania się na siebie przesłanek tego odszkodowania z przesłankami odszkodowania o którym mowa w art. 446 § 2 k.c., oraz przesłankami zadośćuczynienia z art. 446 § 4 bądź art. 448 k.c. Zbadanie jednak przyczyn wysokiej nieskuteczności powództw o odszkodowanie z art. 446 § 3 k.c. wymaga dalszych analiz, co wykracza poza metodę przyjętą w niniejszym badaniu i musiałoby polegać jedynie na szczegółowej analizie uzasadnień wyroków oddalających to powództwo.

⁵⁰ Sprawy przed SO w Przemyśle pod sygn. akt I C 74/14, i przed SO w Łodzi pod sygn. akt I C 398/15.

9. POSTĘPOWANIE APELACYJNE I KASACYJNE

Pomimo to, że w praktyce zawsze w analizowanych sprawach były składane wnioski o sporządzenie uzasadnienia, nie we wszystkich sprawach składane były apelacje. Stało się tak w 32 sprawach, a więc w 60,4% spraw zakończonych wyrokiem. Wydaje się to być odsetkiem dość wysokim. Na 53 sprawy zakończone wyrokami w 32 sprawach (60,4%) została wniesiona apelacja. W postępowaniu apelacyjnym zasadniczo sąd II instancji nie prowadził własnego postępowania dowodowego – nastąpiło to zaledwie w 2 sprawach, a w jednej podniesiono nowe twierdzenia.

W przeciwieństwie do spraw o zadośćuczynienie za krzywdy wyrządzone na skutek wypadków drogowych, gdzie stabilność orzecznictwa wyniosła 64,1%⁵¹, w sprawach w których rozstrzygano o roszczeniu z art. 446 § 3 k.c. apelację oddalono zaledwie w 17 przypadkach, czyli w 53,1% spraw. Jest to stabilność niższa niż średnia dla wszystkich procesowych sprawach cywilnych. W 2015 r. (a zatem w roku, w którym kończyły się omawiane sprawy) ogólny współczynnik stabilności orzeczeń w sprawach cywilnych zaskarżonych apelacją w sprawach rozpoznawanych w II instancji przez sądy okręgowe (sygnatury Ca) wynosił 60,4%, a przez sądy apelacyjne (sygnatura ACa) – 59,7%⁵².

Trzeba jednak zwrócić uwagę, że zmiana orzeczeń (co następowało w 15 przypadkach) nigdy nie dotyczyła roszczenia z art. 446 § 3 k.c., ale innych roszczeń dochodzonych łącznie. Oznacza to, że rozstrzygnięcia dotyczące odszkodowania za pogorszenie sytuacji życiowej osoby bliskiej cechowała stuprocentowa stabilność.

Ani razu nie doszło do uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania, co świadczy o prawidłowym prowadzeniu przez sądy I instancji postępowań dowodowych.

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

10. CZAS TRWANIA POSTĘPOWAŃ

Uwzględniając wszystkie takie sprawy (a zatem także i te, w których obok roszczenia z art. 446 § 3 k.c. dochodzono także zadośćuczynienia – a takich była zdecydowana większość), postępowanie trwało średnio 447 dni, zaś mediana długości trwania postępowania wyniosła 376 dni. Najdłuższe postępowanie trwało 2296 dni, a najkrótsze – 84 dni.

Zdecydowanie krócej trwały natomiast postępowania, w których dochodzono wyłącznie roszczenia z art. 446 § 3 k.c.⁵³ – średnio 131 dni przy medianie długości postępowań 124 dni. Najdłuższe takie postępowanie trwało 210 dni, a najkrótsze – 84 dni. Najkrótsze postępowanie wyłącznie o odszkodowanie z art. 446 § 3 k.c., rozpoznawane na rozprawie trwało 112 dni.

⁵¹ J.M. Kondek, *Naprawienie krzywdy...*, s. 78.

⁵² MST VIII Stabilność załatwiania spraw w sądach powszechnych za rok 2015, <https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-jednoroczne/rok-2015/download,3169,8.html> (dostęp: 24.11.2020 r.).

⁵³ Należy jednak mieć na uwadze, że w przebadanych sprawach tylko cztery sprawy wyłącznie o odszkodowanie z art. 446 § 3 k.c. (tzn. takie, w których nie dochodzono jednocześnie zadośćuczynienia) zakończyły się wydaniem wyroku.

W postępowaniach apelacyjnych nie widać takiego zróżnicowania. Średnia długość postępowania apelacyjnego wyniosła 247 dni przy medianie 246 dni. Najdłuższe postępowanie apelacyjne trwało 502 dni, a najkrótsze – 97 dni.

Długość trwania postępowań wykazywała duże zróżnicowanie, o czym poza porównaniem przytoczonych wyżej wartości skrajnych świadczy porównanie odchyień standardowych. Odchylenie standardowe dla postępowań w I instancji dla spraw o odszkodowanie z art. 446 § 3 k.c. – to 399 dni (ale jedynie 52 dni dla spraw wyłącznie o to odszkodowanie), a zatem niewiele mniej niż średnie długości trwania tych postępowań.

Dla porównania w 2015 r. ogólna średnia długość trwania postępowania sądowego procesowego (repertorium C) wynosiła w sądach rejonowych 10,3 miesiąca (tj. ok. 310 dni), a w sądach okręgowych – 8,8 miesiąca (tj. ok. 270 dni)⁵⁴. Oznacza to, że postępowania o zadośćuczynienie lub o odszkodowanie z art. 446 § 3 k.c. trwają średnio o ok. połowę dłużej niż przeciętne cywilne postępowanie procesowe.

W sądach apelacyjnych wskaźnik czasu postępowania w 2015 r. dla spraw rozpoznawanych w II instancji przez sądy okręgowe dla spraw z repertorium Ca wynosił 107,5 dnia, a dla spraw rozpoznawanych w II instancji przez sądy apelacyjne (repertorium ACa) – 260,2 dnia⁵⁵. Oznacza to, że czas trwania postępowań apelacyjnych w przebadanych sprawach istotnie odbiegał od średnich długości trwania postępowań apelacyjnych w sądach okręgowych, ale odpowiadał średniej długości trwania postępowań w sądach apelacyjnych.

Charakterystyczne jest przy tym to, że zdecydowanie krócej trwały postępowania których przedmiotem było wyłącznie żądanie przyznania odszkodowania z art. 446 § 3 k.c. Można z tego wnioskować, że postępowania te są łatwiejsze do oceny zarówno pod względem dowodowym, jak i oceny stanu faktycznego. Nie można jednak również zapominać o tym, że postępowania te relatywnie częściej kończyły się wyrokiem oddalającym powództwo lub zasądzającym je w niewielkim zakresie. Szybkość postępowania w tych sprawach może zatem wynikać też z tego, że były one zgłaszane przez powodów zbyt pochopnie i w rezultacie niejednokrotnie były uznawane za bezzasadne po krótkim postępowaniu sądowym.

Wydaje się jednak, że wskazane przeciętne okresy trwania postępowania drugoinstancyjnego (wliczając w to czas na sporządzenie uzasadnienia wyroku sądu I instancji i postępowanie międzyinstancyjne) nie są (jak na warunki polskiego sądownictwa) długie.

11. WNIOSKI

Powodami w analizowanych sprawach są wyłącznie osoby fizyczne, co nie może dziwić, mając na uwadze, że roszczenie to może przysługiwać wyłącznie ludziom. Ponadto roszczenia te są niezbywalne przed wytoczeniem powództwa z uwagi na treść art. 449 k.c. Powodowie w przeważającej części byli reprezentowani przez profesjonalnych pełnomocników. Pełnomocnicy ci zawsze pochodzili z wyboru,

⁵⁴ Sprawność postępowań sądowych – czas trwania postępowania sądowego w latach 2011–2018, <https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie> (dostęp: 24.11.2020 r.).

⁵⁵ Apelacje w postępowaniach cywilnych w SO i SA w latach 2005–2018, <https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie> (dostęp: 24.11.2020 r.).

nawet w przypadku zwolnienia powoda od kosztów sądowych co miało miejsce o wiele częściej niż w przypadku przeciętnych spraw cywilnych.

Pozwanymi byli zasadniczo ubezpieczyciele, co pokazuje, że naprawienie szkód o których mowa w art. 446 § 3 k.c. z tytułu wypadków drogowych, jest zasadniczo domeną ubezpieczeń gospodarczych. Dziwić to nie powinno, mając na uwadze – z jednej strony – relatywną łatwość dochodzenia zadośćuczynienia lub odszkodowania od ubezpieczyciela (w porównaniu do sprawcy szkody), a z drugiej strony – obowiązkowość ubezpieczeń OC i powszechność ubezpieczeń AC.

W przeważającej części przypadków odszkodowania z art. 446 § 3 k.c. były częściowo wypłacane przez ubezpieczycieli w postępowaniu odszkodowawczym, aczkolwiek miały one charakter w dużej mierze symboliczny (mediana wynosiła 10.000 zł).

Postępowania trwały podobnie długo jak na przeciętne w swojej kategorii (repertorium C), zaś tam, gdzie dochodzono wyłącznie roszczenia z art. 446 § 3 k.c. – istotnie krócej.

Wbrew obiegowej opinii, roszczenia zgłaszane w pozwie nie były bardzo wysokie, ponieważ ich mediana wynosiła 30.000 zł. Roszczenia z art. 446 § 3 k.c. były uwzględniane relatywnie rzadko. Średnio powództwa te uwzględniano w mniej niż 1/3 spraw, zaś mediana przyznanych odszkodowań wyniosła 0 zł. Analiza wysokości odchyłeń standardowych roszczeń i zasądzeń pokazuje, że w orzecznictwie sądowym dochodziło do istotnego miarkowania skrajnych (tj. wygórowanych) roszczeń.

Niezbyt często, bo tylko w 18,1% spraw, dochodziło do ugodowego zakończenia sporu. Można to wyjaśnić tym, że tam, gdzie strony widziały możliwość ustępstw dochodziło do nich na etapie postępowania likwidacyjnego, zaś do wytoczenia powództwa dochodziło w sprawach spornych między stronami.

Omawiane badanie ukazuje niewielkie praktyczne znaczenie roszczenia z art. 446 § 3 k.c. Jest ono rzadko zgłaszane, a jeszcze rzadziej uwzględniane. Przyczyny takiego stanu rzeczy nie dają się ustalić za pomocą badania statystycznego. Możliwe jest jednak wyprowadzenie pewnych wniosków. Można przypuszczać, że omawiane roszczenie jest pochłaniane przez inne roszczenia. W przypadku szkód o charakterze ściśle majątkowym, takich jak utrata osoby łączącej na utrzymanie poszkodowanego, roszczenia te są dochodzone na podstawie art. 446 § 2 k.c. Z kolei w przypadku uszczerbków o charakterze niemajątkowym, związanych z utratą osoby bliskiej (a nie wyłącznie środków finansowych przez tę osobę bliską zapewnianych), to ich kompensata dochodzona jest na podstawie art. 446 § 4 k.c. Chociaż teoretycznie wejście w życie art. 446 § 3 k.c. doprowadziło do sprecyzowania zakresu dóbr chronionych przez art. 446 § 3 k.c. poprzez wyeliminowanie skutków cierpień psychicznych, to w praktyce doprowadziło to do utraty przez ten przepis realnego znaczenia. Wydaje się, że wyniki niniejszego opracowania obrazują, iż w praktyce trudno jest znaleźć takie uszczerbki, które mieściłyby się w zakresie dyspozycji art. 446 § 3 k.c., a zarazem nie mieściłyby się w zakresach stosowania art. 446 § 2 czy 4 k.c.⁵⁶

⁵⁶ Na ząębienie się uszczerbków majątkowego (kompensowanego na podstawie art. 446 § 3 k.c.) i niemajątkowego (kompensowanego na podstawie art. 446 § 4 k.c.) na gruncie konkretnych stanów faktycznych, słusznie zwraca uwagę M. Karolak, *Zadośćuczynienie...*, s. 32.

Summary

Jędrzej Maksymilian Kondek, Redressing Damage under Article 446(3) of the Civil Code Caused in Road Accidents in the Light of Case File Study

The article presents the results of a case file study conducted at the Institute of Justice, concerning redress for material and non-material damage caused in road accidents in terms of redressing the damage referred to in Article 446(3) of the Civil Code [CC]. The study covered 72 cases in which such claims were asserted, out of a total of 922 cases studied, in which cases parties sought redress for material or non-material damage caused in road accidents. This fact alone shows that the claims under Article 446(3) CC are rarely asserted. This is the category of claims least frequently asserted in the analysed cases (redress for non-material damage, property damage or personal injury was pursued more frequently). The claimants in the analysed cases are exclusively natural persons, which is not surprising given that the claim can only be brought by people. Moreover, these claims are non-transferable before an action is brought, as provided for in Article 449 CC. Most claimants were represented by professional attorneys. The attorneys were always chosen by them, even when the claimant was exempt from court costs, which happened much more often than in civil cases on average.

In principle, the defendants were insurers, which demonstrates that redressing the damage referred to in Article 446(3) CC, when caused by road accidents, is basically dealt with through commercial insurance. It should not be seen as strange, considering, on the one hand, the relative ease of seeking redress or compensation from the insurer (compared to the person who caused the accident), and, on the other hand, the mandatory nature third party liability insurance and the prevalence of casco insurance.

In the majority of cases, compensation under Article 446(3) CC was partially paid by insurers in indemnification proceedings, but this compensation was mostly a notional amount (the median being PLN 10,000).

The length of the proceedings was similar to the average for this category (register C), and where only claims under Article 446(3) CC were pursued it was significantly shorter.

Importantly, claims under Article 446(3) CC were granted relatively rarely. On average, these actions were successful in less than 1/3 of cases, and the median of awarded compensation was 0. Contrary to widespread belief, the compensations sought in the statements of claims were not very high, with the median of PLN 30,000. An analysis of standard deviation of claims and actual awards shows that in case law extreme (i.e. exorbitant) claims were considerably moderated. Not very often, just in 18.1% of cases, the disputes ended in settlement. This can be explained by the fact that where parties saw any room for concessions, they did so at the stage of claims adjustment, while actions were only brought in cases where the parties were in dispute.

The study in question demonstrates the minor practical significance of the claim under Article 446(3) CC. It is rarely asserted and even more rarely successful. The reasons for this cannot be determined by a statistical survey, however, it is possible to draw some conclusions. Supposedly, the claim in question is absorbed by other claims. In the case of damage of a strictly pecuniary nature, such as the injured party losing the person who provided his/her financial support, the claims are pursued under Article 446(2) CC. On the other hand, in the case of non-property damage caused by loss of a loved one (and not only the financial resources provided by the loved one), the compensation is sought under Article 446(4) CC. Although theoretically the entry into force of Article 446(3) CC led to clarification of the scope of interests protected by Article 446(3) CC by eliminating the effects of mental suffering, in practice this deprived the provision of any real meaning. The results of this study seem to illustrate that in practice it is difficult to find damage that would fall within the scope of disposition of Article 446(3) CC and at the same time would fall outside the scope of application of Article 446(2) or (4) CC.

Keywords: civil liability for road accidents, redressing damage, damage under Article 446(3) of the Civil Code, third party liability insurance

Streszczenie

Jędrzej Maksymilian Kondek, *Naprawienie szkody z art. 446 § 3 Kodeksu cywilnego wyrządzonej w wypadkach komunikacyjnych w świetle badań aktowych*

Artykuł przedstawia wyniki przeprowadzonego w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości badania aktowego dotyczącego naprawienia szkody i krzywdy wyrządzonej w wypadkach drogowych w zakresie naprawienia szkody, o której mowa w art. 446 § 3 Kodeksu cywilnego. Przedmiotem badania objęto 72 dwie sprawy, w których dochodzonego tego roszczenia spośród ogólnie przebadanych 922 spraw, których przedmiotem było naprawianie szkody lub krzywdy wyrządzonej w wypadkach drogowych. Już ta okoliczność pokazuje, że roszczenie z art. 446 § 3 k.c. jest rzadko dochodzone. Była to bowiem kategoria roszczeń najrzadziej dochodzonych w przeanalizowanych sprawach (częściej dochodzone naprawienia krzywdy, szkody majątkowej i szkody na osobie).

Powodami w analizowanych sprawach są wyłącznie osoby fizyczne, co nie może dziwić mając na uwadze, że roszczenie to może przysługiwać wyłącznie ludziom. Ponadto roszczenia te są niezwykłe przed wytoczeniem powództwa z uwagi na treść art. 449 k.c. Powodowie w przeważającej części byli reprezentowani przez profesjonalnych pełnomocników. Pełnomocnicy ci zawsze pochodzili z wyboru nawet w przypadku zwolnienia powoda od kosztów sądowych, co miało miejsce o wiele częściej niż w przypadku przeciętnych spraw cywilnych. Pozwanymi byli zasadniczo ubezpieczyciele, co pokazuje, że naprawienie szkód, o których mowa w art. 446 § 3 k.c. z tytułu wypadków drogowych, jest zasadniczo domeną ubezpieczeń gospodarczych. Dziwić to nie powinno, mając na uwadze, z jednej strony, relatywną łatwość dochodzenia zadośćuczynienia lub odszkodowania od ubezpieczyciela (w porównaniu do sprawcy szkody), a z drugiej strony – obowiązkowość ubezpieczeń OC i powszechność ubezpieczeń AC. W przeważającej części przypadków odszkodowania z art. 446 § 3 k.c. były częściowo wypłacone przez ubezpieczycieli w postępowaniu odszkodowawczym, aczkolwiek miały one charakter w dużej mierze symboliczny (mediana wynosiła 10.000 zł).

Postępowania trwały podobnie długo jak przeciętne w swojej kategorii (repertorium C), zaś tam, gdzie dochodzone wyłącznie roszczenia z art. 446 § 3 k.c. – istotnie krócej.

Co bardzo istotne, roszczenia z art. 446 § 3 k.c. były uwzględniane relatywnie rzadko. Średnio powództwa te uwzględniano w mniej niż 1/3 spraw, zaś mediana przyznanych odszkodowań wyniosła 0. Wbrew obiegowej opinii roszczenia zgłaszane w pozwie nie były bardzo wysokie, ponieważ ich mediana wynosiła 30.000 zł. Analiza wysokości odchylen standardowych roszczeń i zasadzeń pokazuje, że w orzecznictwie sądowym dochodziło do istotnego miarkowania skrajnych (tj. wygórowanych) roszczeń.

Niezbyt często, bo tylko w 18,1% spraw dochodziło do ugodowego zakończenia sporu. Można to wyjaśnić tym, że tam, gdzie strony widziały możliwość ustępstw dochodziło do nich na etapie postępowania likwidacyjnego, zaś do wytoczenia powództwa dochodziło w sprawach spornych między stronami.

Omaiwane badanie ukazuje niewielkie praktyczne znaczenie roszczenia z art. 446 § 3 k.c. Jest ono rzadko zgłaszane, a jeszcze rzadziej uwzględniane. Przyczyny takiego stanu rzeczy nie dają się ustalić za pomocą badania statystycznego. Możliwe jest jednak wyprowadzenie pewnych wniosków. Można przypuszczać, że omaiwane roszczenie jest pochłaniane przez inne roszczenia. W przypadku szkód o charakterze ściśle majątkowym takich jak utrata osoby łączącej na utrzymanie poszkodowanego, roszczenia te są dochodzone na podstawie art. 446 § 2 k.c. Z kolei w przypadku uszczerbków o charakterze niemajątkowym, związanych z utratą osoby bliskiej (a nie wyłącznie środków finansowych przez tę osobę bliską zapewnianych), to ich kompensata dochodzona jest na podstawie art. 446 § 4 k.c. Chociaż teoretycznie wejście w życie art. 446 § 3 k.c. doprowadziło do sprecyzowania zakresu dóbr chronionych przez art. 446 § 3 k.c. poprzez wyeliminowanie skutków cierpień psychicznych, to w praktyce doprowadziło to do utraty przez ten przepis realnego znaczenia. Wydaje się, że wyniki niniejszego opracowania obrazują, iż w praktyce trudno jest znaleźć takie uszczerbki, które mieściłyby się w zakresie dyspozycji art. 446 § 3 k.c., a zarazem nie mieściłyby się w zakresach stosowania art. 446 § 2 czy 4 k.c.

Słowa kluczowe: odpowiedzialność cywilna za wypadki drogowe, naprawienie szkody, szkoda z art. 446 § 3 k.c., ubezpieczenia OC

Literatura:

1. Dziurda M., Ryłski P., Sadowski J., Wild M. [red.] *Ustawa o kosztach sądowych w sprawach cywilnych. Analiza funkcjonowania – wnioski de lege ferenda*, Warszawa 2014.
2. Gudowski J., Bieniek G. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. III. *Zobowiązania. Część ogólna*, T. Bielska-Sobkowicz, H. Ciepla, M. Sychowicz, R. Trzaskowski, T. Wiśniewski, C. Zuławska, J. Gudowski, G. Bieniek, wyd. II, Warszawa 2018.
3. Karolak M., *Zadośćuczynienie za śmierć osoby bliskiej*, Forum Prawnicze 2019, nr 5.
4. Kondek J.M., *Naprawienie krzywdy wyrządzonej w wypadkach komunikacyjnych w świetle badań aktowych*, Prawo w Działaniu 2021, nr 46.
5. Kowalewski E., *Prawo ubezpieczeń gospodarczych*, Bydgoszcz 1992.
6. Łolik M., *Nowelizacja kodeksu cywilnego w zakresie możliwości przyznania zadośćuczynienia za śmierć osoby bliskiej*, Przegląd Prawa Handlowego 2008, nr 9.
7. Machnikowski P., Śmieja A. [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 6, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. A. Olejniczak, Warszawa 2014.
8. Mularski K. [w:] *Kodeks cywilny*, t. 2, *Komentarz. Art. 353–626*, red. M. Gutowski, Warszawa 2019.
9. Olejniczak A. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. III. *Zobowiązania – część ogólna*, red. A. Kidyba, wyd. II, Warszawa 2014.
10. Pałka Ł., *Glosa do wyroku SN z dnia 20 sierpnia 2015 r., II CSK 594/14*, LEX/el. 2016.
11. Sobolewski P. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3 A, *Zobowiązania. Część ogólna*, red. K. Osajda, Warszawa 2017.
12. Wałachowska M., *Glosa do wyroku SN z dnia 14 marca 2007 r., I CSK 465/06*, OSP 2008, nr 11.
13. Wałachowska M., *Wynagrodzenie szkód deliktowych doznanych przez pośrednio poszkodowanych*, Warszawa 2014.
14. Wałachowska M., *Wynagrodzenie szkód poniesionych na skutek doznania wstrząsu psychicznego spowodowanego śmiercią osoby bliskiej*, Przegląd Sądowy 2004, nr 7–8.
15. *Wypadki drogowe w Polsce w 2013 r.*, Komenda Główna Policji. Biuro Ruchu Drogowego, Warszawa 2014, <http://statystyka.policja.pl/st/ruch-drogowy/76562,Wypadki-drogowe-raporty-roczne.html>
16. *Wypadki drogowe w Polsce w 2014 r.*, Komenda Główna Policji. Biuro Ruchu Drogowego, Warszawa 2015, <http://statystyka.policja.pl/st/ruch-drogowy/76562,Wypadki-drogowe-raporty-roczne.html>
17. *Wypadki drogowe w Polsce w 2015 r.*, Komenda Główna Policji. Biuro Ruchu Drogowego, Warszawa 2016, <http://statystyka.policja.pl/st/ruch-drogowy/76562,Wypadki-drogowe-raporty-roczne.html>

Rafał Adamus*

W sprawie potrzeby uregulowania umowy franczyzy w Polsce**1

1. POJĘCIE I ZNACZENIE GOSPODARCZE FRANCZYZY W POLSCE

1.1. Geneza franczyzy

Instytucja franczyzy powstała w USA² jako sposób ekspansji gospodarczej oparty na współpracy autora pomysłu biznesowego, który już odniósł sukces, z licznymi, drobnymi inwestorami dysponującymi odpowiednim kapitałem i czasem na prowadzenie własnej działalności gospodarczej, ale według cudzego pomysłu³. Ojcami współczesnej franczyzy byli XIX-wieczni przedsiębiorcy: Izaak Singer (producent maszyn do szycia) i John S. Pemberton (autor receptury coca-coli)⁴. Zakrętem historii w rozwoju franczyzy była lata 50. XX w. w USA, kiedy to organizatorzy sieci przestali się ograniczać do udzielania zgód na dystrybucję dóbr handlowych, ale zaczęli udostępniać szczegółowe wskazówki co do sposobu prowadzenia działalności przez uczestników sieci⁵. W Polsce – na masową skalę – franczyza pojawiła się wraz z powstaniem gospodarki wolnorynkowej⁶ w latach 90. XX w. Początkowo były to głównie obce sieci francyzyzowe. Obecnie organizatorami sieci francyzyzowych są także krajowi przedsiębiorcy. Rodzimy odpowiednikiem franczyzy były wcześniej tzw. umowy agencji⁷. Jeszcze w epoce gospodarki centralnie planowanej rozwój oparty

* Dr hab. Rafał Adamus jest profesorem Uniwersytetu Opolskiego, pracownikiem Instytutu Nauk Prawnych UO, Katedra Prawa Gospodarczego i Finansowego, Polska, ORCID: 0000-0003-4968-459X, e-mail: radamus@uni.opole.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 15.07.2021 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 14.10.2021 r.

¹ Autor składa serdeczne podziękowania Panu prof. UO dr. hab. Pawłowi Sobczykowi za zainteresowanie autora tematem franczyzy i okazaną życzliwość.

² U. Promińska [w:] *System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – umowy nienazwane*, t. 9, red. W.J. Katner, Warszawa 2010, s. 748; 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. 17.

³ W. Gillis, G.J. Castrogiovanni, *The franchising business model: an entrepreneurial growth alternative*, "International Entrepreneur Management Journal" 2012/8, s. 75 i n.; B. Pokorska, *Przedsiębiorca w systemie francyzyzowym*, Warszawa 2004, s. 9 i n.

⁴ <https://franchising.pl/abc-franczyzy/24/franczyza-polsce-rozwoj-rok-roku/> (dostęp: 5.11.2021 r.).

⁵ A. Antonowicz, *Franchising – sposób na rozwój przedsiębiorstwa w czasie kryzysu?* [w:] *Gospodarka polska po 20 latach transformacji: osiągnięcia, problemy i wyzwania*, red. S. Pangsy-Kania, G. Szczodrowski, Warszawa 2009, s. 228.

⁶ U. Promińska [w:] *System...*, t. 9, s. 747.

⁷ U. Promińska [w:] *System...*, t. 9, s. 749.

o system agencji prowadził bank PKO, Poczta Polska, Orbis⁸. Treść umowy franczyzy samoistnie wykształciła się w praktyce. Jest to zatem empiryczny typ umowy.

1.2. Pojęcie franczyzy

Polski Kodeks cywilny⁹ (ani żadne inne ustawy z obszaru prawa prywatnego) nie reguluje treści umowy franczyzy. Umowa franczyzy jest jednak przedmiotem regulacji w niektórych innych państwach¹⁰. Umowa franczyzy¹¹ polega na tym, że organizator sieci udziela drugiej stronie zezwolenia na korzystanie z jego nazwy, firmy, godła, symboli, znaków towarowych, patentów, know-how, koncepcji i techniki prowadzenia działalności gospodarczej, zobowiązuje się do udzielenia pomocy, a druga strona zobowiązuje się do prowadzenia własnej działalności zgodnie ze wskazówkami organizatora sieci i do zapłaty wynagrodzenia¹².

Niemniej w związku z franczyzą pojawiają się definicje legalne tego zjawiska. W § 3 pkt 6 rozporządzenia Rady Ministrów z 30.03.2011 r.¹³ w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję „system dystrybucji franchisingowej”, na potrzeby przepisów o ochronie konkurencji, definiowany był jako „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”. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów¹⁴ bardzo szeroko definiuje pojęcie „towaru”.

⁸ <https://franchising.pl/abc-franczyzy/24/franczyza-polsce-rozwoj-rok-roku/> (dostęp: 5.11.2021 r.). „Jak wyjaśnił Sąd Najwyższy w przytoczonym już wyroku z dnia 8 października 2004 r., V CK 670/03 umowa franchisingowa według ukształtowanego w praktyce modelu ma charakter umowy wzajemnej. Ujmując rzecz najogólniej, na jej podstawie franchisingobiorca (partner) uzyskuje od franchisingodawcy (organizatora sieci) zezwolenie (franchise) na wykonanie wypracowanego przez niego, sprawdzonego sposobu prowadzenia określonej działalności gospodarczej i stosowanych przez niego oznaczeń, w zamian za wynagrodzenie (periodycznie uiszczane opłaty franchisingowe). Umowa ta jest zawierana na czas oznaczony lub nieoznaczony. Rodzi więc podobnie jak umowa najmu lub dzierżawy zobowiązanie o charakterze trwałym. Wskazane właściwości miała też umowa zawarta przez strony. Do stosunku prawnego, na którego powstanie była ona nakierowana, mogły więc mieć zastosowanie, zgodnie z art. 56 k.c., również ukształtowane w praktyce zwyczaje; w Polsce franchising zaczął się rozwijać w latach siedemdziesiątych ubiegłego wieku”. Wyrok Sądu Najwyższego (dalej SN) z 5.10.2005 r., II CK 122/05, niepubl.

⁹ Tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 – dalej k.c.

¹⁰ U. Promińska [w:] *System...*, t. 9, s. 751.

¹¹ U. Promińska [w:] *System...*, t. 9, s. 746 i n.; S. Włodyka, M. Spyra [w:] *System Prawa Handlowego. Prawo umów handlowych*, t. 6, red. S. Włodyka, Warszawa 2011, s. 639 i n.; A. Koch, *Umowa franchisingowa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1980/3, s. 56; B. Fuchs, *Franchising. Wzory umów z komentarzem*, Gdańsk 1997; L. Stecki, *Franchising*, Toruń 1996; K. Bagan-Kurluta, *Umowa franchisingu*, Warszawa 2001.

¹² Według Europejskiego Kodeksu Etyki Franczyzy: „Franczyza to system sprzedaży towarów, usług lub technologii, który jest oparty na ścisłej i ciągłej współpracy pomiędzy prawnie i finansowo odrębnymi i niezależnymi przedsiębiorstwami, franchyzodawcą i jego indywidualnymi franchyzobiorcami. Istota tego systemu polega na tym, że franchyzodawca nadaje swoim poszczególnym franchyzobiorcom prawo oraz nakłada na nich obowiązek prowadzenia działalności zgodnie z jego koncepcją. W ramach i na okres sporządzonej na piśmie umowy franchyzowej oraz w zamian za bezpośrednie lub pośrednie świadczenia finansowe uprawnienie to upoważnia indywidualnego franchyzobiorcę do korzystania z nazwy handlowej franchyzodawcy, jego znaku towarowego lub usługowego, know-how, metod prowadzenia działalności gospodarczej, wiedzy technicznej, systemu postępowania i innych praw własności intelektualnej lub przemysłowej, a także do korzystania ze stałej pomocy handlowej i technicznej franchyzodawcy”.

¹³ Dz.U. z 2011 r. Nr 81, poz. 441.

¹⁴ Ustawa z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1076) – dalej u.o.k.k.

Franczyzę – jako samodzielny typ stosunku prawnego – należy w szczególności odróżnić od umowy sprzedaży¹⁵, umów dystrybucji¹⁶, umów o pośrednictwo handlowe¹⁷, umowy licencyjnej¹⁸ (w zasadzie umowy licencji niewyłącznej), umowy agencyjnej¹⁹, umowy zlecenia²⁰, umów najmu i dzierżawy²¹, umowy spółki cywilnej²², umowy o przekazaniu know-how²³.

Są różne rodzaje franczyzy. W oparciu na kryterium rodzaju działalności może to być: franczyza produkcyjna, franczyza dystrybucyjna, franczyza usługowa, franczyza mieszana²⁴. Istotne wydaje się być wspomnienie o tzw. subfranchisingu, który polega na tym, że uczestnik sieci upoważniony jest do dalszego zawierania umów franczyzy z osobami trzecimi²⁵.

1.3. Znaczenie gospodarcze franczyzy i perspektywy jej rozwoju

Rynek franczyzowy jest wielobranżowy. Według różnych raportów liczba osób zaangażowanych w sieci franczyzowe w Polsce przekracza ponad pół miliona osób. Ocenia się, że w Polsce w roku 2020 było dostępnych ponad 1300 różnych sieci franczyzowych²⁶. Rynek franczyzy w Polsce rozwija się²⁷ dynamicznie i ma perspektywy dalszego wzrostu²⁸. Można postawić tezę, że jakość prawa ma wpływ na rozwój tego typu działalności gospodarczej. Skala zainteresowania franczyzą jest na tyle istotna społecznie, że warto, aby ustawodawca zajął się tą problematyką.

¹⁵ B. Pokorska, *Przedsiębiorca...*, s. 12.

¹⁶ U. Promińska [w:] *System...*, t. 9, s. 747; S. Włodyka, M. Spyra [w:] *System...*, t. 6, s. 642; B. Pokorska, *Przedsiębiorca...*, s. 13.

¹⁷ U. Promińska [w:] *System...*, t. 9, s. 766; B. Pokorska, *Przedsiębiorca...*, s. 13.

¹⁸ U. Promińska [w:] *System...*, t. 9, s. 767; B. Pokorska, *Przedsiębiorca...*, s. 16.

¹⁹ B. Pokorska, *Przedsiębiorca...*, s. 14.

²⁰ B. Pokorska, *Przedsiębiorca...*, s. 15.

²¹ B. Pokorska, *Przedsiębiorca...*, s. 15.

²² U. Promińska [w:] *System...*, t. 9, s. 768.

²³ U. Promińska [w:] *System...*, t. 9, s. 773; B. Pokorska, *Przedsiębiorca...*, s. 16.

²⁴ U. Promińska [w:] *System...*, t. 9, s. 750–751; S. Włodyka, M. Spyra [w:] *System...*, t. 6, s. 642.

²⁵ U. Promińska [w:] *System...*, t. 9, s. 751.

²⁶ <https://franchising.pl/abc-franczyzy/24/franczyza-polsce-rozwoj-rok-roku/> (dostęp: 5.11.2021 r.).

²⁷ U. Promińska [w:] *System...*, t. 9, s. 749; M. Pluta-Olearnik, *Franchising jako strategia rozwoju przedsiębiorstw usługowych*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego. Problemy Zarządzania, Finansów i Marketingu” 2012/20, s. 29 i n.; A. Chajęcki, M. Bojar, M. Chajęcki, *Umowy nienazwane na przykładzie franczyzy jako instrument tworzenia nowych warunków inwestycyjnych* [w:] *Efektywność i produktywność przedsiębiorstw*, „Artykuły IZIP” 2014, t. I, cz. II, s. 231, http://www.ptzp.org.pl/files/konferencje/kzz/art_2014/T1/t1_227.pdf (dostęp: 5.11.2021 r.); J. Wrzezińska, *Rozwój systemów franczyzowych w Polsce*, „Zeszyty Naukowe SGGW w Warszawie. Ekonomika i Organizacja Gospodarki Żywnościowej” 2011/93, s. 185–196; M. Gębczyńska, *Franchising jako sposób rozwoju małego przedsiębiorstwa*, „Zeszyty Naukowe Politechniki Śląskiej, Seria: Organizacja i Zarządzanie” 2014/70, s. 131 i n.; P. Antoszek, E. Flądrowska, A. Hulisz, *Funkcjonowanie franczyzy na przykładzie wybranego przedsiębiorstwa*, „Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Gospodarki” 2016, t. 28, s. 7 i n.; J. Fila, R. Witczak, *Podatkowe aspekty franchisingu jako formy finansowania przedsiębiorstw w globalizującej się gospodarce* [w:] *Dostępność kapitałów w warunkach globalizacji gospodarki*, red. B. Mikołajczyk, „Acta Universitatis Lodzensis, Folia Oeconomica” 2011/260, s. 296; A. Rzeczycka, G. Goławska-Witkowska, *Franchising jako instrument aktywizacji ekonomicznej podmiotów na rynku*, https://zie.pg.edu.pl/documents/30328766/30679229/REME_8_%281-2014%29-Art4.pdf (dostęp: 5.11.2021 r.); A. Tokaj-Krzewska, *Franchising. Strategia rozwoju małych firm w Polsce*, Warszawa 1999, s. 51; M. Ziółkowska, *Franczyza – nowoczesny model rozwoju biznesu*, Warszawa 2010, s. 32; A. Antonowicz, *Franchising...* [w:] *Gospodarka...*, s. 228; A. Antonowicz, *Rozwój sieci franczyzowych w Niemczech i w Polsce – analiza porównawcza*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego. Finanse, Rynki Finansowe, Ubezpieczenia” 2011/46, s. 11 i n.; A. Antonowicz, *Rozwój rynku franchisingu*, „Kwartalnik Nauk o Przedsiębiorstwie” 2008/4, s. 50–54.

²⁸ M. Ziółkowska, *Franczyza jako strategia wzrostu wartości przedsiębiorstwa*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego. Finanse. Rynki Finansowe. Ubezpieczenia” 2011/46, s. 305 i n.; A. Antonowicz, *Franchising – uwarunkowania i perspektywy rozwoju*, Gdynia 2010, s. 14; J. Hadyński, K. Józefowicz, *Szanse i bariery systemów franczyzowych branży spożywczej na obszarach wiejskich*, „Intercathedra” 2019/4(41), s. 329–336; M. Keskin, *Trendy rozwojowe franchisingu w Polsce i Europie*, „Ekonomia Międzynarodowa” 2016/13, s. 53 i n.

2. FRANCZYZA JAKO UMOWA NIENAZWANA W POLSKIM SYSTEMIE PRAWNYM

Doktryna prawa cywilnego określa umowę jako czynność prawną, której elementami koniecznymi są: po pierwsze, fakt uczestnictwa co najmniej dwóch stron i po drugie fakt złożenia zgodnych oświadczeń woli przez obie strony²⁹. Taka charakterystyka ogniskuje swoją uwagę na procesie kształtowania się umowy, pomija natomiast zagadnienie funkcji społecznej jaką spełnia umowa. Pryzmat funkcji społecznej dla scharakteryzowania umowy – z uwagi na różnorodność umów – zdaje egzamin przy limitacji tych czynności prawnych do wybranego typu, np. do franczyzy. Umowę franczyzy – jako czynność prawną – należy odróżnić od stosunku prawnego franczyzy, który ona kreuje, nie będąc jednak wyłącznym wyznacznikiem jego treści (art. 56 k.c.).

Umowa franczyzy jest jednym z samodzielnych typów umów³⁰. Nie stanowi ona jakiegos zmodyfikowanego rodzaju innego typu umowy. Decyduje o tym jej funkcja społeczno-gospodarcza wykształcona przez długotrwałą praktykę, szczególne przeznaczenie i cel. Należy także opowiedzieć się przeciwko możliwości potraktowania franczyzy jako kompleksu różnych umów (nazwanych i nienazwanych). Umowa franczyzy została wykształcona przez praktykę obrotu. Przybrała ona charakter zjawiska masowego, powtarzalnego i stała się instytucją o stosunkowo dużej doniosłości społecznej. Z uwagi na swój powtarzalny charakter została wyodrębniona i podlega podporządkowaniu dokonywanemu według przyjętej metody typologicznej. Usztywnienie typowych cech w przypadku franczyzy dokonuje się w inny sposób niż w przypadku umów uregulowanych w ustawie, dlatego obecnie franczyza ma daleko bardziej elastyczny kształt niż umowa stypizowana ustawowo.

Umowa franczyzy – w aktualnym stanie prawnym – to umowa nienazwana (*contractus innominatus*). Brak jest jednolitego stanowiska doktryny prawa cywilnego co do rozumienia takich pojęć jak umowa nazwana, nienazwana, mieszana. Umowa nienazwana rozumiana bywa jako taka umowa, która nie jest uregulowana w Kodeksie cywilnym³¹ jako umowa, której *essentialia negotii* nie są objęte przepisami ustawy, choćby stanowiącymi *ius dispositivum*, co pozwalałoby na odwołanie się do nich przy ocenie konkretnych stosunków zobowiązaniowych³², umowa niestypizowana normatywnie, tzn. taka, dla której w obowiązującym prawie nie można znaleźć normatywnego typu, któremu badana umowa mogłaby być w całości i bezpośrednio przyporządkowana³³, czy umowa, której *essentialia negotii* nie zostały określone w przepisach prawa stanowiących źródło powszechnie obowiązującego prawa w Rzeczypospolitej Polskiej³⁴ (wszystkie pogrubienia – R.A.). Autorzy różnią się więc między

²⁹ Z. Radwański, *Teoria umów*, Warszawa 1977, s. 62–63.

³⁰ Zob. np. uwagi na temat klasyfikacji umów A. Brzozowski [w:] *System prawa prywatnego. Prawo zobowiązań – część ogólna*, t. 5, red. E. Łętowska, Warszawa 2006, s. 404 i n.

³¹ Por. R. Longchamps de Berier, *Zobowiązania*, Poznań 1948, s. 153, który za umowy nazwane uznawał li tylko takie, które były regulowane w Kodeksie zobowiązań (Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 27.10.1933 r. – Kodeks zobowiązań [Dz.U. z 1933 r. Nr 82, poz. 598 ze zm.]).

³² W. Czachórski, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 1994, s. 106; podobnie wynika z twierdzeń Alfreda Kleina (A. Klein, *Pojęcie umowy i stosunku zobowiązaniowego kontraktacji według kodeksu cywilnego*, „Studia Cywilistyczne” 1972, t. XIX, s. 131, przypis 1), że umowa jest nienazwana, gdy nie jest regulowana przepisami rangi ustawowej.

³³ S. Włodyka [w:] *Prawo umów w obrocie gospodarczym*, red. W. Włodyka, Warszawa 2001, s. 27.

³⁴ M. Pazdan, *Charakter prawny kontraktu o budowę kompletnego obiektu przemysłowego* [w:] *Zagadnienia prawne eksportu kompletnych obiektów przemysłowych*, Katowice 1980, s. 15. Umowa jest jednak zjawiskiem cywilnoprawnym i o jej istocie i charakterze powinny – jak się wydaje – decydować przepisy prawa cywilnego.

sobą co do określenia źródeł, w których należy się doszukiwać zarówno regulacji umowy nazwanej, jak i zakresu treści umowy, która powinna być tam uregulowana. Powyżej wskazane stanowiska wyrażają w zasadzie klasyfikujące ujęcie umowy nienazwanej. Według poglądu przedstawionego przez Bogusława Gawlika, taka koncepcja definicji umowy nienazwanej ma wartość jako łatwe i ostre kryterium dla rozstrzygnięcia, czy *esentiale negotii* danej umowy są określone w przepisach prawa cywilnego, natomiast ma już znacznie mniejsze znaczenie w odniesieniu do kwestii, w jaki sposób uregulowana jest dana umowa, jaki jest jej reżim prawny. Kwalifikacja umowy jest bowiem ściśle powiązana z ustaleniem jej reżimu prawnego. Przyjęcie określonej kwalifikacji otwiera możliwość stosowania odpowiednich przepisów prawnych. Nie jest to jednak związek automatyczny, gdzie samo przyjęcie określonej kwalifikacji jest już równoznaczne z ustaleniem jej reżimu prawnego³⁵. B. Gawlik uznał, że można wskazać na trzy cechy umów nienazwanych, tj.: na ich subsydiarność, relatywność i przejściowość (co ma znaczenie także w odniesieniu do umowy franczyzy). Subsydiarny charakter umowy nienazwanej wyraża się w tym, że organ stosujący prawo, dokonując oceny konkretnego stosunku prawnego mającego swoje źródło w umowie, zmierza przede wszystkim do jego oceny w ramach istniejących ustawowych typów umów. Dany kontrakt zostanie uznany za nienazwany, dopiero wówczas, gdy nie powiedzie się próba jego przyporządkowania istniejącym typom ustawowym. Wiąże się z tym w pewien sposób relatywny charakter kontraktu nienazwanego, polegający na konieczności odwołania się do definicji oznaczonych typów umów nazwanych dla określenia umowy nienazwanej. Wreszcie cechą umowy nienazwanej jest jej przejściowy charakter rozumiany jako stan, w którym istnieje możliwość uregulowania przez prawodawcę danej umowy w ustawie³⁶. Sam zbiór umów nienazwanych wykazuje duże zróżnicowanie³⁷.

³⁵ Definiowanie kontraktu nienazwanego przez skonfrontowanie jego cech z cechami umowy nazwanej i ich negację nie można uznać za trafne (tzn. reżim prawny umowy nazwanej charakteryzuje się tym, że jest określony przez przepisy prawa właściwe dla danego typu umowy i jest określony szczegółowo, natomiast reżim umowy nienazwanej nie jest określony przez przepisy prawa cywilnego i brak jest jego szczegółowego określenia). Należy zwrócić uwagę na czynniki, które jednolicie określają reżim obu typów umów, do których należą wola stron, ustawy, zasady współżycia społecznego i ustalone zwyczaje. Różnice pomiędzy owymi poszczególnymi czynnikami w odniesieniu do umów nazwanych i nienazwanych są różnicami nie jakościowymi, lecz ilościowymi. W przypadku kontraktu nazwanego większy wpływ na kształt reżimu prawnego będą miały przepisy ustawy. Dlatego reżim prawny umowy nazwanej i nienazwanej może być bardziej lub mniej szczegółowy, i nie powinien być ujmowany w postaci przeciwstawienia sobie reżimu szczegółowego i nieszczegółowego. Niekiedy reżim prawny kontraktu nienazwanego może być nawet bardziej szczegółowy od umowy nazwanej, gdyż dokładne zasady regulujące jego ustrój mogą być wykształcone przez praktykę obrotu. Odrzucenie alternatywnego i kontrydiktoryjnego charakteru cech reżimu prawnego umów i przyjęcie ich stopniowalnego charakteru prowadzi do przyjęcia typologicznego pojęcia kontraktu nienazwanego, czyli konstrukcji pewnego typu idealnego. B. Gawlik, *Pojęcie umowy nienazwanej*, „Studia Cywilistyczne” 1971, t. XVIII, s. 15–17; W. Wąsowicz, *Obejście prawa jako przyczyna nieważności czynności prawnej*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 1999/1, s. 89.

³⁶ B. Gawlik, *Pojęcie umowy...*, s. 19–22; zob. też J. Rajski, *Prawo...*, s. 26

³⁷ Przyjmując za kryterium porządkujące wpływ woli stron na strukturę umowy, można wyróżnić następujące sytuacje. Po pierwsze, umowa nienazwana może obejmować świadczenia charakterystyczne dla dwóch i więcej typów umów nazwanych. Tym, co decyduje o nowości będzie nowy typ relacji pomiędzy elementami umów nazwanych i obiektywny cel leżący u podłoża tak powołanego stosunku prawnego franczyzy, który jest zasadniczo odmienny od obiektywnego celu umów nazwanych. B. Gawlik, *Pojęcie umowy...*, s. 22. Po drugie, umowa nienazwana może zawierać uprawnienia i obowiązki niewystępujące w żadnym ze znanych typów umowy. B. Gawlik, *Pojęcie umowy...*, s. 22–23. Po trzecie, umowa nienazwana może składać się z elementów znanych kontraktom uregulowanym w ustawie i świadczeń nigdzie nieuregulowanych. Z. Radwański, *Teoria...*, s. 242. W tym miejscu należy określić, co należy rozumieć przez umowę mieszaną i wskazać, jaki jest stosunek umowy nienazwanej do umowy mieszanej (*contractus mixti iuris*). Poglądy doktryny prawa cywilnego co do pierwszej z poruszonych kwestii dalekie są od jednolitości. Umowę mieszaną przedstawia się bowiem bądź jako umowę powstałą z połączenia treści różnych umów nazwanych, bądź jako umowę, która

Pojawienie się w obrocie prawnym umowy franczyzy stało się możliwe dzięki istnieniu zasady swobody umów³⁸. Wspomniana zasada wprowadza wzorzec kompetencji generalnej pozwalający kreować również takie stosunki prawne, które – tak jak umowa franczyzy – nie mają odpowiedników w ustawie. W nauce prawa zasady swobody umów nie traktuje się jako swoistej ideologii, ale pojmuje się ją w znaczeniu techniczno-prawnym jako określony prawem zakres działań pozwalający na kształtowanie stosunków prawnych³⁹. Treść zasady swobody umów jest różnie ujmowana. W ujęciu wąskim odnosi się ona do swobody stron w zakresie kształtowania treści stosunku prawnego⁴⁰. W szerszym ujęciu obejmuje także swobodę decydowania o zawarciu umowy w ogóle, swobody w zakresie doboru kontrahenta, swobody w zakresie kształtowania treści kontraktu (co można ująć jeszcze mniej syntetycznie jako swobody wyboru rodzaju umowy i swobody ukształtowania jej treści), swobody zawarcia umowy w dowolnej formie⁴¹. Niekiedy podkreśla się jeszcze swobodę stron w zakresie rozwiązania umowy⁴². Zasadę swobody umów *sensu stricto* wyraża art. 353¹ k.c. Potwierdzenie *expressis verbis* tej zasady w Kodeksie cywilnym wprowadza jednocześnie regułę interpretacyjną, w myśl której wszelkie wyjątki od tej zasady powinny być poddane surowej i restryktywnej wykładni (*exceptiones non sunt extendendae*), a w szczególności ich znaczenie nie powinno być ustalane według reguł wykładni rozszerzającej⁴³.

Swoboda stron w zakresie „ułożenia stosunku prawnego według (...) uznania” nie jest jednak nielimitowana. Ustawodawca wprowadza bowiem trojaki rodzaj

w całości, jak i tylko w części składa się z elementów charakterystycznych dla typów uregulowanych w ustawie, niektórzy wreszcie włączają do zakresu tego pojęcia umowy, które można subsumować pod określony typ kontraktu nazwanego, ale które zawierają zarazem świadczenie dodatkowe charakterystyczne dla innego typu umowy. Zestawienie poglądów doktryny na ten temat przedstawił B. Gawlik, *Umowy mieszane – konstrukcja i ocena prawna*, „Palestra” 1974/6, s. 25–26; zob. też W. Jaślan, *Umowy w działalności gospodarczej*, Warszawa 1998, s. 16; J. Rajski, *Prawo o kontraktach w obrocie gospodarczym*, Warszawa 1994, s. 26; S. Włodyka [w:] *Prawo...*, s. 27–28. Wyrażony został również pogląd kwestionujący potrzebę wyróżniania kategorii kontraktu mieszanego. Z. Radwański, *Teoria...*, s. 235 i n. Brak podstaw do wyróżniania trzeciej kategorii umów obok umów nazwanych i nienazwanych argumentowany jest tym, że trudno wskazać dla nich swoistą metodę postępowania w celu ustalenia ich reżimu prawnego. Wydaje się, że najszybszą konwencję terminologiczną zawiera pogląd przyjmujący, iż umowa mieszana to taka umowa, która w całości, jak i tylko w części składa się z elementów charakterystycznych dla typów uregulowanych w ustawie. B. Gawlik, *Umowy...*, s. 27. Brak również jednolitej koncepcji w piśmiennictwie w odniesieniu do zagadnienia relacji zachodzących pomiędzy umową nienazwaną i mieszaną. Według jednego z poglądów, umowy mieszane stanowią złożony podzbiór umów nazwanych, a według innego stanowiska pomiędzy zakresem nazwy umowa nienazwana a zakresem nazwy umowa mieszana zachodzi stosunek krzyżowania się, bowiem o zakwalifikowaniu jakiejś umowy jako mieszanej ma rozstrzygać połączenie w niej elementów treści występujących w innych umowach, niezależnie od tego, czy takie połączenie powoduje pojawienie się cechy nowości tej umowy, natomiast przesłanką uznania określonej umowy za nienazwaną jest wystąpienie pewnej nowości w stosunku do ustawowych typów umów. W związku z powyższymi kryteriami, klasyfikacja umów prowadzi do podziału ich zbioru na cztery klasy: umowy nazwane czyste, umowy nazwane mieszane, umowy nienazwane czyste, umowy nienazwane mieszane. B. Gawlik, *Pojęcie umowy...*, s. 23; B. Gawlik, *Umowy...*, s. 28–29.

³⁸ U. Promińska [w:] *System...*, t. 9, s. 755.

³⁹ A. Stelmachowski, *Wstęp do teorii prawa cywilnego*, wyd. II, Warszawa 1984, s. 105.

⁴⁰ R. Longchamps de Berier, *Zobowiązania*, s. 154.

⁴¹ Z. Radwański, *Teoria...*, s. 97–100. Autor ten zwraca uwagę na propozycję dokonania dystynkcji pomiędzy zagadnieniem swobody treści umów a kompleksem instytucji związanych ze swobodą zawierania umów. W. Czachórski, *Prawo zobowiązań w zarysie*, Warszawa 1968, s. 189, 190; W. Czachórski, *Zobowiązania...*, s. 108–109; M. Safjan, *Zasada swobody umów (uwagi wstępne na tle wykładni art. 353¹ k.c.)*, „Państwo i Prawo” 1993/4, s. 14; M. Safjan [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 1997, s. 572; A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne*, Warszawa 1998, s. 291; J. Rajski, *Prawo...*, s. 38 i n.

⁴² A. Rembicki, *Elementy swobody kontraktowej w stosunkach obrotu gospodarczego*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 1979, t. XIV, s. 29.

⁴³ Cz. Żulawska, *Wokół zasady wolności umów (art. 353¹ k.c. i wykładnia zwyczajna)*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” 1994/1960, Prawo CCXXXVIII, s. 175–176.

ograniczenia. Są to właściwość (natura) stosunku prawnego, ustawy (w przypadku franczyzy będą to m.in. przepisy z zakresu publicznej ochrony konkurencji), zasady współzycia społecznego. Przedmiot dla odniesienia owych ograniczeń stanowi treść i cel stosunku prawnego⁴⁴. Treść stosunku prawnego franczyzy stanowią wynikające z niego prawa i obowiązki stron, natomiast przez jego cel należy rozumieć założony przez strony rezultat dążeń, przyjęty punkt docelowy, do którego się zmierza w związku z zawarciem umowy. Stosunek zobowiązaniowy jest ściśle powiązany z realizacją owych – z reguły ekonomicznych – celów⁴⁵. Cele stron umowy będą różne. Pomiędzy treścią umowy franczyzy a jej celem zachodzi *unctim* polegające na tym, że umowa jest bezpośrednio nakierowana na osiągnięcie określonego celu (celów) i owemu celowi (celom) służy. Nie jest jednak przy tym konieczne, aby cel ten musiał wynikać z treści czynności prawnej⁴⁶.

Treść lub cel stosunku prawnego franczyzy nie może sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku zobowiązaniowego. Należy rozumieć to jako takie ukształtowanie stosunku prawnego franczyzy, które respektuje podstawowe cechy stosunku zobowiązaniowego, a których brak może prowadzić do pozbawienia czy podważenia sensu nawiązanej więzi prawnej⁴⁷. Ów sens relacji prawnej wywodzi się tu z ogólnego charakteru stosunków obligacyjnych albo z charakteru danej kategorii tych stosunków. Zgodnie z art. 353 § 1 k.c.: „zobowiązanie polega na tym, że wierzyciel może żądać od dłużnika świadczenia, a dłużnik powinien świadczenie spełnić”. Przytoczony przepis wskazuje na dwie istotne cechy zobowiązania. Po pierwsze, obowiązek określonego zachowania się po stronie dłużnika. Po drugie, uprawnienie do tego zachowania po stronie wierzyciela. W strukturze zobowiązania można zaobserwować pewne istotne sprzężenie: wiarygodność jest korelatem długu⁴⁸.

⁴⁴ Sąd Okręgowy (dalej SO) w Łodzi w wyroku z 27.01.2015 r., X GC 572/12, niepubl., analizował następujący problem: „Do istoty umowy franczyzy należy prowadzenie działalności przez franczyzobiorcę z wykorzystaniem know-how franczyzodawcy, ale na własny rachunek i na własne ryzyko. Prowadzenie działalności na własny rachunek oznacza ponoszenie kosztów działalności i uzyskiwanie z jej prowadzenia przychodów, co jest istotą rachunku ekonomicznego (...) Narzucenie przez jedną ze stron umowy drugiej określonych przychodów (poprzez określenie niższych niż pierwotnie założone cen dalszej sprzedaży towarów, których druga strona ma obowiązek się trzymać), przy niezmiennych kosztach działalności drugiej strony, może naruszać zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego i prowadzenia działalności «na własny rachunek i na własne ryzyko». Czy zaś faktycznie o takim naruszeniu należy mówić, zależy od konkretnego sformułowania umowy, a w szczególności oceny, czy owo określanie cen nabycia towarów przez drugą stronę i cen ich odsprzedaży zachowuje nadal zasady prowadzenia działalności w oparciu o przygotowany biznesplan. Może oczywiście zależeć również od realizacji umowy w konkretnym przypadku, tj. w jaki sposób następuje realizacja praw i obowiązków stron co do określenia cen towarów. Odnosząc się do umowy będącej przedmiotem tej sprawy należy stwierdzić, co następuje. Umowa stron bez żadnej wątpliwości nawiązywała wprost do własnej analizy ekonomicznej powódki co do opłacalności podjęcia działalności franczyzowej, co było pozwanej wiadome, a wręcz przez pozwaną wymagane. (...) Zagwarantowanie sobie przez pozwaną jako franczyzodawcę określonych cen sprzedaży z koniecznością stosowania przez powódkę innych, niższych niż założone cen (...) oznacza de facto prowadzenie przez pozwaną własnej działalności gospodarczej na ryzyko innego podmiotu. Jest to schemat działalności nieznaną w świetle powszechnie przyjętych standardów prowadzenia działalności gospodarczej. Nie jest to jednak kwestia sprzeczności sformułowania umowy z ustawą (co z mocy art. 58 § 1 w zw. z § 3 k.c. dawałoby podstawę do uznania danego postanowienia za nieważne), lecz jak nadmieniono – braku w umowie odpowiedniego powiązania pomiędzy przepisami (umowy – dop. R.A.) (...), a zatem przepis, który normowałby wpływ konieczności obniżenia ceny sprzedaży przez powódkę na cenę nabycia towaru od pozwanej. Nie zmienia to faktu, że takie działanie pozwanej, tj. narzucenie niższej ceny sprzedaży w tych warunkach (z koniecznością poniesienia ryzyka sprzedaży promocyjnej wyłącznie przez drugą stronę), zdaniem Sądu winno być uznane za naruszające społeczno-gospodarcze przeznaczenie prawa (art. 5 k.c.) i jako takie nie powinno korzystać z ochrony prawnej”.

⁴⁵ W. Czachórski, *Zobowiązania...*, s. 36–37.

⁴⁶ M. Safjan [w:] *Kodeks...*, t. 1, s. 573.

⁴⁷ M. Safjan [w:] *Kodeks...*, t. 1, s. 575; M. Safjan, *Zasada...*, s. 14–15; W. Wąsowicz, *Obejście prawa...*, s. 88.

⁴⁸ P. Machnikowski [w:] *System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. E. Łętowska, t. 5, Warszawa 2006, s. 108; P. Machnikowski [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, wyd. 4, Warszawa 2011, s. 531 i n.; W. Czachórski, *Zobowiązania...*, s. 31.

Zobowiązanie jest stosunkiem prawnym, w ramach którego można wyróżnić trzy podstawowe elementy. Po pierwsze, podmioty stosunku prawnego, tj. wierzyciela jako podmiot „uprawniony” i dłużnika jako podmiot „obowiązany”. Po drugie, przedmiot stosunku prawnego, tj. świadczenie, czyli określone zachowanie dłużnika, którego spełnienia może domagać się wierzyciel („zachowanie się dłużnika zgodne z treścią zobowiązania i polegające na zadośćuczynieniu godnemu ochroni interesów wierzyciela”); zgodnie z art. 353 § 2 k.c. świadczenie może polegać na działaniu albo zaniechaniu. Po trzecie, treść stosunku prawnego, tj. uprawnienia wierzyciela i skorelowane z nimi obowiązki dłużnika⁴⁹. Przykładowo przekroczeniem zasady swobody umów byłoby takie ukształtowanie stosunku prawnego franczyzy, które spełnienie świadczenia przez jedną ze stron nie traktowałoby jako obowiązku, którego korelatem jest roszczenie drugiej strony tylko jako wyraz dowolnej woli strony. W polskiej praktyce umów francyzowych problemem jest ustalenie szerokiej kompetencji dla francyzodawcy w zakresie jednostronnego kształtowania warunków wykonywania umowy.

Kolejne ograniczenie wiąże się z niedopuszczalnością niezgodności treści lub celu franczyzy z ustawą. Chodzi tu o miarodajne dla franczyzy przepisy ustawy bezwzględnie obowiązujące i semiimperatywne (np. przepisy ogólne Kodeksu cywilnego o zobowiązaniach umownych)⁵⁰. Istotną rolę dla granic franczyzy mają przepisy prawa publicznego z zakresu ochrony konkurencji.

Dla wyznaczenia swobody stron przy kształtowaniu treści stosunku franczyzy mają znaczenie zasady współżycia społecznego, a w szczególności takie jak: zasada słuszności kontraktowej, lojalności wobec strony zarówno na etapie powstawania stosunku prawnego, jak i w czasie jego istnienia, równej pozycji stron, uczciwości, itp.⁵¹ Rola zasad współżycia społecznego wzrasta tu o tyle, o ile franczyza stanowi stosunek szczególnego zaufania. Odwołanie się do klauzuli społeczno-gospodarczej celowości nie powinno jednak ograniczać swobody stron w kształtowaniu treści umowy franczyzy, ponieważ w samym założeniu to właśnie od woli stron zależy określenie jej sensu społeczno-gospodarczego. Rygorystyczne stosowanie w tym względzie zobiektywizowanych miar celowości gospodarczej sprzeciwiałoby się samej idei swobody umów. Klauzula społeczno-gospodarczej celowości należy przede wszystkim do problematyki wykonania zobowiązania (art. 354 k.c.) i stanowi kryterium konkretyzacji powinności wynikających z istniejącego stosunku prawnego⁵².

Naruszenie postanowień art. 353¹ k.c. niesie za sobą nieważność umowy franczyzy bądź jej części (art. 58 k.c.), chyba że przepis szczególny przewiduje inną sankcję.

Samo istnienie zasady swobody umów nie jest jeszcze samo przez się czynnikiem wystarczającym do powstawania stosunków prawnych nowego rodzaju, gdyż stwarza ona tylko możliwość powoływania stosunków prawnych, nieuregulowanych przez ustawodawcę. Aktualizatorem tej teoretycznej możliwości w praktyce jest

⁴⁹ W. Czachórski, *Zobowiązania...*, s. 31, 34; P. Machnikowski [w:] *System...*, t. 5, s. 112; Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, wyd. 8, Warszawa 2008, s. 11–12; Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, wyd. 10, Warszawa 2009, s. 84; A. Klein, *Elementy zobowiązaniowego stosunku prawnego*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” 1980/25, Prawo XIV, s. 44.

⁵⁰ M. Safjan [w:] *Kodeks...*, t. 1, s. 575; M. Safjan, *Zasada...*, s. 15–16.

⁵¹ M. Safjan [w:] *Kodeks...*, t. 1, s. 575–576; M. Safjan, *Zasada...*, s. 17.

⁵² M. Safjan, *Zasada...*, s. 17.

zespół czynników o charakterze ekonomicznym, które można opisać jako postępujący rozwój stosunków wymiany dóbr i usług, stwarzający potrzebę kreowania nowych instrumentów prawnych dla celów owego rozwoju. Stosunek prawny franczyzy pojawił się bowiem w Polsce dopiero wtedy, gdy powstała możliwość konkurencji na wolnym rynku, mimo że wcześniej brak było przeszkód prawnych dla jego rozwoju. Zasadę swobody umów przed nowelą Kodeksu cywilnego⁵³ wprowadzono z treści art. 58 k.c.; uzasadniano wnioskowaniem opartym na analizie księgi trzeciej k.c., gdzie większość przepisów ma charakter dyspozytywny, a ponadto oprócz argumentów natury tetycznej przywoływano argumentację w oparciu na pewnych racjach o charakterze aksjologicznym⁵⁴.

W podsumowaniu warto zaznaczyć, że zasada swobody umów nie przeszkadza szczegółowej regulacji empirycznego typu kontraktu w szczególności w sytuacji, gdy: a) wyznaczenie pewnych granic dla dopuszczalnego konsensusu stron w drodze klauzul generalnych nie jest wystarczające, b) brak szczegółowej regulacji umowy prowadzi do dysfunkcji w praktyce, c) dany typ empiryczny umowy jest społecznie i gospodarczo doniosły, d) istnieje potrzeba użycia norm semiimperatywnych i imperatywnych, e) istnieje potrzeba ochrony słabszej strony kontraktu⁵⁵. W odniesieniu do umowy franczyzy w literaturze przedmiotu od dłuższego czasu toczy się dyskusja na temat potrzeby uregulowania franczyzy w Polsce⁵⁶.

3. WPŁYW PRAWA PUBLICZNEGO (ANTYMONOPOLOWEGO) NA TREŚĆ UMOWY FRANCZYZY

Na treść umowy franczyzy mają wpływ przepisy prawa antymonopolowego⁵⁷, które należy do dziedziny prawa publicznego. Chodzi tu zarówno o przepisy prawa unijnego (d. wspólnotowego), w tym przepisy prawa pierwotnego albowiem Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej⁵⁸ odnosi się do zagadnień ochrony konkurencji i ma zastosowanie wprost do relacji poziomych pomiędzy jednostkami, przepisy prawa unijnego wtórnego (w przypadku transgranicznych relacji umownych), jak

⁵³ Chodzi tu o nowelę dokonaną ustawą z 28.07.1990 r. (Dz.U. Nr 55, poz. 321).

⁵⁴ Zob. np. B. Gawlik, *Pojęcie umowy...*, s. 5–10.

⁵⁵ Por. K. Polańska, *Problem regulacji empirycznych typów umów* [w:] *Wokół rekodyfikacji prawa cywilnego. Prace jubileuszowe*, P. Stec, M. Załucki, Kraków 2015, s. 271 i n.

⁵⁶ M. Romanowski, *Czy należy regulować umowy nienazwane?*, „*Studia Prawa Prywatnego*” 2009/2, s. 77; U. Promińska, *Czy nadszedł czas na regulację umowy franchisingu?* [w:] *Instytucje prawa handlowego w przyszłym kodeksie cywilnym*, red. T. Mróz, M. Stec, Warszawa 2012; A. Makarewicz-Jakubow, *Po co kodyfikować umowę franchisingu?* [w:] *50 lat kodeksu cywilnego. Perspektywy rekodyfikacji*, red. P. Stec, M. Załucki, Warszawa 2014; B. Fuchs, *O potrzebie ustawowej regulacji umów nienazwanych na przykładzie umowy franchisingu* [w:] *Rozprawy z prawa cywilnego, własności intelektualnej i prawa prywatnego międzynarodowego*, Warszawa 2012; E. Wojtaszek-Mik, *Standardy dotyczące informacji przedumownej w odniesieniu do umów franchisingu* [w:] *Prawo handlowe XXI wieku. Czas stabilizacji, ewolucji czy rewolucji? Księga jubileuszowa Profesora Józefa Okolskiego*, red. M. Modrzejewska, Warszawa 2010; Z. Radwański, *Wstępny projekt systematyzacji tak zwanej części szczegółowej prawa zobowiązań*, „*Transformacje Prawa Prywatnego*” 2012/1, s. 17; M. Pecyna, F. Zoll, *Założenia projektu struktury części szczegółowej zobowiązań. Poszukiwania nowego modelu*, „*Transformacje Prawa Prywatnego*” 2012/1, s. 26; R. Adamus, *Faktyczna nierówność stron umowy franczyzy w Polsce*, Warszawa 2020, s. 1–68, 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: 5.11.2021 r.).

⁵⁷ M. Sieradzka, *Porozumienia franczyzy w świetle prawa konkurencji*, Warszawa 2020; A. Bolecki, *Cechy szczególne franczyzy w prawie ochrony konkurencji*, „*internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*” 2013/7(2), s. 6; B. Pokorska, *Przedsiębiorca...*, s. 26 i n.; E. Wojtaszek-Mik, *Umowa franchisingu w świetle prawa konkurencji Wspólnoty Europejskiej i polskiego prawa antymonopolowego*, Toruń 2001.

⁵⁸ Wersja skonsolidowana Dz.Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 47 – dalej TFUE.

i o przepisy prawa polskiego (w przypadku krajowych relacji umownych). W tym ostatnim przypadku będzie to przede wszystkim ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów.

Zgodnie z art. 58 k.c. czynność prawna sprzeczna z prawem jest nieważna. Niemniej także prawo antymonopolowe wprowadza własną sankcję nieważności co do zdefiniowanych przez siebie zakazanych porozumień ograniczających konkurencję (art. 101 ust. 2 TFUE i art. 6 ust. 2 u.o.k.k.).

Przepisy o ochronie konkurencji odnoszą się do: konstrukcji podstawowego mechanizmu umowy franczyzy, jakim jest upoważnienie uczestnika sieci do korzystania z praw własności intelektualnej; innych zagadnień związanych z treścią umowy franczyzy, w tym np. klauzul zakazujących konkurencji, klauzul odnoszących się do podziału rynku, klauzul odnoszących się do ustalenia cen stosowanych przez uczestnika sieci, itp. W konsekwencji wpływ prawa publicznego na cywilistyczną konstrukcję umowy franczyzy należy uznać za istotny.

W świetle prawa konkurencji umowa franczyzy jest – w zasadzie – pionowym (wertykalnym) porozumieniem dystrybucyjnym⁵⁹. Z punktu widzenia praktyki antymonopolowej bardziej groźne dla konkurencji na tzw. rynku właściwym są z zasady porozumienia poziome (horyzontalne). Dopuszczalność zawarcia zarówno samej umowy franczyzy, jak i poszczególnych klauzul w umowach franczyzy należy badać przez pryzmat przepisów o ochronie konkurencji. W pierwszej kolejności będzie się to odnosiło do porozumień zakazujących konkurencji. W płaszczyźnie prawa unijnego znaczenie będzie miał art. 101 TFUE. Jego odpowiednikiem w prawie polskim jest art. 6 u.o.k.k. Zarówno w unijnym, jak i w polskim prawie antymonopolowym zakaz porozumień ograniczających konkurencję nie jest bezwzględny (inaczej niż w przypadku zakazu nadużywania pozycji dominującej). Istnieją trzy grupy wyjątków od zakazu porozumień ograniczających konkurencję: wyjątki wynikające z bagatelności porozumienia (niemniej np. kartel cenowy jest zawsze niedopuszczalny), wyjątki wynikające z tzw. klauzuli rozsądku, wyjątki wynikające z tzw. przepisów o wyłączeniach grupowych.

W przypadku umowy franczyzy istotne znaczenie mają przepisy o tzw. wyłączeniach grupowych. Na poziomie prawa unijnego będzie to 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 uzgodnionych⁶⁰, a na poziomie prawa polskiego – wspomniane rozporządzenie Rady Ministrów w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Przepisy o wyłączeniach grupowych mają wprost zastosowanie do umowy franczyzy.

Istotą umowy franczyzy jest udostępnienie przez organizatora sieci franczyzobiorcy know-how i dóbr własności przemysłowej i intelektualnej. Zgodnie z pkt 43 Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych udzielanie w ramach umowy franczyzy przez organizatora sieci licencji na rzecz franczyzobiorcy nie jest zakazanym porozumieniem ograniczającym konkurencję, albowiem jest objęte tzw. wyłączeniem grupowym, jeśli spełnia następujące warunki. Prawa własności intelektualnej muszą

⁵⁹ M. Sieradzka, *Porozumienia...*

⁶⁰ Dz.Urz. UE C 10, s. 130 – dalej Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych lub Wytyczne.

być przeniesione na nabywcę lub musi on otrzymać prawo do korzystania z nich na podstawie licencji. Postanowienia dotyczące praw własności intelektualnej muszą być częścią porozumienia wertykalnego, tj. porozumienia zawierającego warunki, na jakich strony mogą kupować, sprzedawać lub odsprzedać pewne towary lub usługi; nie mogą stanowić jednak podstawowego przedmiotu porozumienia. Postanowienia dotyczące praw własności intelektualnej muszą być bezpośrednio związane z wykorzystaniem, sprzedażą lub odsprzedażą towarów albo usług przez nabywcę lub jego klientów. Postanowienia dotyczące praw własności intelektualnej w odniesieniu do towarów lub usług objętych porozumieniem – nie mogą zawierać ograniczeń konkurencji mających taki sam przedmiot jak porozumienia wertykalne, które nie są zwolnione na mocy rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych. W Wytycznych wskazano dalej, że w przypadku franczyzy „warunki te są zazwyczaj spełnione, ponieważ na mocy większości umów franchisingowych, w tym umów subfranchisingu, franchisingodawca dostarcza franchisingobiorcy towary lub usługi, w szczególności usługi z zakresu pomocy handlowej lub technicznej”. Jak podniesiono dalej, prawa własności intelektualnej pomagają uczestnikowi sieci w odsprzedaży produktów dostarczonych przez organizatora sieci lub wskazaną przez niego osobę trzecią. Co w przypadku, gdy umowa franchisingowa dotyczy jedynie lub przede wszystkim upoważnienia do korzystania z praw własności intelektualnej? W komunikacie tym wyjaśniono, że: „umowa taka nie jest objęta rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych, ale Komisja będzie z reguły stosowała do niej zasady określone w rozporządzeniu w sprawie wyłączeń grupowych oraz w niniejszych wytycznych”.

Praktyczną wartość Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych przedstawia w szczególności jego pkt 45. Wskazuje on bowiem na typowe dla umowy franczyzy klauzule (związane z udostępnieniem przez organizatora sieci praw własności intelektualnej), które jeśli podlegają art. 101 ust. 1 TFUE są „objęte rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych”; dopuszczalna jest klauzula zobowiązująca francyzobiorcę do nieangażowania się, bezpośrednio lub pośrednio, w jakąkolwiek podobną działalność gospodarczą; dopuszczalna jest klauzula zobowiązująca francyzobiorcę do nienabywania udziałów finansowych w kapitale konkurencyjnego przedsiębiorcy, które dałyby francyzobiorcy możliwość wpływania na postępowanie gospodarcze takiego przedsiębiorcy; dopuszczalna jest klauzula zobowiązująca francyzobiorcę do nieujawniania osobom trzecim know-how dostarczonego przez organizatora sieci tak długo jak to know-how nie jest ogólnie znane; dopuszczalna jest klauzula zobowiązująca francyzobiorcę do przekazania organizatorowi sieci wszelkich doświadczeń zdobytych podczas wykonywania umowy i do przyznania organizatorowi sieci – oraz innym uczestnikom sieci – licencji niewyłącznej na know-how wynikające z tych doświadczeń; dopuszczalna jest klauzula zobowiązująca francyzobiorcę do informowania organizatora sieci o naruszeniach praw własności intelektualnej, na które udzielono licencji, do podjęcia prawnych działań przeciwko osobom naruszającym te prawa lub do wspierania organizatora sieci w działaniach prawnych przeciwko takim osobom; dopuszczalna jest klauzula zobowiązująca francyzobiorcę do niewykorzystywania know-how, na które organizator sieci udzielił licencji dla celów innych niż franczyza; dopuszczalna jest klauzula zobowiązująca francyzobiorcę do nieprzenoszenia praw i obowiązków wynikających z umowy franczyzy bez zgody

organizatora sieci (przy czym w warunkach polskiego prawa cywilnego na zwalniające przeniesienie długu na osobę trzecią potrzebna jest zgoda wierzyciela).

Co do zasady – zakazane są wertykalne porozumienia cenowe⁶¹. Zgodnie z paragrafem 11 ust. 1 wspomnianego rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję wyłączeniu nie podlegają porozumienia wertykalne, które bezpośrednio lub pośrednio, samodzielnie lub w powiązaniu z innymi okolicznościami zależnymi od stron tych porozumień mają na celu ograniczenie prawa nabywcy do ustalania ceny sprzedaży, poprzez narzucenie przez dostawcę minimalnych lub o określonej wysokości (sztywnych) cen sprzedaży towarów objętych porozumieniem wertykalnym.

Narzucanie przez francyzodawców obowiązku stosowania sztywnych cen sprzedaży produktów w sieci franczyzy zostało uznane za niedopuszczalne w decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej UOKiK) z 25.06.2013 r., DOK-1/2013⁶². Co do zasady – zakazane są porozumienia podziałowe mające na celu podział rynków zbytu. Przez pryzmat ograniczeń wynikających z prawa ochrony konkurencji powinna zostać ukształtowana klauzula konkurencyjna⁶³.

4. PRAWO MODELOWE W DZIEDZINIE FRANCZYZY

Franczyza jest przedmiotem „regulacji” prawa modelowego. Autorytet gremiów opracowujących prawo modelowe sprawia, że tzw. *soft law* stosunkowo często ma poważny wpływ na rzeczywistą legislację państwową. Możliwe jest wskazanie na kilka dokumentów.

Międzynarodowy Instytut Unifikacji Prawa Prywatnego (*The International Institute for the Unification of Private Law*, UNIDROIT) – międzynarodowa organizacja międzyrządowa, której celem jest dążenie do unifikacji prawa prywatnego – rekomenduje prawo modelowe w zakresie franczyzy w odniesieniu do zagadnienia dokumentów ujawnianych przez organizatora sieci przed zawarciem umowy (UNIDROIT *Model Franchise Disclosure Law*).

Dalej należy wymienić opracowane przez tzw. Grupę Amsterdamską – Zasady Prawa Europejskiego dotyczące umowy agencji handlowej, franchisingu i dystrybucji (PECL CAFDC)⁶⁴.

Do zagadnienia franczyzy odnosi się również *Draft Common Frame of Reference* (DCFR): *Part E. Commercial agency, franchise and distributorship*⁶⁵. Dokument został przygotowany przez *Study Group on a European Civil Code* i przez *the Research Group on EC Private Law* (*Acquis Group*).

⁶¹ M. Sieradzka, *Porozumienia...*

⁶² Podobne stanowisko zajął Sąd Najwyższy, Izba Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych w wyroku z 9.10.2019 r., I NSK 89/18, niepubl. Zob. jednak 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, „Glosa” 2020/3, s. 76–90.

⁶³ M. Sieradzka, *Porozumienia...*

⁶⁴ E.C. Ritaine, *The Common Frame of Reference (CFR) and the Principles of European Law on Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts*, „ERA Forum” 2007/8, s. 563–584.

⁶⁵ Ch. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke, H. Beale, J. Herre, J. Huet, M. Storme, S. Swann, P. Varul, A. Veneziano, F. Zoll, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference* (DCFR), Monachium 2009, s. 347 i n. Z literatury zob. np. D. Gatner, *Umowa dystrybucji w świetle Draft Common Frame of Reference* (DCFR), „Transformacje Prawa Prywatnego” 2014/1, s. 6 i n.

Wreszcie należy wspomnieć o bardziej ogólnych regulacjach prawa modelowego: Zasady Europejskiego Prawa Umów (PECL)⁶⁶, Zasady Międzynarodowych Kontraktów Handlowych UNIDROIT (UNIDROIT PICC)⁶⁷.

5. KODEKSY ETYKI W DZIEDZINIE FRANCZYZY

Dla stosunków franczyzy mają znaczenie zbiory zasad etyki. Należy wymienić rekomendacje dotyczące etyki franczyzy opracowane na forum *The World Franchise Council* utworzonej w 1994 r., obecnie skupiającej organizacje franczyzowe z 40 państw świata⁶⁸. Dalej będzie to Europejski Kodeks Etyczny Franchisingu (Kodeks)⁶⁹ opracowany w 1972 r. przez Europejską Federację Franchisingu, poddawany następnie kolejnym modyfikacjom⁷⁰. W Polsce podjęto próbę utworzenia krajowego kodeksu etyki w dziedzinie franczyzy pod auspicjami Rzecznika Małych i Średnich Przedsiębiorców. Krajowy Kodeks Etyki we franczyzie w końcu powstał. Jest otwarty do podpisu przez organizacje franczyzowe⁷¹. Z uwagi na art. 56 k.c. kodeksy etyki mogą odgrywać ograniczoną rolę w kształtowaniu treści stosunku cywilnoprawnego.

„Zasady przewodnie” Europejskiego Kodeksu Etycznego Franchisingu stanowią, że: „Francyzodawca jest inicjatorem sieci franczyzowej, składającej się z niego samego oraz jego indywidualnych franczyzobiorców, dla których jest on opiekunem w długoterminowej perspektywie”. Jednocześnie Kodeks wymienia triadę obowiązków organizatora sieci: „Francyzodawca powinien: przed rozpoczęciem budowy sieci franchisingowej prowadzić, przez pewien czas odnosząc sukces, działalność przynajmniej w jednej placówce; być właścicielem lub mieć tytuł prawny do korzystania z nazwy handlowej swojej sieci, znaku towarowego lub innych wyróżniających ją oznaczeń; zapewnić indywidualnemu franczyzobiorcy szkolenie wstępne oraz dalsze wsparcie handlowe i techniczne przez cały czas obowiązywania umowy”. Kodeks podkreśla zatem szczególną rolę organizatora sieci i jego społeczno-gospodarczą odpowiedzialność.

6. REGULACJA FRANCZYZY W NIEKTÓRYCH OBCYCH SYSTEMACH PRAWNYCH

6.1. Uwagi wprowadzające

Przeglądu regulacji (lub braku szczegółowej regulacji) franczyzy w obcych porządkach prawnych dokonuje, na poziomie ogólnoinformacyjnym, cyklicznie nowelizowane opracowanie, którego redaktorem jest P. Zeidman (*Franchise in 25 jurisdictions worldwide*, Law Business Research Ltd, Londyn)⁷².

⁶⁶ O. Lando, H. Beale, *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, Haga–Londyn–Boston 2000. Treść PECL z tłumaczeniem J. Beldowskiego w: „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2004/3, s. 801 i n.

⁶⁷ M.J. Dennis, *Modernizing and harmonizing international contract law: the CISG and the UNIDROIT Principles continue to provide the best way forward*, „Unif. L. Rev.” 2014, t. 19, s. 114–151.

⁶⁸ <https://worldfranchisecouncil.net> (dostęp: 5.11.2021 r.).

⁶⁹ Treść Kodeksu dostępna na stronie: <https://franchising.pl/abc-franczyzy/224/europejski-kodeks-etyki-franczyzy/> (dostęp: 5.11.2021 r.).

⁷⁰ S. Włodyka, M. Spyra [w:] *System...*, t. 6, s. 641.

⁷¹ <https://kodeksfranczyzy.org.pl> (dostęp: 5.11.2021 r.).

⁷² www.franchise.org/sites/default/files/uploaded_documents/F2016_Colombia.pdf (dostęp: 5.11.2021 r.).

Analiza prawa obcego – choćby w ograniczonym wymiarze – jest niezbędna dla zbadania standardów światowych obowiązujących w odniesieniu do franczyzy.

6.2. Amerykańska *Federal Franchise Rule*

Regulacja amerykańska nieco odbiega od europejskiego modelu regulacji. Niemniej warto przytoczyć niektóre jej założenia, albowiem zakładają one silną ochronę interesów franczyzobiorców jako ekonomicznie słabszej strony stosunku prawnego. Ponadto rozwiązania te okazały się inspiracją dla innych systemów prawnych. Ochrona ta następuje jeszcze na etapie przedkontraktowym. Przepisy dotyczące franczyzy stanowią połączenie przepisów federalnych i stanowych, które regulują rejestrację, ofertę i sprzedaż francyz, a także stosunki prawne między francyzodawcami a franczyzobiorcami. *Federal Franchise Rule*⁷³ to nadrzędne federalne prawo dotyczące franczyzy, które reguluje wszystkie transakcje francyzowe w całych Stanach Zjednoczonych Ameryki⁷⁴. Wykonywanie *Federal Franchise Rule* należy do kompetencji Federalnej Komisji Handlu. *Federal Franchise Rule* określa minimalne standardy dotyczące obowiązków francyzodawcy w zakresie ujawniania informacji. Przepisy kładą bowiem nacisk na obowiązek przekazywania potencjalnym uczestnikom sieci szczegółowych informacji na temat franczyzy. Oprócz wspomnianej *Federal Franchise Rule*, francyzę regulują przepisy stanowe dotyczące obowiązków francyzodawcy w zakresie ujawniania informacji, relacji między francyzodawcą a franczyzobiorcą oraz dokumentów dotyczących przeglądu i rejestracji franczyzy.

Federal Franchise Rule zajmuje się m.in. zdefiniowaniem kluczowych pojęć. Zgodnie z § 436.1.(h) *Federal Franchise Rule* „franczyza” oznacza jakikolwiek ciągły stosunek handlowy lub umowę, jakkolwiek by się nie nazywała, w której warunki oferty lub umowy określają, lub organizator obiecuje lub oświadcza ustnie lub pisemnie, że: 1) franczyzobiorca uzyska prawo do prowadzenia działalności, która jest zidentyfikowana lub powiązana ze znakiem towarowym francyzodawcy, lub do oferowania, sprzedawania lub dystrybucji towarów, usług lub towarów, które są zidentyfikowane lub powiązane ze znakiem towarowym francyzodawcy (przy czym kolejna definicja bardzo szeroko definiuje to pojęcie); 2) francyzodawca będzie wywierał lub ma uprawnienia do wywierania znacznego stopnia kontroli nad sposobem działania franczyzobiorcy lub zapewni znaczącą pomoc w zakresie sposobu działania franczyzobiorcy, i 3) jako warunek uzyskania lub rozpoczęcia działalności francyzowej, franczyzobiorca dokonuje wymaganej płatności lub zobowiązuje się do dokonania wymaganej płatności na rzecz francyzodawcy lub jego podmiotu stowarzyszonego.

Zgodnie z § 436.1.(f) *Federal Franchise Rule* „przedstawienie wyników finansowych” oznacza każde przedstawienie potencjalnemu franczyzobiorcy, w tym ustne, pisemne lub wizualne, w tym w środkach masowego przekazu, które wyraźnie lub w sposób dorozumiany określa konkretny poziom faktycznej lub potencjalnej

⁷³ Precyzyjniej: Part V Federal Trade Commission, Parts 436 and 437 Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunities; Final Rule Federal Register /Vol. 72, No. 61/ Friday, March 30, 2007/ Rules and Regulations.

⁷⁴ <https://www.ftc.gov/sites/default/files/070330franchiserulefrnotice.pdf> (dostęp: 5.11.2021 r.).

sprzedaży, dochodów, zysku brutto lub zysku netto. Termin ten obejmuje wykresy, tabele lub obliczenia matematyczne, które pokazują możliwe wyniki na podstawie kombinacji zmiennych. Rodzi to oczywiste wnioski dla polskiej propozycji regulacji.

Zgodnie z § 436.1.(o) *Federal Franchise Rule* „zwykły angielski” oznacza organizację informacji i użycie języka zrozumiałego dla osoby niezaznajomionej z działalnością franczyzową. Zawiera krótkie zdania; określony, konkretny, potoczny język; aktywny głos; oraz tabelaryczna prezentacja informacji, jeśli to możliwe. Unika prawniczego żargonu, wysoce technicznych terminów biznesowych i wielu negatywów.

Zgodnie z § 436.1.(r) *Federal Franchise Rule* „potencjalny franczyzobiorca” oznacza każdą osobę (w tym dowolnego agenta, przedstawiciela lub pracownika), do której zwraca się sprzedawca franczyzowy lub do którego się zwraca w celu omówienia możliwego nawiązania relacji franczyzowej.

Zgodnie z § 436.1.(s) *Federal Franchise Rule* „wymagana płatność” oznacza wszelkie wynagrodzenie, jakie franczyzobiorca musi zapłacić franczyzodawcy lub podmiotowi powiązanemu na podstawie umowy lub z praktycznej konieczności jako warunku uzyskania lub rozpoczęcia działalności franczyzowej. Wymagana płatność nie obejmuje płatności za zakup rozsądnych ilości zapasów po uczciwych cenach hurtowych w celu odsprzedaży lub dzierżawy.

Zgodnie z § 436.1.(t) *Federal Franchise Rule* „sprzedaż franczyzy” obejmuje umowę, na mocy której osoba uzyskuje franczyzę od sprzedawcy franczyzowego za wartość w drodze zakupu, licencji lub w inny sposób. Nie obejmuje przedłużenia lub odnowienia istniejącej umowy franczyzowej, jeśli nie nastąpiła przerwa w prowadzeniu działalności przez franczyzobiorcę, chyba że nowa umowa zawiera warunki, które różnią się istotnie od umowy pierwotnej. Nie obejmuje również przeniesienia franczyzy przez istniejącego franczyzobiorcę, jeśli franczyzodawca nie miał znaczącego zaangażowania z potencjalnym cesjonariuszem. Samo zatwierdzenie lub odrzucenie przez franczyzodawcę przeniesienia nie jest uważane za znaczące zaangażowanie.

Zgodnie z § 436.1.(c) *Federal Franchise Rule* „klauszula poufności” oznacza jakąkolwiek umowę, postanowienie lub ugodę, które bezpośrednio lub pośrednio ogranicza aktualnemu lub byłemu franczyzobiorcy możliwość dzielenia się swoimi doświadczeniami jako uczestnika sieci w systemie franczyzodawcy z jakimkolwiek potencjalnym franczyzobiorcą. Nie zawiera klauzul chroniących znaki towarowe franczyzodawcy lub inne zastrzeżone informacje.

Federal Franchise Rule nakłada na organizatora sieci obowiązek dostarczenia potencjalnemu uczestnikowi sieci szczegółowo określonego dokumentu informacyjnego na temat franczyzy. Zgodnie z § 436.2. *Federal Franchise Rule* nieuczciwym lub oszukańczym działaniem lub praktyką naruszającą sekcję 5 ustawy o Federalnej Komisji Handlu, w związku z ofertą lub sprzedażą franczyzy, która ma być zlokalizowana w Stanach Zjednoczonych, jest m.in. nieprzedstawienie przez organizatora sieci potencjalnemu franczyzobiorcy kopii aktualnego dokumentu informacyjnego zgodnie z przepisnymi wymogami, odnoszącego się do organizatora sieci, co najmniej 14 dni kalendarzowych przed podpisaniem przez potencjalnego franczyzobiorcę wiążącej umowy lub pobraniem jakiegokolwiek płatności na rzecz organizatora sieci lub podmiotu stowarzyszonego w związku z proponowaną sprzedażą franczyzy.

Zgodnie z § 436.4. *Federal Franchise Rule* do zakresu obowiązkowo podawanych

informacji o organizatorze sieci, należą następujące dane (które są następnie bardzo szczegółowo doprecyzowane w kolejnych bardzo drobiazgowych regulacjach): określenie organizatora sieci, jego udziałowców, poprzedników prawnych, podmiotów powiązanych, doświadczenia biznesowego, sporów sądowych, informacji o upadłości, opłatach wstępnych, innych opłatach, szacunkowej wartości początkowej inwestycji, ograniczeń dotyczących źródeł produktów i usług, zobowiązań francyzobiorcy, finansowania, pomocy ze strony francyzodawcy, reklam, systemów informatycznych i szkoleń, terytorium działania, znaków towarowych, patentów, praw autorskich i informacji zastrzeżonych, zobowiązań do udziału w faktycznym prowadzeniu działalności francyzowej, ograniczeń dotyczących tego, co francyzobiorca może sprzedawać, zmian, wypowiedzenia, przeniesienia praw, rozwiązywania sporów, danych publicznych, oświadczeń o wynikach finansowych, punktach sprzedaży i informacji o francyzobiorcach, sprawozdań finansowych, umów, dochodach. Załącznikiem do dokumentu informacyjnego jest wzór umowy franczyzy.

Umowa franczyzy – co oczywiście uwzględnia uwarunkowania prawa amerykańskiego – powinna zawierać następujące elementy takie jak: długość okresu franczyzy, odnowienie lub przedłużenie okresu franczyzy, wymagania względem francyzobiorcy warunkujące odnowienie lub przedłużenie okresu franczyzy, warunki dla wypowiedzenia umowy przez francyzobiorcę, podstawy dla wypowiedzenia umowy przez francyzodawcę bez podania przyczyny, podstawy dla wypowiedzenia umowy przez francyzodawcę z podaniem przyczyny, zobowiązania francyzobiorcy dotyczące rozwiązania/nieprzedłużenia umowy, zasady cesji umowy przez organizatora sieci, jak i jej „transfer” przez francyzobiorcę (zgoda organizatora sieci na transfer przez francyzobiorcę), warunki zatwierdzenia przelewu przez francyzodawcę-organizatora sieci, prawo organizatora sieci do pierwszej odmowy przejęcia przedsiębiorstwa francyzobiorcy, opcja organizatora sieci do zakupu przedsiębiorstwa francyzobiorcy, śmierć lub niezdolność do pracy francyzobiorcy, zakaz konkurencji w okresie trwania franczyzy, zakaz konkurencji po rozwiązaniu lub wygaśnięciu franczyzy, zasady modyfikacji umowy, klauzula możliwości integracji/fuzji, rozwiązywanie sporów w drodze arbitrażu lub mediacji, klauzula wyboru sądu, klauzula wyboru prawa.

6.3. Regulacja brazylijska

Wobec znacznej liczby systemów prawnych, w których jest uregulowana franczyza, warto przyjrzeć się tym najnowszym regulacjom. Jednym z państw, które ostatnio wprowadziło regulację dotyczącą franczyzy jest Brazylia⁷⁵. Jest to o tyle dobry przykład, że nowe prawo zastąpiło wcześniejszą regulację poświęconą franczyzie. Ustawa została opublikowana 27.12.2019 r., a weszła w życie 25.03.2020 r. Nowe prawo – co należy podkreślić w kontekście celów niniejszego opracowania – nakłada na francyzodawców bardziej rygorystyczne obowiązki, zwłaszcza w odniesieniu do ujawniania informacji). Ponadto wprowadza również nowe zabezpieczenia dla

⁷⁵ Źródłem informacji o uregulowaniach prawa brazylijskiego jest strona: <http://lawsofbrazil.com/2020/01/03/the-new-brazilian-franchising-law/> (dostęp: 5.11.2021 r.).

franczyzobiorców związane z najmem lokali, w których umowa franczyzy będzie wykonywana⁷⁶.

Ustawodawca brazylijski definiuje francyzę jako umowę, na podstawie której organizator sieci upoważnia franczyzobiorcę do korzystania ze znaków towarowych i innych praw własności intelektualnej w zamian za uiszczenie opłat. Prawa własności intelektualnej są związane z prawem do: a) produkcji lub dystrybucji wyłącznych lub niewyłącznych produktów lub usług, oraz b) korzystania z metod i systemów wdrażania oraz zarządzania działalnością lub systemów operacyjnych opracowanych przez organizatora sieci lub będących jego własnością⁷⁷.

Nowa definicja wyraźnie wyklucza możliwość kwalifikowania umowy franczyzy jako stosunku prawnego-konsumenckiego lub stosunku pracowniczego, aby doprowadzić do wykluczenia ryzyka, że sądy uznają, iż przepisy dotyczące zatrudnienia i ochrony konsumentów mają zastosowanie do umów franchisingowych⁷⁸.

Ustawodawca brazylijski wprowadza obowiązek przygotowania przez organizatora sieci tzw. dokumentu oferty franczyzy (*Circular de Offer de Franquia*) w języku portugalskim, który obecnie wymaga znacznie więcej szczegółowych informacji dotyczącej sieci franczyzowej niż na podstawie poprzedniej ustawy. Dokument ten musi być sporządzony „obiektywnym i przystępnym” językiem i musi zawierać⁷⁹: podsumowanie historii działalności franczyzowej organizatora sieci; szczegółowe informacje o organizatorze sieci i podmiotach powiązanych wraz z ich brazylijskim numerem podatkowym (*Cadastro das Pessoas Jurídicas*); bilanse i sprawozdania finansowe dotyczące dwóch poprzednich lat podatkowych; wykaz spraw sądowych dotyczących franczyzy „które kwestionują system lub mogą zagrozić funkcjonowaniu franczyzy” w Brazylii i które mają za stronę głównego organizatora sieci, podmioty względem niego dominujące, sub-franczyzodawcę, właścicieli znaków towarowych i innych praw własności intelektualnej; szczegółowy opis franczyzy oraz ogólny opis działalności i czynności, które będą wykonywane przez franczyzobiorcę; wynagrodzenie organizatora sieci; opis profilu idealnego franczyzobiorcy, w tym wymogi do wcześniejszego doświadczenia, poziomu wykształcenia i innych cech, które franczyzobiorca musi mieć lub powinien mieć; wymogi dotyczące bezpośredniego zaangażowania franczyzobiorcy w prowadzenie i zarządzanie przedsiębiorstwem; szczegółowe informacje o całkowitych, szacunkowych nakładach inwestycyjnych wymaganych do nabycia, wdrożenia i rozpoczęcia działalności franczyzowej; szczegółowe informacje o szacunkowej wartości instalacji, wyposażenia oraz początkowych zapasów i warunków płatności za nie; listę zawierającą nazwy, adresy i numery telefonów wszystkich istniejących franczyzobiorców, sub-franczyzobiorców lub sub-franczyzodawców oraz wszystkich, którzy rozwiązali umowę franczyzową w ciągu ostatnich 24 miesięcy; szczegóły dotyczące polityki terytorialnej (w tym, czy franczyzobiorca ma wyłączność lub prawo pierwokupu na terytorium oraz czy franczyzobiorca może dokonywać sprzedaży lub świadczyć usługi poza terytorium Brazylii, a także zasady dotyczące konkurencji terytorialnej); szczegółowe informacje na temat zobowiązania franczyzobiorcy do zakupu wszelkich towarów, usług lub

⁷⁶ <http://lawsofbrazil.com/2020/01/03/the-new-brazilian-franchising-law/> (dostęp: 5.11.2021 r.).

⁷⁷ <http://lawsofbrazil.com/2020/01/03/the-new-brazilian-franchising-law/> (dostęp: 5.11.2021 r.).

⁷⁸ <http://lawsofbrazil.com/2020/01/03/the-new-brazilian-franchising-law/> (dostęp: 5.11.2021 r.).

⁷⁹ <http://lawsofbrazil.com/2020/01/03/the-new-brazilian-franchising-law/> (dostęp: 5.11.2021 r.).

surowców wymaganych do wdrożenia, obsługi lub zarządzania franczyzą od dostawców zatwierdzonych przez francyzodawcę (w tym pełna lista tych dostaw); informację co zostanie zaoferowane francyzobiorcy i warunki wsparcia, nadzór sieci francyzowej, usługi, innowacje technologiczne, szkolenia francyzobiorców i pracowników (w tym czas trwania, treść i koszty), podręczniki francyzowe, pomoc w analizie i wyborze lokalizacji, gdzie franczyza będzie zlokalizowana oraz układ i standardy architektoniczne dla franczyzy (w tym fizyczna lokalizacja sprzętu, lista wyposażenia i rysunki architektoniczne); szczegółowe informacje o znaku towarowym i innych prawach własności intelektualnej związanych z franczyzą, które będą wykorzystywane przez francyzobiorcę; szczegółowe informacje na temat sposobu postępowania z know-how w zakresie produktów, procesów lub zarządzania oraz poufnych informacji związanych z przemysłem, handlem, finansami i biznesem po rozwiązaniu umowy oraz czy francyzobiorca będzie mógł konkurować z franczyzą; pełną kopię standardowej umowy francyzowej (i ewentualnej umowy przedwstępnej), która ma zostać zawarta z proponowanym francyzobiorcą; zasady cesji i dziedziczenia (jeśli istnieją); zdarzenia, które spowodują nałożenie kar, innych obciążeń lub wypłatę odszkodowania i ich odpowiednich kwot; informacje o istnieniu dla francyzobiorcy 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; informację czy istnieje stowarzyszenie lub inna organizacja zrzeszająca francyzobiorców, a jeśli tak, uprawnienia, uprawnienia i mechanizmy reprezentacji przed francyzodawcą, a także szczegóły dotyczące uprawnień w zakresie zarządzania i nadzoru nad alokacją środków; wskazanie zasad ograniczających konkurencję pomiędzy organizatorem sieci a francyzobiorcami oraz pomiędzy francyzobiorcami w okresie obowiązywania umowy francyzowej, a także szczegóły dotyczące zasięgu terytorialnego, czasu trwania ograniczenia i kar za ich nieprzestrzeganie; okres obowiązywania umowy francyzowej i warunki jej przedłużenia (jeśli dotyczy); bieżące opłaty „jak również inne kwoty” do zapłacenia francyzodawcy lub osobom trzecim wskazanym przez francyzodawcę, „z wyszczególnieniem odpowiednich wzorów i tego, na co jest płacona opłata lub na co [fundusze] mają być wykorzystane” (należy podać opłatę bieżącą za „system” francyzowy, czynsz za sprzęt lub opłaty z tytułu najmu lokalu, opłatę marketingową i minimalne ubezpieczenie); stwierdzenie, że organizator sieci może czerpać zyski z podnajmu lokalu francyzobiorcy (wymagane tylko w przypadku, gdy francyzobiorca podnajmuje lokal od organizatora sieci, a organizator sieci czerpie zyski z tego porozumienia).

Przedmiotowy dokument należy dostarczyć potencjalnemu francyzobiorcy co najmniej 10 dni przed: podpisaniem umowy francyzowej (lub umowy przedwstępnej, jeśli taka istnieje) lub zapłatą jakiegokolwiek opłaty na rzecz organizatora sieci lub podmiotu powiązanego⁸⁰.

Brazylijska ustawa wprowadza ponadto zasady mające zastosowanie do lokali udostępnianych do korzystania francyzobiorcom przez organizatorów sieci na zasadzie podnajmu. W przypadku, gdy organizator sieci będzie podnajmował lokal, w którym będzie wykonywana działalność francyzowa, to zarówno organizator

⁸⁰ <http://lawsofbrazil.com/2020/01/03/the-new-brazilian-franchising-law/> (dostęp: 5.11.2021 r.).

sieci, jak i franczyzobiorca będą mieli prawo do przedłużenia głównej umowy najmu (z wyjątkiem przypadku naruszenia umowy najmu lub umowy franczyzy). Ponadto, jeśli organizator sieci obciąża franczyzobiorcę za czynsz podnajmu w wyższej kwocie niż wynosi czynsz najmu wówczas: a) musi to być „wyraźnie i jasno” zapisane we wspomnianym dokumencie informacyjnym, jak i w umowie franczyzowej, i b) kwota pobierana przez franczyzodawcę nie może być „nadmiernie uciążliwa” dla franczyzobiorcy, a sąd (lub arbiter) będzie miał prawo interweniować w celu „utrzymania równowagi ekonomicznej i finansowej” w okresie trwania umowy franczyzy⁸¹.

Umowy franczyzowe, które mają zastosowanie wyłącznie w Brazylii muszą być sporządzone w języku portugalskim i podlegać prawu brazylijskiemu. Umowa franczyzy będzie uważana za „międzynarodową umowę franczyzową”, jeśli umowa dotyczy czynności związanych z jej zawarciem lub wykonywaniem, narodowością lub miejscem zamieszkania stron lub lokalizacją które są powiązane z „więcej niż jednym systemem prawnym”. Międzynarodowe umowy franczyzowe sporządzone w języku obcym wymagają tłumaczenia na język portugalski (tłumaczenie „musi być opłacone przez franczyzodawcę” i musi być „poświadczane”)⁸².

Strony mogą wybrać tylko jedno ze swoich miejsc zamieszkania jako forum rozstrzygania wszelkich sporów wynikających z umowy. Co ważne, strony są zobowiązane do utrzymywania na wybranym forum przedstawiciela uprawnionego do reprezentowania ich w czynnościach administracyjnych i sądowych oraz do doręczania pism w ich imieniu⁸³. Strony mogą teraz wybrać arbitraż jako mechanizm rozstrzygania sporów⁸⁴.

7. DOKTRYNALNE ZAŁOŻENIA ODNOSZĄCE SIĘ DO UMOWY FRANCZYZY

Poniższe uwagi będą stanowiły podstawę dla zaproponowania regulacji umowy franczyzy w polskim systemie prawnym. W literaturze przedmiotu Urszula Promińska trafnie wskazuje na trzy podstawowe cechy franczyzy, które odróżniają ją od innych kategorii stosunków prawnych: system franczyzowy organizowany jest przez przedsiębiorcę – organizatora sieci, który osiągnął sukces gospodarczy; uczestnik sieci jest samodzielnym przedsiębiorcą, prowadzi działalność gospodarczą we własnym imieniu i na własny rachunek; na zewnątrz uczestnicy sieci, choć są samodzielnymi podmiotami, dzięki unifikacji zasad prowadzenia działalności i korzystaniu z oznaczeń organizatora sieci występują jako jedna wspólna marka⁸⁵.

Umowa franczyzy – obecnie funkcjonująca w obrocie prawnym jako umowa nienazwana – ma następujące cechy: jest umową odpłatną⁸⁶, jest umową wzajemną⁸⁷ co ma istotne znaczenie z uwagi na konieczność stosowania do niej przepisów

⁸¹ <http://lawsofbrazil.com/2020/01/03/the-new-brazilian-franchising-law/> (dostęp: 5.11.2021 r.).

⁸² <http://lawsofbrazil.com/2020/01/03/the-new-brazilian-franchising-law/> (dostęp: 5.11.2021 r.).

⁸³ <http://lawsofbrazil.com/2020/01/03/the-new-brazilian-franchising-law/> (dostęp: 5.11.2021 r.).

⁸⁴ <http://lawsofbrazil.com/2020/01/03/the-new-brazilian-franchising-law/> (dostęp: 5.11.2021 r.).

⁸⁵ U. Promińska [w:] *System...*, t. 9, s. 750.

⁸⁶ U. Promińska [w:] *System...*, t. 9, s. 771; S. Włodyka, M. Spyra [w:] *System...*, t. 6, s. 644.

⁸⁷ U. Promińska [w:] *System...*, t. 9, s. 771; S. Włodyka, M. Spyra [w:] *System...*, t. 6, s. 644. Sąd Apelacyjny (dalej SA) w Krakowie w wyroku z 22.05.2013 r., I ACa 371/13, niepubl.: „Przyjmuje się także, że umowa franchisingu jest umową wzajemną, aczkolwiek świadczenia stron rozkładają się w czasie, a korzyści wybierają różne formy, często niewymierne np. beneficjent poprzez umowę franchisingu dokonuje ekspansji na inny rynek, potęgując jego obroty globalne”.

ogólnych Kodeksu cywilnego o zobowiązaniach z umów wzajemnych, jest umową przysparzającą i kauzalną, w oparciu na poglądach doktrynalnych – z uwagi na upoważnienie do korzystania franczyzy może to być umowa: zobowiązująca, rozporządzająca, upoważniająca, hybrydalna⁸⁸, jest umową konsensualną⁸⁹, jest umową handlową – formalnie obustronnie profesjonalną⁹⁰ (niemniej pomiędzy jej stronami zachodzą dysproporcje, nie jest to zatem umowa „równych”), jest umową długoterminową⁹¹ przede wszystkim o świadczeniach ciągłych i świadczeniach okresowych, jest umową szczególnego zaufania⁹², jest umową mającą za przedmiot świadczenia z zakresu dóbr niematerialnych⁹³, świadczeniem charakterystycznym dla tej umowy jest świadczenie spełniane przez organizatora sieci. Umowa franczyzy jest kontraktem zawierającym pomiędzy dwoma przedsiębiorcami.

Do kluczowych obowiązków organizatora sieci należy⁹⁴: zobowiązanie do włączenia drugiej strony do sieci⁹⁵; zobowiązanie do przekazania drugiej stronie franczyzy (udzielenia upoważnień do korzystania z know-how, dóbr z zakresu własności przemysłowej czy własności intelektualnej)⁹⁶; zobowiązanie do udzielenia niezbędnej pomocy⁹⁷. Świadczenie organizatora sieci ma charakter trwały (ciągły)⁹⁸. Do kluczowych uprawnień organizatora sieci należy: prawo kontroli działalności uczestnika sieci⁹⁹, prawo do wynagrodzenia za włączenie uczestnika do sieci i ko-

⁸⁸ U. Promińska [w:] *System...*, t. 9, s. 769; S. Włodyka, M. Spyra [w:] *System...*, t. 6, s. 644.

⁸⁹ U. Promińska [w:] *System...*, t. 9, s. 771.

⁹⁰ U. Promińska [w:] *System...*, t. 9, s. 773.

⁹¹ S. Włodyka, M. Spyra [w:] *System...*, t. 6, s. 651.

⁹² S. Włodyka, M. Spyra [w:] *System...*, t. 6, s. 644. Utrata zaufania do partnera, wspólnie podjętego przedsięwzięcia, także gdy przybiera ono formę umowy o franchising jest tego rodzaju ważną przyczyną, która usprawiedliwia wcześniejsze jej rozwiązanie, nawet w sytuacji, gdy strony umowy zawartej na czas określony wprost nie przewidywały takiego uprawnienia. Taka jest teza wynikająca z wyroku SA w Krakowie z 30.03.2017 r., I ACa 711/16, niepubl.

⁹³ L. Stecki, *Franchising*, s. 33.

⁹⁴ B. Pokorska, *Przedsiębiorca...*, s. 32.

⁹⁵ U. Promińska [w:] *System...*, t. 9, s. 757.

⁹⁶ U. Promińska [w:] *System...*, t. 9, s. 757; S. Włodyka, M. Spyra [w:] *System...*, t. 6, s. 646.

⁹⁷ U. Promińska [w:] *System...*, t. 9, s. 757.

⁹⁸ „Sąd Najwyższy w składzie rozpoznającym niniejszą sprawę podziela wyrażone w wyroku z dnia 8 października 2004 r., V CK 670/03 stanowisko, że z przytoczonej charakterystyki umowy franchisingowej wynika, że franchisingodawca podobnie, jak wynajmujący lub wydzierżawiający spełnia swoje świadczenie mające postać świadczenia ciągłego stale wraz z trwaniem zobowiązania. Przyjętym w prawie cywilnym sposobem normalnego oraz przedwczesnego zakończenia stosunków trwałych jest wypowiedzenie. Wywiera ono skutek na przyszłość (ex nunc), tj. znosi stosunek prawny dopiero po upływie terminu wypowiedzenia, a gdy termin taki wyjątkowo nie jest wymagany – z chwilą złożenia kontrahentowi oświadczenia o wypowiedzeniu. O przyjęciu tego sposobu zakończenia stosunków trwałych zdecydowało właśnie to, że pozostawia on nie naruszony stosunek w zakresie spełnionego już świadczenia ciągłego. Spełnienia świadczenia polegającego na udostępnieniu rzeczy do używania (najem) lub na udostępnieniu rzeczy do używania i pobierania korzyści (dzierżawa) albo na umożliwianiu wykorzystywania wypracowanego sposobu prowadzenia działalności gospodarczej (franchising) nie sposób przekreślić. Zniesienie zobowiązania trwałego z mocą wsteczną nie mogłoby więc doprowadzić do zwrotu tego rodzaju świadczeń; możliwe byłoby w takim razie co najwyżej skomplikowane rozliczenie się stron z tytułu spełnionego świadczenia ciągłego. W konsekwencji, nie tylko rozwiązanie z mocą wsteczną za zgodą obu stron (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 listopada 2002 r., V CKN 1374/00, OSP 2003, nr 11, poz. 114, jak też wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 stycznia 2001 r., II CKN 365/00, OSNC 2001, nr 10, poz. 154), ale i wypowiedzenie z mocą wsteczną przez jedną ze stron uznać należy za sprzeczne z wynikającą z założeń kodeksu cywilnego naturą zobowiązania trwałego (art. 353¹ k.c.) i nieważne na podstawie art. 58 § 1 k.c.; ściśle rzecz biorąc, nieważna jest już sama klauzula zastrzegająca możliwość wypowiedzenia zobowiązania trwałego ze skutkiem wstecznym. Zniesienie wykonanego w zakresie świadczenia ciągłego zobowiązania o charakterze trwałym mieści się więc w granicach zasady swobody umów tylko wtedy, gdy odnosi się do przyszłości”. Wyrok SN z 5.10.2005 r., II CK 122/05. Podobnie wyroki SN z: 7.03.2007 r., II CSK 348/06, niepubl.; z 5.04.2007 r., II CSK 546/06, niepubl.

⁹⁹ U. Promińska [w:] *System...*, t. 9, s. 757.

rzystania przez niego z franczyzy¹⁰⁰. Do kluczowych obowiązków uczestnika sieci należy: zobowiązanie do prowadzenia działalności gospodarczej z wykorzystaniem franczyzy¹⁰¹, obowiązek zapłaty wynagrodzenia za włączenie do sieci i korzystanie z franczyzy¹⁰². Do kluczowych uprawnień uczestnika sieci należy: prawo do poszanowania jego samodzielności prawnej¹⁰³, prawo do korzystania z franczyzy¹⁰⁴.

Dalej należy wskazać na przykładowe, stypizowane klauzule umowne stosowane w przypadku umowy franczyzy. Są to: „klauzula zakupu” – zobowiązuje uczestnika sieci do nabywania określonych towarów czy usług od organizatora sieci lub osób trzecich przez niego wskazanych¹⁰⁵, „klauzula lojalności i zachowania tajemnicy”¹⁰⁶, „klauzula zakazu konkurencji”¹⁰⁷, „klauzule rozwiązania umowy”¹⁰⁸.

8. ZAŁOŻENIA CO DO UMOWY FRANCZYZY WEDŁUG EUROPEJSKIEGO KODEKSU ETYKI FRANCZYZY

Według Europejskiego Kodeksu Etycznego Franchisingu: „Umowa francyzowa powinna być zgodna z prawem krajowym, prawem wspólnot europejskich oraz (...) *Kodeksem Etyki*. Umowa powinna odzwierciedlać interes członków sieci francyzowej w ochronie praw własności przemysłowej i intelektualnej francyzodawcy oraz w utrzymywaniu jednolitego wizerunku i reputacji sieci francyzowej. Wszelkie porozumienia i uzgodnienia dotyczące stosunków francyzowych powinny być sporządzane w języku urzędowym kraju miejsca siedziby indywidualnego francyzobiorcy lub przetłumaczone na ten język przez tłumacza przysięgłego. Podpisane umowy powinny być niezwłocznie przekazywane indywidualnemu francyzobiorcy. Umowa francyzowa powinna precyzyjnie określać prawa i obowiązki stron oraz wszelkie inne istotne warunki współpracy”.

Według Europejskiego Kodeksu Etycznego Franchisingu minimalny zakres treści umowy franczyzy obejmuje następujące zagadnienia: „uprawnienia przyznane francyzodawcy; uprawnienia przyznane indywidualnemu francyzobiorcy; towary lub usługi, które mają być dostarczane indywidualnemu francyzobiorcy; obowiązki francyzodawcy; obowiązki indywidualnego francyzobiorcy; warunki płatności przez indywidualnego francyzobiorcę; okres obowiązywania umowy, który powinien być wystarczająco długi, aby umożliwić indywidualnym francyzobiorcom zamortyzowanie ich wstępnych inwestycji specyficznych dla franchisingu; warunki na jakich może dojść do przedłużenia umowy; warunki na jakich indywidualny francyzobiorca może sprzedać lub przenieść tytuł prawny do działalności francyzowej oraz ewentualne prawa pierwokupu francyzodawcy w tym zakresie; postanowienia dotyczące korzystania przez indywidualnego francyzobiorcę ze znaków rozpoznawczych francyzodawcy, nazwy handlowej, znaku towarowego, znaku

¹⁰⁰ U. Promińska [w:] *System...*, t. 9, s. 757; S. Włodyka, M. Spyra [w:] *System...*, t. 6, s. 648.

¹⁰¹ U. Promińska [w:] *System...*, t. 9, s. 757.

¹⁰² U. Promińska [w:] *System...*, t. 9, s. 757.

¹⁰³ U. Promińska [w:] *System...*, t. 9, s. 757.

¹⁰⁴ U. Promińska [w:] *System...*, t. 9, s. 757.

¹⁰⁵ U. Promińska [w:] *System...*, t. 9, s. 762–763.

¹⁰⁶ U. Promińska [w:] *System...*, t. 9, s. 764–765.

¹⁰⁷ U. Promińska [w:] *System...*, t. 9, s. 765; S. Włodyka, M. Spyra [w:] *System...*, t. 6, s. 650.

¹⁰⁸ S. Włodyka, M. Spyra [w:] *System...*, t. 6, s. 651.

usługowego, oznaczenia sklepu, logo lub innych wyróżniających go oznaczeń; prawo francyzodawcy do adaptowania systemu francyzowego do nowych lub zmienionych metod prowadzenia działalności; postanowienia dotyczące rozwiązania umowy; postanowienia regulujące kwestię zwrotu, w przypadku rozwiązania umowy francyzowej, wszelkich środków trwałych oraz wartości niematerialnych i prawnych należących do francyzodawcy lub do innej osoby”.

9. PROJEKT REGULACJI FRANCZYZY W POLSCE *DE LEGE FERENDA*

9.1. Przyczyny wprowadzenia ustawowej regulacji franczyzy w Polsce

Za uregulowaniem działalności francyzowej w ustawie przemawia szereg argumentów. Po pierwsze, w Rzeczypospolitej Polskiej rośnie zainteresowanie francyzą i stale powiększa się liczba osób zaangażowanych w rynek francyzowy¹⁰⁹.

Po drugie, w wielu państwach świata, choć franczyza była dopuszczalna na tzw. zasadach ogólnych, została ona poddana bezpośredniej regulacji normatywnej (np. w USA, Kanadzie, Brazylii, Malezji, Australii, Belgii, Holandii, we Włoszech, na Łotwie). Sieci francyzowe w Polsce rozwijają się korzystając z zasady swobody umów (art. 353¹ k.c.) i konstytucyjnej zasady wolności działalności gospodarczej. Zgodnie z art. 20 Konstytucji RP¹¹⁰: „społeczna gospodarka rynkowa oparta na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych stanowi podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej”. W Polsce, w dotychczasowej praktyce gospodarczej, ujawniły się liczne dysfunkcje relacji francyzowych wynikające z bardzo różnych przyczyn, w tym m.in. z dysproporcji stron stosunku prawnego franczyzy i nadużywania zarówno silniejszej pozycji kontraktowej, jak i nieprzygotowania niektórych francyzobiorców do sprostanienia wymogom prowadzenia działalności gospodarczej, itp. Niektóre z nowo powstających sieci francyzowych w ogóle nie stworzyły rozwiązania biznesowego nadającego się do „dystrybucji sukcesu”.

Od 1972 r. funkcjonuje Europejski Kodeks Etyczny Franchisingu opracowany przez Europejską Federację Franchisingu, który poddawany był następnie modyfikacjom. Prace przy Rzeczniku Małych i Średnich Przedsiębiorców nad opracowaniem krajowego kodeksu etyki franczyzy zakończyły się umiarkowanym powodzeniem. Niemniej normy etyczne (moralne) są zbyt słabym środkiem, aby zabezpieczyć interesy słabszych uczestników gry rynkowej przed nadużywaniem przewagi kontraktowej. Uregulowanie franczyzy w Polsce na szczeblu normatywnym jest zatem cywilizacyjną koniecznością.

Po trzecie, zadaniem państwa jest stworzenie takich warunków dla prowadzenia działalności gospodarczej, w których może się ona w sposób niezakłócony rozwijać. Szczególną opieką prawną ze strony państwa powinni zostać objęci mikroprzedsiębiorcy, mali i średni przedsiębiorcy, którymi z zasady są francyzobiorcy. Ekonomicznie silniejszą stroną umowy franczyzy jest niewątpliwie organizator sieci

¹⁰⁹ Autorską propozycję tekstu ustawy autor zamieścił na stronie: <https://adamusrafal.pl/projekt-ustawy-o-dzialalnosci-francyzowej> (dostęp: 5.11.2021 r.).

¹¹⁰ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.) – dalej Konstytucja RP.

franczyzowej. Umowa, którą przedstawia do podpisu franczyzobiorcy organizator sieci jest najczęściej umową adhezyjną (umową przystąpienia). W praktyce obrotu gospodarczego występują również ogólne warunki umów franczyzowych. Franczyzobiorcami są bardzo często mikroprzedsiębiorcy. Formalnie franczyza jest umową dwustronnie kwalifikowaną. Jej stronami, na obu biegunach, są: przedsiębiorcy, profesjonalści zobowiązani do zachowywania w swojej działalności podwyższonych mierników staranności (art. 355 § 2 k.c.). Niemniej nowoczesne prawodawstwo powinno dostrzegać różnice potencjału gospodarczego pomiędzy przedsiębiorcami.

Wprowadzenie jasnych i przejrzystych zasad prowadzenia działalności franczyzowej pozwoli na przeciwdziałaniu ewentualnym nadużyciom, co w konsekwencji może się przełożyć na wzrost zainteresowania franczyzą.

9.2. Analiza możliwości osiągnięcia celu regulacji za pomocą innych środków

Zgodnie z art. 66 ust. 1 pkt 1 ustawy z 6.03.2018 r. – Prawo przedsiębiorców¹¹¹ przed rozpoczęciem prac nad opracowaniem projektu aktu normatywnego określającego zasady podejmowania, wykonywania lub zakończenia działalności gospodarczej dokonuje się analizy możliwości osiągnięcia celu tego aktu normatywnego za pomocą innych środków niż legislacja.

Powstaje zatem pytanie, czy wobec braku regulacji franczyzy w wielu innych państwach członkowskich UE niezbędne jest uregulowanie tej materii w Polsce w drodze ustawy? Franczyza jest formą współpracy pomiędzy organizatorem sieci będącym dużym organizmem gospodarczym powiązanym indywidualnymi umowami z licznymi drobnymi kooperantami. Z reguły im większa jest liczba drobnych kooperantów, tym silniejszy gospodarczo jest organizator sieci. Pozycja ekonomiczna organizatora sieci i pojedynczego franczyzobiorcy jest – co do zasady – nieporównywalna. Tymczasem tak już jest, że podmiot ekonomicznie słabszy w zderzeniu z podmiotem gospodarczo silniejszym potrzebuje wzmoczonej ochrony prawnej. Problem ten nabrzmiewa o tyle społecznie, że zainteresowanie franczyzą stale wzrasta. Medialnie głośne stały się przypadki nadużyć. Ustawodawca nie może nie dostrzegać skarg ze strony franczyzobiorców na powstające dysfunkcje rynku franczyzy w Polsce.

Z pewnością powstanie kodeksu dobrych praktyk w dziedzinie franczyzy jest zjawiskiem pożądanym. Nawet niezależnie od tego, że od kilkudziesięciu lat istnieje Europejski Kodeks Etyczny Franchisingu opracowany przez ogólnoeuropejskie federacje sieci franczyzowych. Niemniej kodeks etyki nie zastąpi regulacji normatywnej. Przystąpienie przedsiębiorców do kodeksu etyki i jego przestrzeganie jest całkowicie dobrowolne. Powstaje otwarte pytanie, ilu organizatorów sieci zechce w ogóle stosować taki kodeks w swojej działalności? Nieprzestrzeganie kodeksu nie wiąże się z żadną sankcją prawną. Kodeks etyki nie może narzucić stronom umowy franczyzy żadnych konkretnych rozwiązań kontraktowych. Przykładowo nie może rozstrzygnąć, czy okres wypowiedzenia umowy franczyzy powinien wynosić trzy miesiące czy krócej bądź dłużej. Umowa franczyzy zawarta niezgodnie z postanowieniami kodeksu etyki – co do zasady – będzie ważna i skuteczna (art. 58 k.c.). Rola kodeksu etyki jako źródła identyfikacji tzw. zasad współzycia społecznego, a w konsekwencji

¹¹¹ Tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 162.

wyznacznika granic swobody umów (art. 353¹ k.c.) jest mniej niż słaba. Kodeks ten może być punktem odniesienia dla arbitrażu *ex equo et bono*, ale tylko wtedy, gdy obie strony dokonają zgodnie zapisu na sąd polubowny i zgodzą się na orzekanie według takich właśnie zasad. Innymi słowy – w bardzo rzadkich przypadkach.

Poprzez swoją dobrowolność, niepowszechność, bezsankcyjność kodeks etyki może w praktyce zapewnić jedynie bardzo słabą ochronę francyzobiorcom. Jaka jest zatem rola dla kodeksu etyki? Można założyć jego miękkie oddziaływanie na postawy organizatorów sieci w obrocie gospodarczym. Kodeks etyki mógłby spełnić rolę pewnego pomocniczego pomostu pomiędzy stanem pustki legislacyjnej a przyszłą regulacją prawną. Później może towarzyszyć regulacji ustawowej, jako inspiracja do rozwiązywania sporów prawnych w drodze mediacji. Niemniej kodeks etyki sam nie udźwignie ciężaru przeciwdziałania nadużywaniu przewagi kontraktowej.

Nie bez znaczenia jest też okoliczność, że UNIDROIT rekomenduje prawo modelowe w zakresie franczyzy w odniesieniu do dokumentów ujawnianych przez organizatora sieci. Argument braku legislacji poświęconej franczyzie w innych państwach członkowskich nie ma zatem żadnej wagi merytorycznej.

Ponadto niektóre szczegółowe konstrukcje prawne mogą być osiągnięte tylko dzięki regulacji ustawowej. Franczyza jest umową szczególnego zaufania i upadłość jednej ze stron może przemawiać przeciwko jej kontynuacji. Tymczasem art. 83 ustawy z 28.02.2003 r. – Prawo upadłościowe¹¹² stanowi, że: „postanowienia umowy zastrzegające na wypadek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości lub ogłoszenia upadłości zmianę lub rozwiązanie stosunku prawnego, którego stroną jest upadły, są nieważne”. W konsekwencji wprowadzenie upadłości jednej ze stron jako przyczyny wypowiedzenia umowy franczyzy wymaga regulacji rangi ustawy.

Ponadto skuteczne zabezpieczenie interesów słabszej strony umowy franczyzy wymaga legislacji nie tylko na poziomie norm prawa prywatnego, ale także na poziomie norm prawa publicznego.

9.3. Minimum ingerencji prawnej w rynek franczyzy

Uregulowanie zasad dotyczących franczyzy powinno się wiązać z minimum ingerencji ustawodawcy w obrót gospodarczy. Granicą regulacji franczyzy powinna być potrzeba zagwarantowania uczciwości obrotu gospodarczego. W konsekwencji nie powinno się wprowadzać poważniejszych utrudnień dla profesjonalnie działających sieci francyzowych.

Regulacja franczyzy nie powinna być równoznaczna z reglamentacją działalności gospodarczej. Nie powinno się wprowadzać jakiegokolwiek nowej formy reglamentacji działalności gospodarczej, z uwagi na kryterium organizowania sieci francyzowej czy kryterium uczestnictwa w sieci francyzowej. Organizowanie sieci francyzowej jako takiej nie powinno wymagać ani uzyskania koncesji, ani zezwolenia czy zgody w formie decyzji administracyjnej ani wpisu do rejestru działalności regulowanej. Ewentualna reglamentacja działalności gospodarczej może mieć miejsce, na mocy innych przepisów, z uwagi na jej szczególny przedmiot¹¹³.

¹¹² Tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1228.

¹¹³ Zob. np. R. Adamus, *Reglamentacja działalności gospodarczej – próba systematyki*, „Opolskie Studia Administracyjno-Prawne” 2013/XI/2, s. 9–30.

Utworzenie sieci franczyzowej nie powinno wymagać żadnej uprzedniej zgody administracyjnej, nie powinno prowadzić do publicznego rejestru tych sieci. Nie powinno powoływać się żadnego publicznego organu nadzoru. Przygotowywane przez organizatorów sieci franczyzowych prospekty informacyjne nie powinny podlegać jakiegokolwiek administracyjnej procedurze ich uprzedniego zgłoszenia, rejestracji, zatwierdzenia itp.

Przynależność stron umowy franczyzy do stowarzyszeń, a ewentualnie innych organizacji branżowych powinna być całkowicie dowolna. Nie powinno być jakiegokolwiek formy przymusu korporacyjnego dla stron umowy franczyzy.

9.4. Zakres regulacji franczyzy

Regulacja umowy franczyzy powinna być odpowiednio syntetyczna, nawiązując do dobrych tradycji legislacji cywilistycznych. Jednocześnie umowa franczyzy powinna być osadzona w polskiej tradycji prawnej, nawiązując do już funkcjonujących rozwiązań w prawie umów.

Wobec faktycznych dysproporcji potencjałów pomiędzy organizatorem sieci a franczyzobiorcą sama tradycyjna cywilistyczna regulacja umowy jest jednak niewystarczająca dla osiągnięcia zakładanych celów. Potrzebna jest odpowiednia „przed-kontraktowa” ochrona franczyzobiorców. Potrzebne są gwarancje – wynikające z przepisów prawa publicznego – dla zapobiegania nadużyciom przy wykonywaniu kontraktu przez organizatora sieci. Dla ograniczenia nieprawidłowości dostrzeżonych w dotychczasowym obrocie prawnym potrzebna jest regulacja wspomagająca przepisy o umowie franczyzy, w obszarze: czynów nieuczciwej konkurencji (prywatnoprawnym), przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (publicznoprawnym), i – w bardzo niewielkim zakresie – w obszarze przepisów o wykroczeniach.

Regulacja franczyzy oparta na przepisach prawa publicznego będzie odnosiła swój korzystny skutek dla rynku w Polsce w przypadku, gdy strony – korzystając ze swojej autonomii woli wyrażającej się w wyborze prawa – wybiorą inne prawo prywatne rządzące kontraktem niż prawo polskie. Należy pamiętać, że charakterystycznym świadczeniem dla umowy franczyzy jest świadczenie organizatora sieci. W stosunkach pomiędzy przedsiębiorcami – co do zasady – możliwy jest swobodny wybór prawa prywatnego rządzącego kontraktem.

9.5. Ocena przewidywanych skutków społeczno-gospodarczych

Uregulowanie w ustawie działalności franczyzowej z pewnością będzie korzystnym sygnałem dla rynku, że ustawodawca wprowadza odpowiednie „bezpieczniki” prawne. W perspektywie może się to przyczynić do zwiększenia atrakcyjności franczyzy jako bezpiecznej działalności gospodarczej.

Proporcjonalność regulacji prawnej z pewnością nie spowoduje stłumienia aktywności gospodarczej w tej dziedzinie. Jeżeli legislacja franczyzowa wyeliminuje z rynku patologiczne praktyki franczyzowe, to będzie to zjawisko pozytywne. W żadnym z państw, w którym wprowadzono uregulowania prawne odnoszące się do franczyzy, nie doszło do odpływu globalnych sieci franczyzowych czy skurczenia się rynku franczyzy.

9.6. Miejsce regulacji umowy franczyzy

Miejszem regulacji umowy franczyzy może być Kodeks cywilny, ale także zwykła ustawa¹¹⁴. Za zwykłą ustawą przemawia argument, że przedmiotem regulacji będzie nie tylko umowa franczyzy, ale także szereg zagadnień prawnych związanych z ochroną franczyzobiorców. Przyjęcie metody nowelizacji innych ustaw prowadziłoby do rozpowszechnienia materii regulacji w sytuacji, gdy wiele przemawia za tym, aby adresaci norm prawnych mieli łatwy dostęp do aktu prawnego kompleksowo regulującego ich sytuację prawną.

9.7. Terminologia języka prawnego

Dopuszczalne jest używanie spolszczonych terminów „franczyza” czy „franczyzobiorca” upowszechnionych w języku potocznym i w języku prawniczym. Termin franczyza został zaaprobowany przez Radę Języka Polskiego. Źródłosłowem jest francuskie słowo *la franchise*, które w średniowieczu oznaczało udzielenie przywileju. Polski język prawny zaakceptował już – i to w Kodeksie cywilnym – takie pojęcia jak np. „leasing”. W języku prawniczym funkcjonują też takie określenia jak: „umowa franchisingu”, „franszyza”, „franchisingodawca”, „franchisingobiorca”, „franczyzer”, „franczyzant”, „organizator sieci”, „uczestnik sieci”. Wydaje się, że taka siatka pojęć jest lepsza niż „ajencja” i „ajent”.

9.8. Założenia ogólne legislacji francyzowej

Franczyza może być wykorzystywana w bardzo różnych dziedzinach gospodarki. W praktyce wykształciło się wiele różnych podtypów franczyzy. Definicja legalna franczyzy powinna być tak skonstruowana, aby z jednej strony była dostatecznie uniwersalna, a z drugiej strony – by pozwalała odróżnić franczyzę od innych typów umów¹¹⁵.

Umowa franczyzy jest umową obustronnie kwalifikowaną, gdyż zarówno organizator sieci, jak i franczyzobiorca prowadzą działalność gospodarczą na własny rachunek i we własnym imieniu. Franczyzobiorca sam ponosi ryzyko własnej działalności gospodarczej.

Ustawa powinna wyraźnie wykluczyć możliwość uznania franczyzobiorcy za pracownika organizatora sieci, a umowy franczyzy – jako pracowniczego stosunku zatrudnienia¹¹⁶. Organizatorzy sieci francyzowych nie powinni być zatem adresatami roszczeń franczyzobiorców o ustalenie istnienia stosunku pracy. Ustawa powinna

¹¹⁴ Poza Kodeksem cywilnym uregulowano np.: umowę deweloperską, umowę o podróż, umowę timesharingu, umowę kredytu itp.

¹¹⁵ SA w Krakowie w wyroku z 14.11.2016 r., I ACa 925/16, niepubl., podniósł, co następuje: „Rację ma jednak pozwany, iż łącząca strony umowa (...), nie posiada takich cech, które definiują umowę franchisingu. Przede wszystkim franchisingobiorca działa przez cały czas trwania umowy we własnym imieniu i na własny rachunek, korzystając (odpłatnie) z dostarczonego przez franchisingodawcę tzw. pakietu franchisingowego, czyli know-how: oznaczenia jego firmy, godła-emblematu, symboli i patentów. W łączącym strony stosunku brak było elementu samodzielności ekonomicznej powoda (partnera) w prowadzeniu działalności. Był on – w ocenie Sądu Apelacyjnego – bardziej zbliżony do umowy agencyjnej (art. 758 § 1 k.c.) skoro powód, jako (...) za wynagrodzeniem prowizyjnym sprzedawał towar należący do powoda. Zawarte przez strony umowy partnerskie niewątpliwie stanowiły stosunek cywilnoprawny (a nie stosunek pracy) łączący w sobie elementy umów agencyjnej, dzierżawy i zlecenia. Brak jakichkolwiek podstaw do podważenia ważności przedmiotowych umów”.

¹¹⁶ Sąd Rejonowy (dalej SR) Szczecin-Centrum w Szczecinie w wyroku z 5.04.2018 r., IX P 404/16, opublikowany na portalu orzeczeń SR Szczecin-Centrum w Szczecinie, [http://orzeczenia.szczecin-centrum.sr.gov.pl/details/\\$N/155515300004521_IX_P_000404_2016_Uz_2018-04-05_001](http://orzeczenia.szczecin-centrum.sr.gov.pl/details/$N/155515300004521_IX_P_000404_2016_Uz_2018-04-05_001) (dostęp: 5.11.2021 r.), oddalił powództwo o ustalenie, że umowa franczyzy była stosunkiem pracy.

jednoznacznie wykluczać umowę franczyzy z grupy umów konsumenckich. Wyłącza to zatem możliwość skorzystania przez franczyzobiorców ze wzmożonej ochrony prawnej dla obrotu konsumenckiego.

Co do zasady – organizator sieci udostępnia franczyzobiorcy swoje know-how, które jest: a) po pierwsze, szczególne (tzn. nie jest ogólną wiedzą dotyczącą prowadzenia danej działalności), b) po drugie, istotne (tzn. jest odpowiednio użyteczne), c) po trzecie, zidentyfikowane (tzn. odpowiednio wyodrębnione) i d) po czwarte, objęte tajemnicą. Podobne kryteria wyodrębnienia franczyzowego know-how przyjął ustawodawca włoski.

Umowa franczyzy należy do umów odpłatnych. Franczyzobiorca ma obowiązek zapłaty odpowiedniego wynagrodzenia organizatorowi sieci. Wynagrodzenie obejmuje *lege non distinguente* świadczenia bezpośrednie i pośrednie.

9.9. Zakaz czynów nieuczciwej konkurencji

Ustawa powinna skatalogować nazwane czyny nieuczciwej konkurencji w związku z działalnością franczyzową¹¹⁷. W przypadku wypełnienia znamion tych czynów przez organizatora sieci franczyzobiorca może skorzystać z instrumentarium prawnego, jakie dają mu przepisy ustawy z 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji¹¹⁸. Strony umowy franczyzy nie są przy tym ograniczone w korzystaniu z klauzuli generalnej czynu nieuczciwej konkurencji ani z nazwanych deliktów nieuczciwej konkurencji zawartych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Nazwanym czynem nieuczciwej konkurencji może być już oferowanie nieprzemyślanego konceptu franczyzowego. Według Europejskiego Kodeksu Etycznego Franchisingu „Franchyzodawca powinien: przed rozpoczęciem budowy sieci franchisingowej prowadzić, przez pewien czas, odnosząc sukces, działalność przynajmniej w jednej placówce”. Obowiązek wcześniejszego przetestowania sieci franczyzy wynika np. z prawa włoskiego.

Czynem nieuczciwej konkurencji organizatora sieci powinna być także dyskryminacja kandydatów na franczyzobiorców i franczyzobiorców: istotnie nierówne

¹¹⁷ Franczyza była już konfrontowana w orzecznictwie z prywatnoprawną problematyką czynów nieuczciwej konkurencji. SA w Poznaniu w wyroku z 9.01.2013 r., I ACa 1074/12, niepubl., podniósł, co następuje: „W ramach Sieci Handlowej (...) działa około 400 sklepów (...). Sklepy wchodzące w skład sieci należą do różnych przedsiębiorców, to jest odrębnych podmiotów, których łączy z pozwaną spółką umowa franczyzowa. W tak zorganizowanej sieci sklepów pozwana – jako franchyzodawca – decyduje o zasadach współpracy z dostawcami, towarach znajdujących się w ofercie, ich cenach i promocjach. To pozwana określa bowiem listę asortymentową, w której wskazuje towary i usługi, które mogą być zamawiane jedynie od konkretnych, określonych przez pozwaną dostawców. Franchyzodawca jest przy tym uprawniony do wiążącej franczyzobiorców zmiany powołanej listy. Tym samym właściciele sklepów należących do sieci (...) obowiązani są zamawiać towary i usługi z listy asortymentowej utworzonej przez pozwaną. (...) pozwana zobowiązała się do świadczenia na rzecz powódki usług pośrednictwa handlowego polegających na: zapewnieniu utrzymywania w ofercie handlowej sklepów (...) wspólnie ustalonego asortymentu produktów dostarczanych przez powódkę, sprawowaniu nadzoru nad zamawianiem przez sklepy sieci franczyzowej produktów wymienionych w załączniku nr 1 do umowy o świadczenie usług, umożliwieniu i organizowaniu w sklepach sieci franczyzowej wspólnie ustalonych promocji produktów i sprawowaniu nadzoru nad nimi, koordynacji promocji produktów dostarczanych przez powódkę w sklepach sieci franczyzowej, monitorowaniu popytu rynkowego w zakresie produktów z oferty handlowej powódki, informowaniu franczyzobiorców o nowościach z oferty powódki wprowadzonych do sprzedaży w Sieci Handlowej (...) oraz organizowaniu szkoleń personelu sklepów dotyczących techniki sprzedaży towarów powódki. Z tytułu wyżej wymienionych usług powodowa spółka zobowiązała się do zapłaty na rzecz pozwanej wynagrodzenia w wysokości 2,5% wartości obrotu miesięcznie, rozliczanego przy pomocy faktur wystawianych przez pozwaną. (...) Zatem pozwana dopuściła się czynów nieuczciwej konkurencji, albowiem pobierane przez nią opłaty niewątpliwie stanowiły inne niż marża handlowa opłaty za przyjęcie towaru do sprzedaży”.

¹¹⁸ Tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1076.

traktowanie w zbliżonych okolicznościach. Zakaz dyskryminacji franczyzobiorców jest przedmiotem regulacji w innych systemach prawnych, jak również przedmiotem zainteresowania ze strony orzecznictwa sądowego.

Dopuszczanie się przez organizatora sieci czynów nieuczciwej konkurencji, po pierwsze, pozwala na zastosowanie środków, o których mowa w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W takim przypadku sam franczyzobiorca poszukuje ochrony prawnej. Zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w razie dokonania czynu nieuczciwej konkurencji przedsiębiorca, którego interes został zagrożony lub naruszony, może żądać: zaniechania niedozwolonych działań; usunięcia skutków niedozwolonych działań; złożenia jednokrotnego lub wielokrotnego oświadczenia odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie; naprawienia wyrządzonej szkody na zasadach ogólnych; wydania bezpodstawnie uzyskanych korzyści na zasadach ogólnych; zasądzenia odpowiedniej sumy pieniężnej na określony cel społeczny związany ze wspieraniem kultury polskiej lub ochroną dziedzictwa narodowego – jeżeli czyn nieuczciwej konkurencji był zawiniony. Po drugie, wielokrotne dopuszczanie się czynów nieuczciwej konkurencji przez organizatora sieci może zostać potraktowane jako praktyka naruszająca zbiorowe interesy franczyzobiorców. W tym ostatnim przypadku – zgodnie z projektem – odpowiednie działania w interesie publicznym podejmuje Prezes UOKiK.

9.10. Prospekt informacyjny organizatora sieci

Kluczowe znaczenie miałyby uregulowanie odnoszące się do prospektu informacyjnego organizatora sieci. W niektórych innych systemach prawnych (np. w USA, Brazylii, we Włoszech) prawodawcy wprowadzają na organizatora sieci franczyzowej szczegółowo sprecyzowane obowiązki w zakresie udzielenia szczegółowych informacji kandydatom na franczyzobiorców. Na wagę tego zagadnienia wskazuje wprost prawo modelowe UNIDROIT – *Model Franchise Disclosure Law* (z 2002 r.). W przypadku wielu typów umów ustawodawca wprowadza na uczestnika obrotu prawnego obowiązek przygotowania rozbudowanej informacji wstępnej dla potencjalnego kontrahenta na temat jego oferty. Wprowadzenie takiego wymogu ani nie zatamowało rozwoju branż gospodarki obciążonych takim ciężarem, ani nie spowodowało drastycznego zwiększenia kosztów działalności. Przyniosło natomiast korzystne efekty w postaci ucywilizowania praktyk rynkowych. Przykładowo należy wskazać na: a) Rozdział 6 pt. „Obowiązki informacyjne wobec podróżnych oraz umowa o udział w imprezie turystycznej” ustawy z 24.11.2017 r. o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych¹¹⁹; b) Rozdział 5 pt. „Obowiązki dewelopera przed zawarciem umowy deweloperskiej” ustawy z 16.09.2011 r. o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego¹²⁰; c) Rozdział 2 pt. „Postępowanie z dokumentami informacyjnymi związanymi z ofertą publiczną lub ubieganiem się o dopuszczenie papierów wartościowych lub innych instrumentów finansowych do obrotu na rynku regulowanym”, ustawy z 29.07.2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych¹²¹.

¹¹⁹ Tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 2139.

¹²⁰ Tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 1445.

¹²¹ Tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 1983.

Nałożenie na organizatora sieci franczyzowej obowiązku przygotowania prospektu informacyjnego: a) odpowiada postulatowi udzielenia rzetelnych informacji przysłusznemu kontrahentowi – pełni funkcję ochronną dla obrotu gospodarczego, b) nie powinno być nadmiernym obciążeniem dla rzetelnych organizatorów sieci, którzy zawierają z reguły wiele ustandaryzowanych, powtarzalnych umów; przygotowują niekiedy bardzo rozbudowane materiały o swojej działalności, w tym podręczniki, materiały szkoleniowe, c) postawi tamę dla osób przypadkowych, które nie zawsze posiadają sprawdzony sposób na udany biznes.

Prospekt informacyjny nie powinien się odnosić do takich danych co do których organizator sieci miałby problemy z ich pozyskaniem i przetworzeniem. Powinny to być dane objęte zwykłą wiedzą organizatora sieci¹²².

¹²² Przepis mógłby mieć następujące brzmienie (z uwagi na swoją wagę zostanie on przytoczony *in extenso*): „Prospekt informacyjny organizatora sieci franczyzowej organizowanej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, bez względu na prawo rządzące umową, zawiera w szczególności: 1) dane dokładnie identyfikujące organizatora sieci, w tym dane o wpisie organizatora sieci do właściwego rejestru, numer NIP organizatora sieci (jeżeli taki posiada), informację o osobach uprawnionych do reprezentowania organizatora sieci; 2) opis działalności franczyzowej organizatora sieci i jej dotychczasową historię (a w tym datę rozpoczęcia działalności organizatora sieci), w tym liczbę zawartych umów franczyzowych i liczbę czynnych umów franczyzowych według danych nie późniejszych niż trzy miesiące przed datą przedstawienia prospektu informacyjnego; 3) informację, czy organizator sieci działa na podstawie umowy z pierwotnym organizatorem sieci (informacja o subfranczyzie); 4) informacje o organizatorze sieci i podmiotach pozostających z nim w stosunku zależności lub dominacji, jak również o podmiotach powiązanych; 5) sprawozdania finansowe organizatora sieci za przynajmniej dwa ostatnie lata obrotowe, z tym, że organizator sieci może przedstawić dwa ostatnie publikowane sprawozdania finansowe; 6) informację o sprawach sądowych dotyczących franczyzy, które kwestionują system franczyzowy lub mogą zagrozić funkcjonowaniu franczyzy i których stroną jest organizator sieci lub podmioty z nim powiązane; 7) szczegółowy opis zasad działalności sieci franczyzowej oraz ogólny opis działalności, która ma być wykonywana przez franczyzobiorcę; 8) wynagrodzenie organizatora sieci, w tym także wszelkie formy wynagrodzenia pośredniego; 9) 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; 10) wymogi dotyczące bezpośredniego i osobistego zaangażowania franczyzobiorcy w prowadzenie działalności franczyzowej; 11) szczegółowe informacje o całkowitych, szacunkowych nakładach inwestycyjnych niezbędnych do poniesienia celem rozpoczęcia działalności franczyzowej; 12) szczegółowe informacje o szacunkowej wartości zapasów towarów, jeżeli dotyczy to danej działalności i warunków płatności za nie; 13) szczegółowe informacje na temat zobowiązania franczyzobiorcy do zakupu wszelkich towarów lub usług wymaganych do rozpoczęcia lub prowadzenia działalności franczyzowej; 14) 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; 15) informację na temat pomocy ze strony organizatora sieci w analizie i wyborze lokalizacji, w której działalność franczyzowa ma być wykonywana; 16) szczegółowe informacje o nadzorze nad sposobem wykonywania działalności franczyzowej przez franczyzobiorcę, w tym o zakresie dokumentów i danych jakie będzie obowiązany udostępniać franczyzobiorca; 17) szczegółowe informacje o znaku towarowym i innych prawach własności intelektualnej związanych z działalnością franczyzową, które będą wykorzystywane przez franczyzobiorcę; 18) 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; 19) szczegółowe informacje o zakazie konkurencji obowiązującym franczyzobiorcę po rozwiązaniu umowy; 20) pełną kopię standardowej umowy franczyzowej (i ewentualnej umowy przedwstępnej), która ma zostać zawarta z franczyzobiorcą; 21) 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; 22) zdarzenia, które spowodują nałożenie kar umownych, innych obciążeń lub wypłatę odszkodowania i ich odpowiednich kwot; 23) informację, czy franczyzobiorca będzie zobowiązany do minimalnych kwot zakupu towarów lub usług od organizatora sieci lub osób wyznaczonych przez organizatora sieci oraz o możliwości i warunkach odmowy przyjęcia produktów lub usług wymaganych przez organizatora sieci; 24) informację, czy istnieje stowarzyszenie lub inna organizacja zrzeszająca franczyzobiorców; 25) okres obowiązywania umowy franczyzowej i warunki jej przedłużenia, jeżeli są przewidziane; 26) wysokość wszelkich bieżących opłat przypadających do zapłaty przez franczyzobiorcę 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; 27) określenie, czy organizator sieci może czerpać zyski z podnajmu lokalu franczyzobiorcy (gdy franczyzobiorca podnajmuje lokal od organizatora sieci)”.

Obowiązek przygotowania prospektu informacyjnego powinien wynikać z normy prawa publicznego. Oznacza to, że strony nie mogłyby wyłączyć, na podstawie umowy, obowiązku podania niektórych czy wszystkich wymaganych ustawą informacji także przez wybór dla umowy franczyzy prawa obcego (podobną konstrukcją posłużył się prawodawca włoski). Nieudzielenie przez organizatora sieci pełnej i rzetelnej informacji albo udzielenie informacji nieprawdziwej powinno stanowić nazwany czyn nieuczciwej konkurencji. Doręczenie prospektu informacyjnego powinno nastąpić z minimalnym np. 14-dniowym wyprzedzeniem. Z kolei np. ustawodawca włoski założył 30-dniowy okres zapoznawczy.

9.11. Treść i forma umowy franczyzy

Projekt regulacji umowy franczyzy powinien zakładać wyważenie interesów obu stron kontraktu z uwzględnieniem zróżnicowanej pozycji organizatora sieci i francyzobiorcy.

Z uwagi na posługiwanie się przez organizatorów sieci gotowymi formularzami umów, jak i ogólnymi warunkami umów, które najczęściej mają charakter umów przystąpienia, jak też z uwagi na ekonomicznie silniejszą pozycję organizatora sieci niezbędna jest spora liczba przepisów nie-dyspozytywnych.

Franczyza to umowa szczególnego zaufania typu *bonissime fidei*. Obowiązek zachowania lojalności może być wzorowany na art. 760 k.c. odnoszącym się do umowy agencyjnej. W przypadku franczyzy odnosi się on do obydwu stron. Obowiązek lojalności stron umowy podkreślany jest także w innych ustawodawstwach.

Umowa franczyzy powinna zakładać udzielanie francyzobiorcy wsparcia przez organizatora sieci przez cały czas trwania umowy. Z uwagi na dynamiczny rozwój niektórych sieci francyzowych, organizatorzy sieci niekiedy prowadzili rekrutację wśród osób, które nie posiadały jakiegokolwiek doświadczenia w prowadzeniu działalności gospodarczej. Pomoc organizatora sieci powinna być obligatoryjnie zorientowana na przeszkolenie z zakresu podstaw prowadzenia działalności gospodarczej.

Zapewnienia o korzyściach związanych z przystąpieniem do sieci powinno mieć podobne znaczenie prawne jak znane prawu cywilnemu zapewnienie sprzedawcy o właściwościach rzeczy (*dicta et promissa*). Francyzobiorca powinien mieć uprawnienie do potwierdzenia tych zapewnień na piśmie.

Można dopuścić możliwość zastrzeżenia w umowie franczyzy, za dodatkowym wynagrodzeniem (wynagrodzenie *del credere*), że organizator sieci gwarantuje określoną wysokość przychodów, kosztów i dochodów francyzobiorcy prowadzącego działalność gospodarczą zgodnie ze wskazówkami organizatora sieci.

Nie w każdym przypadku sieci francyzowej działającej w Polsce organizator sieci wymaga uiszczenia opłaty wstępnej przez osobę przystępującą do sieci. Niemniej jest taka praktyka.

Istnieje jednak obawa, że mogą się pojawić nieuczciwi organizatorzy sieci francyzowych nowo powstających marek, którzy w istocie rzeczy nie gwarantują transferu sukcesu, a ich rzekoma sieć francyzowa może być obliczona na oszukańcze pobranie opłaty wstępnej. Niezbędna jest zatem ochrona prawna przed pobieraniem z góry zbyt wysokich opłat wstępnych. Niemniej nie powinno się wprowadzać

żadnych zmian dla praktyki pobierania opłat wstępnych przez organizatorów sieci franczyzowych istniejących na rynku od wielu lat. Ograniczenia powinny być adresowane wyłącznie do nowo powstałych organizatorów sieci, którzy jeszcze nie zdążyli zbudować swojej wiarygodności.

Nie byłoby właściwe, aby ustawodawca z góry ingerował w wysokość opłaty wstępnej (pozostawiając tę kwestię autonomii woli stron) albo w możliwość jej zabezpieczenia w całości. Ograniczeniom powinna zostać poddana jedynie wysokość jej wymagalności „z góry”. Regulacja w tym zakresie powinna być jednostronnie bezwzględnie obowiązująca. Ustawa może zatem zakładać, że francyzobiorca, bez względu na wysokość opłaty wstępnej, nie będzie mógł jej zapłacić z góry ponad określony limit. Jeżeli sieć franczyzowa okazałaby się nierzetelna, to ryzyko francyzobiorcy jest ograniczone, a ponadto francyzobiorca – na mocy innych przepisów – powinien mieć możliwość wypowiedzenia umowy ze skutkiem natychmiastowym.

Należy rozważyć wprowadzenie przepisu odnoszącego się do możliwości zmniejszenia wynagrodzenia organizatora sieci, wzorowanego na art. 700 k.c. mającego zastosowanie do dzierżawcy. Transfer sukcesu, jakim jest franczyza może trafić na okres dekonjunkury. Konieczne jest zatem elastyczne podejście do wynagrodzenia organizatora sieci w przypadku jego ustalenia w stałej wysokości. Warto się przy tym wzorować na tradycyjnym rozwiązaniu od lat funkcjonującym w prawie cywilnym.

Cechą przedmiotowo istotną umowy franczyzy jest jej odpłatność. Wynagrodzenie dla organizatora sieci nie może być ukryte w obowiązku nabywania towarów czy usług po zawyżonych marżach. Regulacja powinna mieć charakter normy jednostronnie bezwzględnie obowiązującej.

Zabezpieczenie zobowiązań z umowy franczyzy nie powinno nastąpić przez wykreowanie abstrakcyjnego stosunku prawnego¹²³. Podobne rozwiązanie przyjęto wcześniej dla zabezpieczenia kredytu konsumenckiego.

Zakaz dokumentów na zlecenie nie oznacza bynajmniej wyeliminowania tanich form zabezpieczeń, jakimi są weksle. Regulacja tego typu rzecz jasna ogranicza jedynie dopuszczalność wystawiania weksli na zlecenie zbywalnych przez indos. W takim przypadku abstrakcyjność zobowiązania wekslowego rodzi zwiększone ryzyka dla wystawcy czy poręczyciela weksła. W pełni dozwolone byłoby wystawianie weksli imiennych (tzw. rekta-weksli) zbywalnych ze skutkami zwykłego przelewu.

Nie ma działalności gospodarczej bez większych czy mniejszych nakładów inwestycyjnych. Francyzobiorca powinien mieć świadomość, jakie nakłady będzie obowiązany ponieść i jaki będzie koszt tych nakładów. Regulacja w tym zakresie nie powinna być dyspozytywna. Oczywiście w perspektywie umów długoterminowych należy rozróżnić nakłady niezbędne do rozpoczęcia działalności gospodarczej i nakłady do poniesienia w czasie jej wykonywania, których z góry nie zawsze można przewidzieć.

Jednocześnie niezbędna byłaby ochrona interesów francyzobiorcy w zamortyzowaniu się poniesionych przez niego nakładów na wypadek wypowiedzenia

¹²³ SA w Krakowie w wyroku z 22.05.2013 r., I ACa 371/13, orzekł w sprawie, w której organizator sieci wystawił weksel na sumę nieodpowiadającą – zdaniem uczestnika sieci – jego zadłużeniu z tytułu umowy franchisingowej, gdyż wystawiane przez organizatora sieci faktury nie uwzględniały upustów związanych z organizowanymi przez uczestnika sieci akcjami promocyjnymi i wyliczenie zadłużenia nie uwzględniało wszystkich dokonanych przez organizatora sieci wpłat.

umowy przez organizatora sieci. Można rozwiązać ten problem przez konstrukcję dłuższych okresów wypowiedzenia w przypadku, gdy wypowiadającym umowę jest organizator sieci.

Dla organizatora sieci istotne jest rygorystyczne dbanie o wizerunek sieci i rozwijanie sieci poprzez dołączanie do niej kolejnych francyzobiorców działających w sposób ustandaryzowany, stosownie do wskazówek udzielonych przez organizatora sieci. Stąd kluczowe jest poddawanie francyzobiorców odpowiednim kontrolom i audytom. Zakres informacji, jakich może żądać organizator sieci powinien być z góry określony w umowie.

Ustawa powinna zdefiniować pojęcie tajemnicy francyzowej. Zakres konkretnych informacji objętych tajemnicą francyzową powinien określić organizator sieci. Obowiązkiem francyzobiorcy jest zachowanie w tajemnicy poufnie otrzymanych informacji. Obowiązek zachowania tajemnicy powinien się też rozciągać na określony czas po zakończeniu umowy. Kwestia bezterminowości zachowania tajemnicy po ustaniu umowy byłaby dyskusyjna jako rozwiązanie nieproporcjonalne. W literaturze zdają się dominować głosy przemawiające za ograniczeniem terminu związania tajemnicą. Ponieważ stosunki francyzowe mogą być bardzo różne, należałoby pozostawić ustalenie terminu związania tajemnicą francyzową woli stron. Organizator sieci może zawsze zwolnić francyzobiorcę z obowiązku zachowania tajemnicy francyzowej.

W czasie wykonywania umowy może dojść do stworzenia utworu przez francyzobiorcę w postaci ulepszenia, modyfikacji koncepcji francyzowej. Regulacja tego zagadnienia może wyjść z następującego założenia: a) gospodarczo korzystniejszym wariantem będzie nabycie autorskich praw majątkowych przez organizatora sieci, gdyż to pozwoli na rozwój całej sieci francyzowej i wdrożenie ulepszenia u wszystkich pozostałych kontrahentów organizatora sieci, b) francyzobiorca powinien jednak otrzymać stosowne wynagrodzenie, c) jakkolwiek regulacja powinna być dyspozytywna.

Zatem, jeżeli ustawa lub umowa nie stanowią inaczej, to organizator sieci którego francyzobiorca stworzył utwór, a w tym ulepszenie koncepcji lub techniki prowadzenia działalności gospodarczej w wyniku wykonywania działalności francyzowej, nabywa z chwilą przyjęcia utworu autorskie prawa majątkowe w granicach wynikających z celu umowy i zgodnego zamiaru stron. Jeżeli organizator sieci będzie wykorzystywał utwór, a w tym ulepszenie koncepcji lub techniki prowadzenia działalności gospodarczej w celach zarobkowych francyzobiorcy, to należy mu się odpowiednie wynagrodzenie.

Umowa franczyzy ma charakter osobisty. Niekiedy organizatorzy sieci mogą dokonywać selekcji osób, z którymi chcą się związać węzłem franczyzy z uwagi na etos ich biznesu. Dyspozytywne przepisy o franczyzie powinny podkreślać ten osobisty charakter kontraktu¹²⁴. Strony mogą jednak zrezygnować z takich ograni-

¹²⁴ W wyroku SR w Kamiennej Górze z 26.02.2020 r., I C 651/19, przedstawiono takie zapatrywanie: „W doktrynie aprobeuje się pogląd, według którego na spadkobierców przechodzą na zasadach ogólnych prawa i obowiązki z większości umów uregulowanych w kodeksie cywilnym, takich jak: sprzedaż, umowa zamiany, umowa dostawy, umowa o roboty budowlane, dzierżawa, leasing, pożyczka, umowa przewozu, umowa spedycji, umowa przechowania, umowa składu, czy umowa poręczenia. Na tych samych zasadach przechodzą na spadkobierców prawa i obowiązki z umów nienazwanych (np. factoringu, franchisingu, sponsoringu), chyba że akurat w danej sytuacji są one ściśle związane z osobą zmarłego”.

czeń. Dopuszczalne byłoby także ich zintensyfikowanie. Przykładowo organizator sieci mógłby akceptować nawet skład akcjonariatu franczyzobiorcy itp.

Umowa franczyzy może zostać zawarta na czas nieoznaczony albo oznaczony. Umowa może zostać zawarta na – w zasadzie dowolny – zamknięty okres czasu. Powstaje pytanie, czy nie przyjąć rozwiązania, jakie wprowadził ustawodawca włoski: minimum trzyletni okres obowiązywania umowy. Z uwagi na różnorodność sieci franczyzowych trudno jest sprowadzić optymalny czas trwania umowy do wspólnego mianownika. Zatem ustawa nie powinna narzucać jakiegokolwiek rozwiązania stronom co do czasu trwania umowy, pozostawiając tę kwestię ich autonomii woli. Umowa franczyzy zawarta na czas określony może być rozwiązana przed upływem terminu jej obowiązywania tylko w sytuacjach wyjątkowych.

Niemniej po upływie 20 lat strony powinny mieć większą swobodę w jej ewentualnym wypowiedzeniu (na rynku franczyzowym w Polsce funkcjonują m.in. umowy zawierane zarówno na okres 20 lat, jak i w układzie 10+10 lat). Strony mogą zawrzeć umowę na czas oznaczony krótszy niż 20 lat. Okres 20 lat wydaje się być odpowiedni z uwagi na „inwestycyjny” charakter franczyzy. Umowa może być przedłużona na dalszy zamknięty okres czasu.

Umowa zawarta na czas oznaczony wygasa z upływem okresu na jaki została zawarta. W odniesieniu do rozwiązania umowy, jak i skutku wykonania uprawnienia kształtującego przez stronę umowy można przyjąć następujące założenia. Ponieważ umowa franczyzy prowadzi do powstania ciągłego stosunku prawnego, adekwatnym uprawnieniem kształtującym będzie wypowiedzenie umowy, albowiem działa ono na przyszłość, a nie wstecznie. Kodeks cywilny w art. 395 § 2 stanowi, że w razie wykonania umownego prawa odstąpienia – o którym mowa w art. 395 § 1 k.c. – umowa uważana jest za niezawartą. W konsekwencji to co strony już sobie świadczyły ulega zwrotowi w stanie niezmienionym, chyba że zmiana była konieczna w granicach zwykłego zarządu. Za świadczone usługi oraz za korzystanie z rzeczy należy się drugiej stronie odpowiednie wynagrodzenie. Z kolei art. 494 § 1 k.c. – dotyczący skutków odstąpienia na podstawie art. 491–493 k.c. – stanowi, że strona, która odstępuje od umowy wzajemnej obowiązana jest zwrócić drugiej stronie wszystko, co otrzymała od niej na mocy umowy, a druga strona obowiązana jest to przyjąć. Strona, która odstępuje od umowy może żądać nie tylko zwrotu tego, co świadczyła, lecz także na zasadach ogólnych naprawienia szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania. Z art. 491 § 2 k.c. wynika wniosek, że skoro w przypadku umów wzajemnych i podzielnosci świadczeń obu stron, w przypadku zwłoki jednej ze stron tylko co do części świadczenia, uprawnienie ustawowe do odstąpienia od umowy przysługujące drugiej stronie ogranicza się, według jej wyboru albo do tej części, albo do całej reszty niespełnionego świadczenia (strona ta może wszakże odstąpić od umowy w całości, jeżeli wykonanie częściowe nie miałoby dla niej znaczenia ze względu na właściwości zobowiązania albo ze względu na zamierzony przez nią cel umowy wiadomy stronie będącej w zwłoce), to konsekwencje odstąpienia od umowy nie odnoszą się do całości, ale tylko do części kontraktu. Odstąpienie nie wywołuje skutku zniweczenia całej umowy. Niemniej dla stosunku prawnego o charakterze ciągłym adekwatnym uprawnieniem kształtującym jest wypowiedzenie. Prawo do wypowiedzenia umowy powinno być przyznane symetrycznie zarówno organizatorowi sieci, jak i franczyzobiorcy, niemniej

z uwzględnieniem zachodzących między nimi różnic. Z ważnych przyczyn obie strony powinny mieć możliwość wypowiedzenia ze skutkiem natychmiastowym zarówno umowy zawartej na czas oznaczony, jak i na czas nieoznaczony. Umowa zawarta na czas nieoznaczony powinna być rozwiązywalna za wypowiedzeniem, przy czym inne terminy wypowiedzenia powinny być dla organizatora sieci, a inne dla franczyzobiorcy. Umowa zawarta na czas nieoznaczony może być wypowiedziana przez franczyzobiorcę na trzy miesiące naprzód w pierwszym roku, na dwa miesiące naprzód w drugim roku i na miesiąc naprzód w trzecim i kolejnym roku jej obowiązywania. Umowa zawarta na czas nieoznaczony może być wypowiedziana przez organizatora sieci na sześć miesięcy naprzód. Ustawowe terminy wypowiedzenia umowy mogą zostać przedłużone. Jeśli franczyzobiorca jest osobą fizyczną i w sposób nieprzewidziany w chwili zawarcia umowy doznał obiektywnej przeszkody, która w sposób trwały uniemożliwia mu bądź w stopniu znacznym utrudnia prowadzenie działalności franczyzowej, wówczas może on wypowiedzieć umowę franczyzy z zachowaniem jednomiesięcznego okresu wypowiedzenia choćby umowa była zawarta na czas oznaczony¹²⁵.

Franczyzobiorca nie może po ustaniu umowy dalej eksploatować koncepcji organizatora sieci. Zakaz konkurencji powinien zostać wprowadzony w oparciu na przepisach dyspozytywnych, niemniej wolę stron ograniczają przepisy prawa publicznego. Zgodnie ze wspomnianym rozporządzeniem Komisji (UE) 330/2010 w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 TFUE do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych (art. 5), w porozumieniach wertykalnych bezpośredni lub pośredni zakaz konkurowania nie powinien przekraczać pięciu lat.

Umowa franczyzy powinna być zawarta przynajmniej w formie pisemnej, dokumentowej, elektronicznej (pomimo że umowa licencji niewyłącznej – do której podobna jest franczyza – może zostać zawarta w dowolnej formie). Forma taka spełnia w praktyce rozliczne funkcje ochronne. Umowy gospodarcze o charakterze szczególnego zaufania powinny być w odpowiedni sposób utrwalone. Wobec postępu technologicznego ograniczenie się tylko do formy pisemnej umowy byłoby anachronizmem. Dla franczyzobiorcy umowa ma zasadnicze znaczenie: określa ramy prowadzonej przez niego działalności gospodarczej, za którą ponosi on odpowiedzialność. Zapewnienia organizatora sieci nieujęte w umowie, ale np. nagrane w materiale promocyjnym również powinny stanowić element kontraktu (podobny mechanizm został przyjęty w konstrukcji umowy o podróż). Niemniej żądanie franczyzobiorcy co do potwierdzenia owych zapewnień powinno być zgłoszone najpóźniej przy zawarciu umowy.

9.12. Zakaz naruszania zbiorowych interesów franczyzobiorców

Wobec dysproporcji pomiędzy organizatorem sieci a pojedynczym franczyzobiorcą instrumenty prawa cywilnego, które wymagają indywidualnej realizacji nie zlikwidują w praktyce przypadków nadużywania przewagi kontraktowej pomiędzy stronami umowy franczyzy. Dochodzenie prywatnoprawnych roszczeń przez

¹²⁵ W kontekście problemu rozwiązywania umowy franczyzy można polecić monografię: A. Venezia, *Termination of franchising and distribution agreements in EU*, Mediolan 2018, *passim*.

franczyzobiorców, z uwagi na dysproporcje ekonomiczne stron, z istoty rzeczy będzie utrudnione. Sytuację może zmienić poddanie spraw z zakresu ochrony zbiorowych interesów franczyzobiorców kompetencji Prezesa UOKiK. Otwarte pozostaje pytanie, czy tego typu regulację należałoby wprowadzić od razu czy może zostawić ją na kolejny etap regulacji?

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów działa wyłącznie w interesie publicznym. Nie jest instytucją powołaną do dochodzenia konkretnych roszczeń w interesie konkretnych osób. Projekt stawia nacisk na prewencyjną rolę regulacji zakazu praktyk naruszających zbiorowe interesy franczyzobiorców. Należy podkreślić, że zwrot „praktyka” nie oznacza jednostkowego, przypadkowego zachowania. Przeciwnie, wskazuje on na powtarzalność zachowań organizatora sieci. Ponadto przepisy o ochronie konkurencji i konsumentów przewidują instytucję tzw. decyzji warunkowych. Oznacza to, że organizator sieci, w stosunku do którego zostałoby wszczęte postępowanie w sprawie zakazu naruszania zbiorowych interesów franczyzobiorców, może współpracować z Prezesem UOKiK i nie ponieść kary pieniężnej.

Można zatem rekomendować regulację powstałą na bazie rozwiązań już przyjętych w ustawie w odniesieniu do ochrony zbiorowych interesów konsumentów. Można przy tym użyć konstrukcji klauzuli generalnej i uzupełnić ją poprzez indyktywne wskazanie sytuacji uznanych za zbiorowe naruszanie interesów. Przykładowo nadmierne i w praktyce niekontrolowane przez sądy nakładanie częstych kar umownych (innych podobnych ryczałtowych obciążeń) przez organizatora sieci może wypaczyć relacje franczyzowe. Niestety, obserwacja dotychczasowej praktyki wskazuje na pewne patologie kontraktowe w tym obszarze. Niemniej zakazanie zastrzegania kar umownych w umowie franczyzy byłoby rozwiązaniem wysoce kontrowersyjnym pod względem cywilistycznym i nieproporcjonalnym.

Summary

Rafał Adamus, *On the Need to Regulate Franchise Agreements in Poland*

This work presents, in the first place, topics relating to the notion of franchise agreement as an empirical type of contract, as well as the theoretical issue of contracts not regulated in statutory law. As for the substance of the legal relationship of franchise, attention is drawn to two issues. Firstly, even though Polish civil law does not regulate franchise agreements, the substance of the legal relationship of franchise is influenced by provisions of public law from the field of competition protection (antitrust law). This influence should be seen as significant. If franchise agreements are ever regulated in civil law, this will not mean that it will be permissible to ignore provisions of competition protection law when drafting the agreement's specific contents. Secondly, the substance of the legal relationship of franchise – in accordance with Article 56 of the Civil Code – is shaped by the principles of community life and established customs, therefore codified ethical principles can also have certain influence on this substance. Further in the paper, attention is drawn to views about franchise agreements expressed in literature: their legal character is presented along with the parties' rights and obligations, as well as typical provisions of franchise agreements. Finally, the principles of regulating franchise in foreign law are reviewed briefly. In this part, the author points out the so-called Federal Franchise Rule, applicable in US federal law, which may be a good inspiration for protecting the interests of franchisees in Polish law. The aim is, first of all, to draw attention to what business aspects of franchise are regulated. The second

legal system selected for a brief presentation is the Brazilian one, because: (a) the Brazilian legislature introduced provisions on franchise in 2020; (b) simultaneously, the previously applicable provisions were improved, therefore legislative experience was taken into account. The conclusions from this analysis show that global standards in the field of regulation of franchise are well ahead of the Polish level of legislation. As a result of the analyses, an outline of franchise regulation is offered as a suggestion of what the law should be. Firstly, the idea of regulating franchise agreements as belonging to private law is presented. However, this regulation is not sufficient due to: (a) the actual imbalance between the franchisor (scheme organizer) and the franchisee; (b) the fact that the franchisee is an entrepreneur and cannot be covered by consumer protection; (c) the need to ensure protection as early as before a contract is entered into; (d) the need to prevent eliminating protection by choice of a different law. Secondly, there are suggestions of amendments that should accompany the regulation of franchise in the field of: introducing an obligation to provide the future franchisee with an adequately detailed prospectus of the franchisor, failure to discharge which will be treated as an act (tort) of unfair competition, classification of organizing a toxic franchise network as an act of unfair competition. Ascribing to the prospectus (which follows the model from foreign law) the feature of being important from the point of view of acts of unfair competition has a twofold aim: (a) it enables using legal instruments provided for in the provisions on competition protection; (b) it enables legal protection following from the absolute prohibition of infringing collective consumer interests (which is addressed in the following suggestion). Thirdly, amendments to public law are suggested. The powers of the President of the Office of Competition and Consumer Protection should be extended to include protection of collective interests of franchisees against, for instance, acts of unfair competition (regulating in private law) against franchisees. Such provisions would have a preventive function and – when needed – a repressive one. Measures taken by the President of the Office in the interest of franchisees would significantly remedy the imbalance between parties to franchise.

Keywords: franchise, contractual clauses, unfair competition, competition protection, prospectus, unnamed contract (not regulated in statutory law), collective consumer interests

Streszczenie

Rafał Adamus, W sprawie potrzeby uregulowania umowy franczyzy w Polsce

Praca prezentuje w pierwszej kolejności zagadnienia związane z pojęciem umowy franczyzy jako empirycznym typem umowy, jak i teoretyczne zagadnienie problematyki umów nienazwanych. W kontekście treści stosunku prawnego franczyzy zwrócono uwagę na dwie kwestie. Po pierwsze, pomimo braku regulacji umowy franczyzy w polskim prawie cywilnym wpływ na treść stosunku prawnego franczyzy mają przepisy prawa publicznego z zakresu ochrony konkurencji (prawa antymonopolowego). Wpływ ten należy ocenić jako istotny. Ewentualne uregulowanie w prawie cywilnym umowy franczyzy nie będzie oznaczało dopuszczalności pominięcia przy nadawaniu jej konkretnej treści regulacji prawa ochrony konkurencji. Po drugie, treść stosunku prawnego franczyzy – zgodnie z art. 56 Kodeksu cywilnego – kształtują zasady współzycia społecznego i ustalone zwyczaje, a zatem pewne znaczenie dla jego treści mogą mieć skodyfikowane zasady etyki. W dalszej części opracowania została zwrócona uwaga na poglądy doktrynalne co do umowy franczyzy: pokrótce omówiono jej naturę prawną, prawa i obowiązki stron umowy, typowe klauzule umowne dla franczyzy. Wreszcie został dokonany krótki przegląd zasad regulacji franczyzy w prawie obcym. W tej części wskazano na obowiązującą w prawie federalnym USA tzw. Federal Franchise Rule, która może być dobrą inspiracją dla ochrony interesów franczyzobiorców w prawie polskim. Przede wszystkim chodzi o zwrócenie uwagi na to,

jakie aspekty biznesowe dotyczące franczyzy są przedmiotem regulacji. Drugim wybranym do krótkiego omówienia systemem prawnym jest system brazylijski albowiem: a) ustawodawca brazylijski wprowadził w życie przepisy dotyczące franczyzy w 2020 r., b) jednocześnie poprawiono tym samym wcześniej obowiązujące przepisy, a zatem oparto się na dłuższym doświadczeniu legislacyjnym. Wnioski jakie płyną z tej analizy wskazują, że globalne standardy w zakresie regulacji franczyzy mocno wyprzedziły polski poziom legislacji. W efekcie przeprowadzonych analiz został zaproponowany projekt regulacji franczyzy de lege ferenda. Po pierwsze, przedstawiony został projekt uregulowania umowy franczyzy jako instytucji prawa prywatnego. Regulacja ta nie jest jednak wystarczająca: a) z uwagi na faktyczne dysproporcje pomiędzy organizatorem sieci a franczyzobiorcą, b) okoliczność, że franczyzobiorca jest przedsiębiorcą i nie może korzystać z ochrony konsumenckiej, c) ochrona powinna być zabezpieczona już na etapie przedkontraktowym, d) ochrona nie powinna być wyeliminowana poprzez wybór innego prawa. Po drugie, zaproponowano zmiany towarzyszące regulacji umowy franczyzy w zakresie: wprowadzenia obowiązku przedstawienia przyszłemu franczyzobiorcy odpowiednio szczegółowego prospektu informacyjnego organizatora sieci, czego zaniechanie zostanie potraktowane zarówno jako czyn (delikt) nieuczciwej konkurencji, jak i zakwalifikowania organizacji toksycznej sieci franczyzowej jako czynu nieuczciwej konkurencji. Nadanie prospektowi informacyjnemu (który jest wzorowany na prawie obcym) waloru istotnego z punktu widzenia czynów nieuczciwej konkurencji ma podwójne znaczenie: a) pozwala na skorzystanie z instrumentów prawnych, jakie wynikają z przepisów o ochronie konkurencji, b) pozwala na ochronę prawną wynikającą z bezwzględneho zakazu naruszania zbiorowych interesów konsumentów (co jest przedmiotem kolejnej propozycji). Po trzecie, zaproponowano nowelę prawa publicznego polegającą na poszerzeniu kompetencji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów o ochronę zbiorowych interesów franczyzobiorców, których przejawem będzie m.in. dopuszczanie się czynów nieuczciwej konkurencji (regulowanych w domenie prawa prywatnego) przeciw franczyzobiorcom. Przepisy takie pełniłyby odpowiednią funkcję prewencyjną i – w miarę potrzeby – represyjną. Podejmowanie działań przez Prezesa UOKiK w interesie franczyzobiorców w istotny sposób wyrównywałoby dysproporcje pomiędzy stronami franczyzy.

Słowa kluczowe: franczyza, klauzule umowne, nieuczciwa konkurencja, ochrona konkurencji, prospekt informacyjny, umowa nienazwana, zbiorowe interesy konsumentów

Literatura:

1. Adamus R., *Reglamentacja działalności gospodarczej – próba systematyki*, Opolskie Studia Administracyjno-Prawne 2013, nr XI/2.
2. Adamus R., *Faktyczna nierówność stron umowy franczyzy w Polsce*, Warszawa 2020, 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
3. Antonowicz A., *Rozwój sieci franczyzowych w Niemczech i w Polsce – analiza porównawcza*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego. Finanse, Rynki Finansowe, Ubezpieczenia 2011, nr 46.
4. Antonowicz A., *Rozwój rynku franchisingu*, Kwartalnik Nauk o Przedsiębiorstwie 2008, nr 4.
5. Antonowicz A., *Franchising – uwarunkowania i perspektywy rozwoju*, Gdynia 2010.
6. Antonowicz A., *Franchising – sposób na rozwój przedsiębiorstwa w czasie kryzysu?* [w:] *Gospodarka polska po 20 latach transformacji: osiągnięcia, problemy i wyzwania*, red. S. Pangsy-Kania, G. Szczodrowski, Warszawa 2009.
7. Antoszak P., Fladrowska E., Hulisz A., *Funkcjonowanie franczyzy na przykładzie wybranego przedsiębiorstwa*, Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Gospodarki 2016, t. 28.
8. Bagan-Kurluta K., *Umowa franchisingu*, Warszawa 2001.

9. Bolecki A., *Cechy szczególne franczyzy w prawie ochrony konkurencji*, internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2013, nr 7(2).
8. Brzozowski A. [w:] *System prawa prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. E. Łętowska, Warszawa 2006.
9. Chajęcki A., Bojar M., Chajęcki M., *Umowy nienazwane na przykładzie franczyzy jako instrument tworzenia nowych warunków inwestycyjnych* [w:] *Efektywność i produktywność przedsiębiorstw*, Artykuły IZIP 2014, t. 1, cz. 2, http://www.ptzp.org.pl/files/konferencje/kzz/artyk_pdf_2014/T1/t1_227.pdf
10. Czachórski W., *Prawo zobowiązań w zarysie*, Warszawa 1968.
11. Czachórski W., *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 1994.
12. Dennis M.J., *Modernizing and harmonizing international contract law: the CISG and the UNIDROIT Principles continue to provide the best way forward*, Unif. L. Rev. 2014, t. 19.
13. Fila J., Witczak R., *Podatkowe aspekty franchisingu jako formy finansowania przedsiębiorstw w globalizującej się gospodarce* [w:] *Dostępność kapitałów w warunkach globalizacji gospodarki*, red. B. Mikołajczyk, Acta Universitatis Lodziensis. Folia Oeconomica 2011, nr 260.
14. Fuchs B., *Franchising. Wzory umów z komentarzem*, Gdańsk 1997.
15. Gatner D., *Umowa dystrybucji w świetle Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Transformacje Prawa Prywatnego 2014, nr 1.
16. Gawlik B., *Pojęcie umowy nienazwanej*, Studia Cywilistyczne 1971, t. XVIII.
17. Gawlik B., *Umowy mieszane – konstrukcja i ocena prawną*, Palestra 1974, nr 6.
18. Gębczyńska M., *Franchising jako sposób rozwoju małego przedsiębiorstwa*, Zeszyty Naukowe Politechniki Śląskiej. Organizacja i Zarządzanie 2014, z. 70.
19. Gillis W., Castrogiovanni G.J., *The franchising business model: an entrepreneurial growth alternative*, International Entrepreneur Management Journal 2012, nr 8.
20. Hadyński J., Józefowicz K., *Szanse i bariery systemów franczyzowych branży spożywczej na obszarach wiejskich*, Intercathedra 2019, nr 4(41).
21. Jaślan W., *Umowy w działalności gospodarczej*, Warszawa 1998.
22. Klein A., *Pojęcie umowy i stosunku zobowiązaniowego kontraktacji według kodeksu cywilnego*, Studia Cywilistyczne 1972, t. XIX.
23. Klein A., *Elementy zobowiązaniowego stosunku prawnego*, Acta Universitatis Wratislaviensis 1980, nr 25, Prawo XIV.
24. Keskin M., *Trendy rozwojowe franchisingu w Polsce i Europie*, Ekonomia Międzynarodowa 2016, nr 13.
25. Koch A., *Umowa franchisingowa*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 1980, nr 3.
26. Kohutek K., *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*, Glosa 2020, nr 3.
27. Lando O., Beale H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, Haga – Londyn – Boston 2000.
28. Longchamps de Berier R., *Zobowiązania*, Poznań 1948.
29. Machnikowski P. [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. E. Łętowska, Warszawa 2006.
30. Machnikowski P. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, Warszawa 2011.
31. Maciuszek I., *Regulacja umowy franchisingu w polskim systemie prawnym* [w:] *Nauki społeczne i ekonomiczne wobec problemów współczesności. Wybrane zagadnienia*, red. K. Pujer, Wrocław 2017.
32. Makarewicz-Jakubow A., *Po co kodyfikować umowę franchisingu? [w:] 50 lat kodeksu cywilnego. Perspektywy rekodyfikacji*, red. P. Stec, M. Załucki, Warszawa 2014.
33. Pazdan M., *Charakter prawny kontraktu o budowę kompletnego obiektu przemysłowego* [w:] *Zagadnienia prawne eksportu kompletnych obiektów przemysłowych*, Katowice 1980.

34. Pecyna M., Zoll F., *Założenia projektu struktury części szczegółowej zobowiązań. Poszukiwania nowego modelu*, Transformacje Prawa Prywatnego 2012, nr 1.
35. Pluta-Olearnik M., *Franchising jako strategia rozwoju przedsiębiorstw usługowych*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego. Problemy Zarządzania, Finansów i Marketingu 2012, nr 20.
36. Pokorska B., *Przedsiębiorca w systemie franczyzowym*, Warszawa 2004.
37. Promińska U. [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 9, *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane*, red. W.J. Katner, Warszawa 2010.
38. Promińska U., *Czy nadszedł czas na regulację umowy franchisingu?* [w:] *Instytucje prawa handlowego w przyszłym kodeksie cywilnym*, red. T. Mróz, M. Stec, Warszawa 2012.
39. Radwański Z., *Teoria umów*, Warszawa 1977.
40. Radwański Z., Olejniczak A., *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2008.
41. Radwański Z., *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2009.
42. Rajski J., *Prawo o kontraktach w obrocie gospodarczym*, Warszawa 1994.
43. Rembieliński A., *Elementy swobody kontraktowej w stosunkach obrotu uspołecznionego*, Studia Prawno-Ekonomiczne 1979, t. XIV.
44. Ritaine E.C., *The Common Frame of Reference (CFR) and the Principles of European Law on Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts*, ERA Forum 2007, nr 8.
45. Romanowski M., *Czy należy regulować umowy nienazwane?*, Studia Prawa Prywatnego 2009, nr 2.
46. Rzeczycka A., Golawska-Witkowska G., *Franchising jako instrument aktywizacji ekonomicznej podmiotów na rynku*, https://zie.pg.edu.pl/documents/30328766/30679229/REME_8_%281-2014%29-Art4.pdf
47. Safjan M., *Zasada swobody umów (uwagi wstępne na tle wykładni art. 353¹ k.c.)*, Państwo i Prawo 1993, z. 4.
48. Safjan M. [w:] *Kodeks cywilny, Komentarz*, t. 1, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 1997.
49. Sieradzka M., *Porozumienia franczyzy w świetle prawa konkurencji*, Warszawa 2020.
50. Stecki L., *Franchising*, Toruń.
51. Stelmachowski A., *Wstęp do teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1984.
52. Tokaj-Krzewska A., *Franchising. Strategia rozwoju małych firm w Polsce*, Warszawa 1999.
53. von Bar Ch., Clive E., Schulte-Nölke H., Beale H., Herre J., Huet J., Storme M., Swann S., Varul P., Veneziano A., Zoll F., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Monachium 2009.
54. Wąsowicz W., *Obejście prawa jako przyczyna nieważności czynności prawnej*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 1999, nr 1.
55. Wiśniewski M., *Franczyza w Polsce. Rozwój rok po roku*, franchising.pl, 10.01.2020, <https://franchising.pl/abc-franczyzy/24/franczyza-polsce-rozwoj-rok-roku/>
56. Włodyka S. [w:] *Prawo umów w obrocie gospodarczym*, red. W. Włodyka, Warszawa 2001.
57. Włodyka S., Spyra M. [w:] *System Prawa Handlowego*, t. 6, *Prawo umów handlowych*, red. S. Włodyka, Warszawa 2011.
58. Wojtaszek-Mik E., *Umowa franchisingu w świetle prawa konkurencji Wspólnoty Europejskiej i polskiego prawa antymonopolowego*, Toruń 2001.
59. Wojtaszek-Mik E., *Standardy dotyczące informacji przedumownej w odniesieniu do umów franchisingu* [w:] *Prawo handlowe XXI wieku. Czas stabilizacji, ewolucji czy rewolucji? Księga jubileuszowa Profesora Józefa Okolskiego*, red. M. Modrzejewska, Warszawa 2010.
60. Wolter A., Ignatowicz J., Stefaniuk K., *Prawo cywilne*, Warszawa 1998.
61. Wrzesińska J., *Rozwój systemów franczyzowych w Polsce*, Zeszyty Naukowe SGGW w Warszawie. Ekonomia i Organizacja Gospodarki Żywnościowej 2011, nr 93.
62. Ziółkowska M., *Franczyza. Nowoczesny model rozwoju biznesu*, Warszawa 2010.
63. Ziółkowska M., *Franczyza jako strategia wzrostu wartości przedsiębiorstwa*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego. Finanse. Rynki Finansowe. Ubezpieczenia 2011, nr 46.
64. Żuławska Cz., *Wokół zasady wolności umów (art. 353¹ k.c. i wykładnia zwyczaju)*, Acta Universitatis Wratislaviensis 1994, nr 1960, Prawo CCXXXVIII.

Filip Manikowski*

Legitymacja procesowa w przypadku dochodzenia roszczeń przez pacjenta**

1. WSTĘP

Celem niniejszego artykułu jest dokonanie analizy legitymacji procesowej w sprawach dotyczących naruszenia praw pacjenta. Kwestia ta – co zostanie przedstawione w niniejszym artykule – budzi wątpliwości.

Samo zagadnienie legitymacji procesowej jest stosunkowo szeroko omawiane w doktrynie oraz orzecznictwie. Moim celem nie jest omówienie wszystkich aspektów z tym związanych. Wymagałoby to z pewnością napisania odrębnej monografii. W niniejszym opracowaniu chciałbym skupić się na analizie tego zagadnienia, ale wyłącznie w zakresie, w jakim dotyczy ono dochodzenia roszczeń wynikających z naruszenia praw pacjenta. Ze względu na ograniczone ramy opracowania będzie ono dotyczyło wyłącznie legitymacji czynnej. W tym kontekście zostanie dokonana analiza nie tylko legitymacji procesowej pacjenta, jego osób bliskich, Rzecznika Praw Pacjenta (RPP), ale także legitymacji innych podmiotów, które *prima facie* nie są kojarzone z prawami pacjenta, w tym prokuratora, Rzecznika Praw Obywatelskich (RPO), Rzecznika Praw Dziecka (RPD), organizacji pozarządowych oraz powiatowych rzeczników konsumenta. W artykule zostaną omówione także skutki stwierdzenia przez sąd braku legitymacji procesowej, a w szczególności tego, czy sąd powinien pozew wniesiony przez taki podmiot oddalić czy odrzucić. Do analizy powyższych zagadnień zostanie wykorzystana metoda dogmatyczno-prawna oraz teoretyczno-prawna. Pierwsza będzie służyła ustaleniu aktualnego stanu prawnego odnoszącego się do przedmiotowych kwestii. W tym celu zostanie dokonana analiza będących źródłem potencjalnej legitymacji procesowej powyższych podmiotów, przepisów Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej¹; ustawy z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego²; ustawy z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny³; ustawy z 6.11.2008 r. o prawach pacjenta

* Dr Filip Manikowski jest asystentem w Instytucie Nauk Prawnych, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Polska, ORCID: 0000-0001-6859-9230, e-mail: f.manikowski@uksw.edu.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 1.01.2021 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 6.10.2021 r.

¹ Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm. – dalej Konstytucja RP.

² Dz.U. z 2021 r. poz. 1805 – dalej k.p.c.

³ Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm. – dalej k.c.

i Rzeczniku Praw Pacjenta⁴; ustawy z 15.07.1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich⁵; ustawy z 6.01.2000 r. o Rzeczniku Praw Dziecka⁶. Posługując się drugą z metod, zostaną ustalone funkcjonujące w doktrynie oraz orzecznictwie poglądy dotyczące legitymacji procesowej. Poddane analizie zostaną także sprawozdania z działalności poszczególnych rzeczników, dzięki czemu będzie możliwa weryfikacja, w jakim stopniu dokonane rozważania dogmatyczno-prawne znajdują odzwierciedlenie w praktyce.

Poza przedmiotem niniejszej analizy będzie zagadnienie legitymacji powyższych podmiotów do wnoszenia nadzwyczajnych środków zaskarżenia, w tym skargi kasacyjnej oraz skargi nadzwyczajnej.

2. PRAWA PACJENTA ORAZ ROSZCZENIA ZWIĄZANE Z ICH NARUSZENIEM

Przed omówieniem legitymacji procesowej poszczególnych podmiotów, niezbędne jest po pierwsze wyjaśnienie czym są prawa pacjenta, a po drugie – wskazanie regulacji, na podstawie których można dochodzić roszczeń wynikających z ich naruszenia.

Prawami pacjenta są podmiotowe prawa człowieka, które oddziałują na wszystkie relacje prawne pacjenta, w których – w związku z udzielaniem mu świadczeń zdrowotnych – on uczestniczy⁷. Zostały one ujęte nie tylko w ustawie o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, ale także w innych ustawach, w tym np. w ustawie z 5.12.1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry⁸.

Podstawą dochodzenia roszczeń związanych z naruszeniem praw pacjenta jest art. 4 ust. 1 u.p.p., zgodnie z którym sąd w razie zawinionego naruszenia praw pacjenta może, na podstawie art. 448 k.c., przyznać poszkodowanemu odpowiednią sumę tytułem zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę. Pacjent, w przeciwieństwie do dochodzenia roszczeń wynikających z naruszenia dóbr osobistych, nie musi udowadniać, że wskazywane przez niego dobro (prawo) jest dobrem osobistym (prawem pacjenta) – wystarczy, iż wskaże konkretne prawo przewidziane w u.p.p. lub innych przepisach regulujących prawa pacjenta⁹. Pacjent może domagać się zadośćuczynienia pieniężnego bez względu na skutek naruszenia praw pacjenta. Wystarczające będzie wykazanie przez niego winy pracowników podmiotu leczniczego¹⁰. Jeżeli natomiast wystąpi ten dodatkowy skutek – przykładowo – uszczerbek na zdrowiu – wówczas pacjentowi przysługuje również roszczenie odszkodowawcze na podstawie przepisów regulujących odpowiedzialność deliktową (art. 415 i n. k.c.). Artykuł 4 ust. 1 u.p.p. jest podstawą dochodzenia roszczeń związanych z naruszeniem wszystkich praw pacjenta, a nie tylko tych wskazanych w u.p.p.¹¹ Roszczenie to przysługuje pacjentowi niezależnie od stosunku prawnego łączącego go z podmiotem udzielającym mu świadczenie zdrowotne¹².

⁴ Dz.U. z 2020 r. poz. 849 – dalej u.p.p.

⁵ Dz.U. z 2018 r. poz. 2179 ze zm. – dalej u.r.p.o.

⁶ Dz.U. z 2017 r. poz. 922 ze zm. – dalej u.r.p.d.

⁷ U. Drozdowska, *Cywilnoprawna ochrona praw pacjenta*, Warszawa 2007, s. 79.

⁸ D. Karkowska, *Pojęcie praw pacjenta* [w:] *Prawa pacjenta*, LEX/el. 2009.

⁹ Wyrok Sądu Najwyższego (dalej SN) z 10.01.2019 r., II CSK 293/18, LEX nr 260471.

¹⁰ Wyrok SN z 4.11.2016 r., I CSK 739/15, LEX nr 2166373.

¹¹ W. Borysiak, L. Bosek, K. Salbut, *Komentarz do art. 4 u.p.p.* [w:] *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, red. L. Bosek, Legalis (el.) 2020.

¹² M. Nesterowicz, *Zadośćuczynienie pieniężne za naruszenie praw pacjenta i dóbr osobistych osób bliskich* [w:] *Czynić postęp w prawie. Księga jubileuszowa dedykowana profesor Birucie Lewaszkiewicz-Petrykowskiej*, red. W. Robaczyński, Łódź 2017, s. 356.

Ochrony przewidzianej w art. 4 ust. 1 u.p.p. nie stosuje się do zawinionego naruszenia praw pacjenta określonego w ust. 3 wskazanego artykułu¹³. Można dochodzić tych praw na zasadach ogólnych (art. 23 i 24 k.c.).

Przedmiotem dalszej analizy będą roszczenia, które wynikają wyłącznie z naruszenia praw pacjenta. Niemniej uwagi poczynione w niniejszym opracowaniu będą – w pewnym zakresie – aktualne też w stosunku do pozostałych roszczeń związanych z szeroko rozumianym procesem leczenia, w tym z tytułu odpowiedzialności deliktowej, kontraktowej oraz naruszenia dóbr osobistych¹⁴.

3. LEGITYMACJA PROCESOWA – CHARAKTERYSTYKA

W doktrynie oraz orzecznictwie brak jest jednolitego poglądu dotyczącego tego, czym jest legitymacja procesowa. Jak już wyjaśniono na wstępie, na potrzeby opracowania wystarczające powinno być syntetyczne przedstawienie tego zagadnienia¹⁵.

Przez legitymację procesową należy rozumieć uprawnienie do uzyskania – w charakterze strony – merytorycznego orzeczenia dotyczącego cudzych lub własnych praw podmiotowych w konkretnym postępowaniu sądowym¹⁶. Źródłem legitymacji mogą być twierdzenia powoda o byciu podmiotem prawnie chronionych sytuacji prawnych lub przepis przyznający określonemu podmiotowi – w konkretnych sprawach – legitymację procesową niezależnie od twierdzeń co do przysługujących mu praw podmiotowych¹⁷. Do ostatnich przypadków zalicza się przede wszystkim sytuację, w której określonym podmiotom ustawodawca przyznaje uprawnienie do dochodzenia przed sądem cudzych praw (podstawienie procesowe lub zastępstwo pośrednie)¹⁸. Jest to zazwyczaj uzasadnione potrzebą ochrony określonych ustawą szczególnych interesów lub praw grup osób¹⁹. Wśród podmiotów uprawnionych do wytaczania powództwa we własnym imieniu, ale na rzecz innych osób należy wymienić m.in. prokuratora, RPO, RPD oraz RPP.

4. LEGITYMACJA MAJĄCA ŹRÓDŁO W TWIERDZENIACH POWODA

Wyjaśniono już, że jednym ze źródeł legitymacji procesowej mogą być twierdzenia powoda o byciu podmiotem prawnie chronionych sytuacji prawnych.

¹³ Prawo do: 1) przechowywania rzeczy wartościowych w depozycie podmiotu leczniczego wykonującego działalność leczniczą w rodzaju stacjonarne i całodobowe świadczenia zdrowotne; 2) informacji o rodzaju i zakresie świadczeń zdrowotnych udzielanych przez podmioty udzielające świadczeń zdrowotnych; 3) dostępu do dokumentacji medycznej dotyczącej jego stanu zdrowia; 4) zgłaszania działań niepożądanych produktów leczniczych.

¹⁴ Dotyczy to zwłaszcza legitymacji procesowej RPP, RPO, RPD, prokuratora oraz organizacji pozarządowych.

¹⁵ Szerzej o legitymacji procesowej oraz zdolności sądowej w: G. Jędrejek, *Legitymacja procesowa w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2018; M. Dziurda, *Szczególna zdolność sądowa*, LEX/el. 2019; W. Broniewicz, *Legitymacja procesowa*, Łódź 1963; P. Grzegorzczak, *Legitymacja procesowa – pojęcie, funkcje i reżim procesowy*, „Przegląd Sądowy” 2020/2, s. 5–46.

¹⁶ P. Grzegorzczak, *Legitymacja...*, s. 8. Autor ten – moim zdaniem – słusznie przedstawia legitymację procesową jako instytucję o jednolitym charakterze. Niemniej część przedstawicieli doktryny stoi na stanowisku, że legitymacja ma charakter dychotomiczny i dzieli się na legitymację formalną oraz materialną. Pierwsza oznacza posiadanie interesu prawnego lub prawa podmiotowego, których ochrony żąda się przed sądem. Druga natomiast oznacza uprawnienie do wytoczenia powództwa w celu ochrony prawa cudzego lub własnego prawa podmiotowego (J. Jodłowski [w:] *Postępowanie cywilne*, red. J. Jodłowski, Z. Resich, J. Lapierrre, T. Misiuk-Jodłowska, K. Weitz, Warszawa 2009, s. 203).

¹⁷ P. Grzegorzczak, *Legitymacja...*, s. 8.

¹⁸ P. Grzegorzczak, *Legitymacja...*, s. 8.

¹⁹ Postanowienie SN z 12.10.2018 r., V CSK 33/18, LEX nr 2577359.

O posiadaniu legitymacji świadczy samo przytoczenie tych twierdzeń przez powoda, a nie ich prawdziwość²⁰. Wystarczy zatem, że powód wskaże w pozwie, iż przysługuje mu określone roszczenie w związku z naruszeniem jego praw podmiotowych – praw pacjenta. Nieprawdziwość tego twierdzenia nie świadczy o braku legitymacji. Niemniej dla kompletności oraz jasności wyводу niezbędne wydaje się przedstawienie najważniejszych problemów, które wiążą się z tym zagadnieniem.

4.1. Poszkodowany

Stosownie do art. 4 ust. 1 u.p.p. podmiotem mogącym wystąpić z powództwem o zadośćuczynienie jest poszkodowany. Stosując wykładnię językową oraz kierując się racjonalnością ustawodawcy należałoby uznać, że poszkodowany nie musi być pacjentem. Gdyby jednak taka była intencja ustawodawcy, wówczas w omawianym przepisie wprost wskazałby na pacjenta, którego definicja legalna jest w art. 3 ust. 1 pkt 4 u.p.p. Wynika to również z jednej z dyrektyw wykładni językowej – zakazu wykładni synonimicznej, czyli zakazu przyjmowania, że ustawodawca posługując się różnymi zwrotami nadaje im takie samo znaczenie²¹. Analizując to zagadnienie, należy jednak mieć na uwadze, że art. 4 ust. 1 u.p.p. odsyła do art. 448 k.c., w myśl którego sąd może przyznać temu, czyje dobro osobiste zostało naruszone, odpowiednią kwotę tytułem zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę²². Skoro art. 448 k.c. stanowi o naruszeniu dobra osobistego, a zatem doznaniu krzywdy własnej, przyznanie zadośćuczynienia może być związane wyłącznie z naruszeniem określonego dobra osobistego powoda, a nie innej osoby²³. Stosując tę zasadę do dochodzenia praw na podstawie art. 4 ust. 1 u.p.p. i mając na względzie, że przepis ten wskazuje na zawinione naruszenia praw pacjenta, należy uznać, iż zadośćuczynienia może domagać się wyłącznie osoba, której te prawa dotyczą, a więc wyłącznie pacjent²⁴. Nie zmienia tego fakt, że prawa pacjenta nie zawsze są wykonywane przez niego osobiście. Dotyczy to przede wszystkim pacjentów małoletnich oraz ubezwłasnowolnionych – a w przypadku prawa do wyrażenia zgody na udzielenie świadczeń zdrowotnych – także pacjentów, którzy są niezdolni do świadomego wyrażenia zgody (art. 17 ust. 2 u.p.p.). W powyższych sytuacjach ich prawa są wykonywane przez przedstawiciela ustawowego lub opiekuna faktycznego. W przypadku, gdy dochodzi do naruszenia praw pacjenta, które są wykonywane przez powyższe osoby, a zatem przykładowo pominie się zgodę przedstawiciela ustawowego na udzielenie świadczenia zdrowotnego, naruszenie to ma charakter pośredni²⁵. Niemniej poszkodowanym, a tym samym uprawnionym do wystąpienia z roszczeniem jest w dalszym ciągu pacjent, a nie

²⁰ P. Grzegorzczak, *Legitymacja...*, s. 30.

²¹ Zob. L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006, s. 117.

²² Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego (dalej SA) w Białymstoku z 12.09.2018 r., I ACa 324/18, LEX nr 2571666 oraz wyrok SA w Katowicach z 29.12.2016 r., V ACa 74/16, LEX nr 2209130.

²³ M. Wałachowska [w:] *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, red. M. Nesterowicz, Warszawa 2009, s. 11–12.

²⁴ Zob. M. Wałachowska [w:] *Ustawa...*, red. M. Nesterowicz, s. 11–12; A. Górski, J.P. Górski, *Zadośćuczynienie za naruszenie praw pacjenta*, „Palestra” 2005/5–6, s. 88.

²⁵ M. Safjan, *Kilka refleksji wokół problematyki zadośćuczynienia pieniężnego z tytułu szkody wyrządzonej pacjentom*, „Prawo i Medycyna” 2005/1, s. 19.

ta osoba. Przedstawiciel ustawowy czy opiekun faktyczny mogą być co najwyżej świadkami w ewentualnym procesie sądowym. Nie dotyczy to oczywiście sytuacji, w której przedstawiciel ustawowy w dalszym ciągu zachowuje taki status, jak też w sytuacji, w której to opiekun faktyczny został przedstawicielem ustawowym pacjenta. Wówczas to oni – w jego imieniu – wnoszą pozew na podstawie art. 4 ust. 1 u.p.p.

4.2. Pacjent

Definicja pacjenta, jak już wskazano, została zawarta w art. 3 ust. 1 pkt 4 u.p.p. Stosownie do powyższego przepisu jest nim osoba korzystająca lub zwracająca się o udzielenie świadczeń zdrowotnych przez podmiot ich udzielający lub osobę wykonującą zawód medyczny. Świadczeniami zdrowotnymi, o których mowa powyżej, są działania służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia oraz inne działania medyczne wynikające z procesu leczenia lub przepisów odrębnych regulujących zasady ich wykonywania (art. 3 ust. 1 pkt 6 u.p.p. w zw. z art. 2 ust. 1 pkt 10 ustawy z 15.04.2011 r. o działalności leczniczej²⁶). Z kolei osobami wykonującymi zawód medyczny są m.in. lekarze, lekarze dentyści, pielęgniarki oraz ratownicy medyczni. Definicja pacjenta, co zostanie wykazane poniżej, budzi pewne wątpliwości.

Pierwszym tego przykładem jest kwalifikacja osób, które są poddawane badaniom na potrzeby postępowania karnego i cywilnego. Trybunał Konstytucyjny (dalej TK) w wyroku z 5.03.2013 r., U 2/11²⁷, rozważał, czy oskarżony lub osoba podejrzana poddawani badaniom lub czynnościom, o których mowa w art. 74 Kodeksu postępowania karnego²⁸ są pacjentami w rozumieniu u.p.p., gdyż tylko wówczas odnosiłby się do nich standard ustalony tą ustawą. Udzielając negatywnej odpowiedzi na to pytanie, TK uznał, że badania o jakich mowa w tym przepisie, mają wyłącznie na celu uzyskanie dowodów w postępowaniu karnym. Nie są to zatem działania służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia. Trybunał Konstytucyjny zwrócił również uwagę na to, że przy ich wykonywaniu brak jest aktywności osoby, której dotyczą – uczestniczą oni w nich wbrew swojej woli. Tymczasem stosownie do art. 3 pkt 4 u.p.p. pacjentem jest osoba, która zwraca się o udzielenie świadczeń zdrowotnych. Stanowisko to zostało słusznie skrytykowane w doktrynie²⁹. Świadczeniami zdrowotnymi, oprócz tych wskazanych przez TK, są też inne działania medyczne wynikające z przepisów odrębnych, regulujących zasady ich wykonywania, w tym właśnie z k.p.k.³⁰ Ich celem nie zawsze musi być zachowanie, ratowanie, przywracanie lub poprawa zdrowia. Ponadto brak wyrażenia zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego nie powoduje, że dana osoba traci status pacjenta i pozbawiona jest praw z tym związanych³¹. Należy się chociażby

²⁶ Dz.U. z 2018 r. poz. 2190 ze zm.

²⁷ OTK-ZU 2013/3A, poz. 24.

²⁸ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 543) – dalej k.p.k. Stosownie do powyższego przepisu oskarżony jest m.in. obowiązany poddać się badaniom psychologicznym i psychiatrycznym oraz badaniom połączonym z dokonaniem zabiegów na jego ciele.

²⁹ D. Karkowska, *Pojęcie... [w:] Prawa...*

³⁰ D. Karkowska, *Pojęcie... [w:] Prawa...*

³¹ W. Borysiak, L. Bosek, M. Gałązka, *Status pacjenta [w:] Instytucje Prawa Medycznego. System Prawa Medycznego*, t. 1, red. M. Safjan, L. Bosek, Legalis (el.) 2018.

odwołać do art. 192 ustawy z 6.06.1997 r. – Kodeks karny³², który penalizuje wykonanie zabiegu leczniczego „bez zgody pacjenta”³³. Zagadnienie to dotyczy również postępowania cywilnego. Do działań związanych ze świadczeniem usług medycznych w ramach tego postępowania należy zaliczyć m.in.: pobranie krwi w celu przeprowadzenia dowodu z grupowego badania krwi (art. 306–307 k.p.c.), oględziny osoby (art. 298 k.p.c.), dowód z badań DNA (art. 309 k.p.c.) czy obserwację w zakładzie leczniczym (art. 554 k.p.c.). W mojej ocenie osoby poddane powyższym czynnościom są pacjentami i w związku z tym lekarz-biegły wykonujący wskazane czynności zobowiązany jest przestrzegać praw pacjenta³⁴.

Kolejnym przykładem wątpliwości jest status dziecka poczętego (*nasciturus*)³⁵. Rozwój medycyny, a zwłaszcza chirurgii prenatalnej sprawia, że wady dziecka poczętego często mogą być usunięte jeszcze w okresie prenatalnym. W tym przypadku *nasciturusowi* udzielane są świadczenia zdrowotne, co czyni zasadne analizę jego statusu.

Rozważania na powyższy temat należy zacząć od stwierdzenia, że życie każdego człowieka, także w fazie prenatalnej, jest wartością chronioną konstytucyjnie³⁶. Zastrzeżenia, które pojawiają się w doktrynie odnośnie do posiadania zdolności prawnej przez *nasciturusa* nie mają na to żadnego wpływu. Odnosi się ona wyłącznie do zdolności do bycia podmiotem praw i obowiązków cywilnych. Jej brak nie oznacza, że dana jednostka nie posiada w ogóle podmiotowości prawnej³⁷. Brak przyznania jej *nasciturusowi* nie ma wpływu na ochronę takich dóbr prawnych jak życie czy zdrowie *nasciturusa*, a w szczególności jego godności³⁸. Tym samym – w mojej ocenie – *nasciturus* może być uznany za pacjenta³⁹. Dotyczy to też zarodka, który powstał w wyniku zapłodnienia *in vitro*⁴⁰.

Wątpliwości co do posiadania zdolności prawnej przez *nasciturusa* nie są jednak irrelewantne dla postępowania cywilnego. Spowodowane jest to jej związkiem ze zdolnością sądową, która decyduje o możliwości przeprowadzenia z danym podmiotem ważnego postępowania cywilnego⁴¹.

W mojej ocenie *nasciturus* nie posiada zdolności prawnej⁴², a tym samym zdolności sądowej. Nie zasługują na aprobatę poglądy formułowane w doktrynie, które

³² Tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1444 – dalej k.k.

³³ W. Borysiak, L. Bosek, M. Gałązka, *Status...* [w:] *Instytucje...*, t. I.

³⁴ A. Klich, *Dowód z opinii biegłego w postępowaniu cywilnym. Biegły lekarz*, Warszawa 2016, s. 200–204.

³⁵ *Nasciturusem* jest dziecko od chwili zapłodnienia komórki jajowej (zob. P. Książek, *Komentarz do art. 8 k.c.* [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, Legalis (el.) 2020). Odmienne: A. Dyoniak, *Pozycja nasciturusa na obszarze majątkowego prawa prywatnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1994/3, s. 60. Zdaniem tego autora *nasciturusem* jest zarodek implementowy do organizmu kobiety. Więcej na ten temat O. Nawrot, *Status prawny pre-embrionu*, „Państwo i Prawo” 2009/3, s. 5–19.

³⁶ Orzeczenie TK z 28.05.1997 r., K 26/96, OTK 1997/2, poz. 19.

³⁷ D. Karkowska, *Komentarz do art. 3 u.p.p.* [w:] *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, red. D. Karkowska, LEX/el. 2016.

³⁸ Orzeczenie TK z 28.05.1997 r., K 26/96.

³⁹ Zob. L. Bosek, *Komentarz do art. 3 u.p.p.* [w:] *Ustawa...*, red. L. Bosek, nb 32 i przywołane tam orzecznictwo: J. Haberkro, *Sytuacja dziecka poczętego w świetle Konstytucji RP* [w:] *Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego a stosowanie procedur medycznych*, LEX/el. 2010; B. Kmiecik, *Prawo dziecka jako pacjenta*, Warszawa 2016, s. 138. Odmienne: D. Karkowska, *Komentarz...* [w:] *Ustawa...*

⁴⁰ B. Kmiecik, *Prawo...*, s. 151.

⁴¹ Odnośnie do rozumienia zdolności sądowej zob. w: W. Broniewicz, *Glosa do uchwały SN z dnia 1 grudnia 1987 r., III CZP 71/87*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 1990/11–12, s. 366.

⁴² Zob. P. Książek, *Komentarz...* [w:] *Kodeks...*, red. K. Osajda, uwaga 2–7.1; G. Matusik, *Pozycja prawna kuratora ustanowionego dla dziecka poczętego*, „Rejent” 2017/2, s. 88–115.

przyznają nasciturusowi tzw. warunkową zdolność prawną⁴³, a w konsekwencji – warunkową zdolność sądową⁴⁴. Urodzenie żywe, na które wskazuje art. 8 k.c., należy traktować jako przesłankę zdolności prawnej, a nie jej warunek⁴⁵. O prawidłowości tego poglądu świadczą zmiany legislacyjne dotyczące art. 8 k.c., a zwłaszcza wykreślenie jego paragrafu 2, stosownie do którego „zdolność prawną ma również dziecko poczęte; jednakże prawa i zobowiązania majątkowe uzyskuje ono pod warunkiem, że urodzi się żywe”. Urodzenie się człowieka skutkuje przyznaniem mu zdolności prawnej, a w konsekwencji – zdolności sądowej. Jednocześnie może on wystąpić z roszczeniem, o którym mowa w art. 4 ust. 1 u.p.p. Za takim poglądem przemawia art. 446¹ k.c., w myśl którego z chwilą urodzenia dziecko może żądać naprawienia szkód doznaných przed urodzeniem. Wskazany przepis odnosi się zarówno do szkody majątkowej, jak i niemajątkowej, a więc również związanej z naruszeniem praw pacjenta⁴⁶.

Ze statusem nasciturusa jako pacjenta związany jest status jego rodziców⁴⁷.

Analizując status matki nasciturusa, należy zauważyć, że każde świadczenie zdrowotne, które jest udzielane nasciturusowi udzielane jest też jej⁴⁸. W konsekwencji zyskuje ona status pacjenta. Niemniej nie ma ona legitymacji do dochodzenia roszczeń związanych z naruszeniem praw nasciturusa. Żaden przepis prawa nie przyznaje jej takiego uprawnienia. Nie można utożsamiać naruszenia praw pacjenta-nasciturusa z naruszeniem praw pacjenta-matki. Należy jednak zauważyć, że nie każde świadczenie zdrowotne jej udzielane, udzielane jest także nasciturusowi. Dotyczy to świadczeń zdrowotnych, które nie pozostają w związku z jej ciążą, jak też nie mają żadnego wpływu na stan zdrowia nasciturusa. W tym przypadku nasciturusowi nie przysługuje status pacjenta.

Z kolei odnośnie do statusu ojca nasciturusa wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z 27.11.2019 r., II CSK 491/18⁴⁹. Sąd stwierdził, że ojciec dziecka, któremu nie udzielono przysługującej mu informacji o stanie zdrowotnym mającego się urodzić dziecka (jego niepełnosprawności), a zatem uniemożliwiono

⁴³ Zob. M. Pazdan, *Komentarz do art. 8 k.c.* [w:] *Kodeks cywilny*, t. I. *Komentarz. Art. 1–449*¹⁰, red. K. Pietrzykowski, Legalis (el.) 2020, nb 3; A. Dyoniak, *Pozycja...*, s. 50; J.Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2013, s. 151; J. Haberkro, *Problem zdolności prawnej dziecka poczętego* [w:] *Cywilnoprawna...*; B. Walaszek, *Nasciturus w prawie cywilnym*, „Państwo i Prawo” 1956/7, s. 126–127.

⁴⁴ Zob. J. Bodio, *Status nasciturusa w postępowaniu cywilnym* [w:] *Ius est a iustitia appellatum. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Wiśniewskiemu*, red. T. Ereciński, J. Gudowski, M. Pazdan, M. Tomalak, Warszawa 2017, s. 101; P. Grzegorzczak, *Komentarz do art. 64 k.p.c.* [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Postępowanie rozpoznawcze*, t. I, red. T. Ereciński, LEX/el. 2016; G. Misiurek, *Komentarz do art. 64 k.p.c.* [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Artykuły 1–366*, t. I, red. H. Dolecki, T. Wiśniewski, LEX/el. 2013; H. Pietrzykowski, *Podmioty, którym przysługuje zdolność sądowa* [w:] *Czynności procesowe zawodowego pełnomocnika w sprawach cywilnych*, LEX/el. 2017.

⁴⁵ Zob. M. Gutowski, *Komentarz do art. 8 k.c.* [w:] *Kodeks cywilny*, t. II. *Komentarz. Art. 353–626*, red. M. Gutowski 2019, Legalis (el.) 2019, nb 22; W. Bendza, *Zdolność prawna nasciturusa – ze szczególnym uwzględnieniem kwestii odszkodowawczych*, „Przegląd Legislacyjny” 2016/3, s. 34.

⁴⁶ W. Borysiak, L. Bosek, K. Salbut, *Komentarz...* [w:] *Ustawa...*, red. L. Bosek, nb 25.

⁴⁷ Na marginesie należy zauważyć, że rodzice nasciturusa nabywają władzę rodzicielską od chwili poczęcia dziecka – Z. Czarnik, J. Gajda, *Ochrona prawna dziecka poczętego in vitro i pozostającego poza organizmem matki (uwagi de lege lata i de lege ferenda)*, „Nowe Prawo” 1990/10–12, s. 104; J. Mazurkiewicz, *Przedstawiciel ustawowy dziecka poczętego*, „Państwo i Prawo” 1988/1, s. 100–104. Odmienne: G. Jędrejek, *Komentarz do art. 182 k.r.o.* [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2019; A. Sobota, *Nasciturus jako strona postępowania cywilnego*, „Rejent” 2016/4, s. 52–61.

⁴⁸ Nie dotyczy to jednak sytuacji, gdy doszło do zapłodnienia komórki jajowej *in vitro* i nie doszło do implantacji tak powstałego zarodka do organizmu kobiety. W konsekwencji udzielane mu świadczenia zdrowotne nie są udzielane jego matce.

⁴⁹ LEX nr 2770248.

skierowanie go na leczenie psychologiczne już w fazie prenatalnej ciąży, powinien być uważany za pacjenta w rozumieniu u.p.p. Podkreślił on, że: „[j]est tak tym bardziej, że w art. 4 ust. 1 [u.p.p.] jest mowa o poszkodowanym, którym ojciec dziecka jest niewątpliwie”. Uzasadniając swój pogląd wskazał, że: „[r]ozważając kwestię racjonalnie, w sytuacji gdy nie jak było dawniej, tylko jak jest obecnie, kiedy to ojciec często jest obecny przy porodzie wspólnego dziecka (a tak było także w niniejszej sprawie), więc staje się pacjentem w zakresie, w jakim to jest naturalnie możliwe. Świadczenia zdrowotne, które dotyczą oddzielnie matki dziecka i samego dziecka w okresie ciąży, porodu i po porodzie, w tym zakresie w jakim odnoszą się najpierw do prawidłowego rozwoju płodu, a następnie do szczęśliwego urodzenia dziecka są świadczeniami również wobec ojca. Przeżywa on na sposób, który wynika z ojcostwa wszelkie powodzenia i niepowodzenia związane z urodzinami, podobnie jak matka, zgodnie z jej rolą”. Pogląd ten – moim zdaniem – nie zasługuje na uwzględnienie. Udzielenie świadczenia zdrowotnego nasciturusowi nie oznacza, że udzielane jest również jego ojcu. W przypadku matki jest to związane z naturą ciąży – płód rośnie w jej organizmie. Sam fakt obecności ojca dziecka w trakcie jego porodu nie oznacza, że ojciec dziecka zwraca się lub udzielane są mu świadczenia zdrowotne. Statusu tego nie można wiązać z przeżywaniem przez rodzica stanu zdrowia dziecka. Oznaczałoby to konieczność uznania, że pacjentem jest rodzic każdego dziecka, nawet gdy jest ono nastolatkiem. Każdy rodzic przeżywa bowiem stan zdrowia swojego dziecka. Wykładnia zwrotu „pacjent” zaproponowana przez Sąd Najwyższy przekracza granice określone brzmieniem art. 3 ust. 1 pkt 4 u.p.p., co narusza zasady wykładni prawa.

4.3. Osoby bliskie

Wystąpić z roszczeniem wynikającym z naruszenia praw pacjenta mogą również – na podstawie art. 4 ust. 2 u.p.p. – wybrane osoby bliskie pacjenta⁵⁰. Dotyczy to małżonków, krewnych, powinowatych do drugiego stopnia w linii prostej oraz przedstawicieli ustawowych pacjenta. Możliwość tę ograniczono do dochodzenia roszczeń związanych z naruszeniem prawa pacjenta do umierania w spokoju i godności⁵¹, a także do żądania zasądzenia odpowiedniej sumy pieniężnej na wskazany cel społeczny na podstawie art. 448 k.c.

Artykuł 4 ust. 2 u.p.p. wprowadza wyjątek od omówionej już wcześniej zasady, zgodnie z którą tylko osoba, której dobro osobiste zostało naruszone, może dochodzić roszczeń z tym związanych⁵². Przepis ten chroni interes niemajątkowy, który wynika z ochrony stosunków rodzinnych, a nie samo prawo do umierania w spokoju i godności⁵³. Pełni on funkcję kompensacyjną oraz prewencyjną⁵⁴. W doktrynie,

⁵⁰ Definicja osoby bliskiej w: art. 3 ust. 1 pkt 2 u.p.p.

⁵¹ Prawo do umierania w spokoju i godności zostało wyrażone w art. 20 ust. 2 u.p.p. Przykładem jego naruszenia jest prowadzenie uporczywej terapii, która w świetle aktualnej wiedzy medycznej nie doprowadzi do wyleczenia pacjenta, a powoduje jedynie dodatkowe cierpienie i ból.

⁵² U. Drozdowska, *Cywilnoprawna...*, s. 201.

⁵³ W. Borysiak, L. Bosek, K. Salbut, *Komentarz...* [w:] *Ustawa...*, red. L. Bosek, nb 25.

⁵⁴ W. Borysiak, L. Bosek, K. Salbut, *Komentarz...* [w:] *Ustawa...*, red. L. Bosek, nb 25. Odmienne: M. Wałachowska, *Komentarz do art. 448 k.c.* [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania. Część ogólna (art. 353–534)*, t. III, red. M. Fras, M. Habdas, LEX/el. 2018 i przywołane tam poglądy doktryny. Autorka ta wskazuje, że przepis pełni przede wszystkim funkcję represyjną. Jej zdaniem skoro przepis ten nie chroni

w odniesieniu do art. 448 k.c. – wskazuje się, że zasądzenie odpowiedniej kwoty pieniężnej na cel społeczny pełni funkcję kompensacyjną, która obejmuje satysfakcję dla pokrzywdzonego ze stwierdzenia przez sąd faktu, że doszło do naruszenia jego dobra osobistego, oraz iż podmiot, który je naruszył, będzie musiał zapłacić określoną kwotę pieniężną⁵⁵. W przypadku art. 4 ust. 2 u.p.p. jest to funkcja kompensacyjna względem nie samego poszkodowanego (pacjenta), a jego osób bliskich.

Analizowany przepis nie wskazuje, że osoby tam wymienione mogą wystąpić z roszczeniem dopiero po śmierci pacjenta, którego prawa zostały naruszone. W mojej ocenie – mając na uwadze wyżej wskazane funkcje art. 4 ust. 2 u.p.p. – fakt ten nie ma na to wpływu. Roszczenie to przysługuje im zarówno za życia pacjenta, jak i po jego śmierci⁵⁶. Pacjent, którego prawo do umierania w spokoju i godności zostaje naruszone ze względu na swój zły stan zdrowia, może nie być zainteresowany wystąpieniem z powództwem⁵⁷. Należy przy tym zauważyć, że przyznanie powyższego uprawnienia osobom bliskim pacjenta nie powoduje, iż on sam nie może wystąpić z takim powództwem. W przypadku naruszenia jego prawa do umierania w spokoju i godności może on dochodzić swoich praw na podstawie art. 4 ust. 1 u.p.p. Roszczenie, o którym mowa w art. 4 ust. 2 u.p.p., przysługuje bliskim pacjenta niezależnie od tego, czy pacjent z tego prawa skorzystał⁵⁸. Moim zdaniem art. 4 ust. 2 u.p.p. dotyczy również osób bliskich pacjenta, który jest nasciturusem.

5. LEGITYMACJA MAJĄCA ŹRÓDŁO W PRZEPISIE

Kolejnym źródłem legitymacji procesowej jest przepis prawa, który przyznaje określonym podmiotom uprawnienie do dochodzenia cudzych praw podmiotowych przed sądem. Legitymacja ta ograniczona jest – co do zasady – do konkretnych spraw związanych z zakresem działalności danego podmiotu. Poniższej zostanie zbadane, czy któremuś z nich została przyznana legitymacja w sprawach związanych z naruszeniem praw pacjenta.

5.1. Prokurator

Legitymacja procesowa prokuratora oraz jego udział w postępowaniu cywilnym zostały bezpośrednio uregulowane w k.p.c. (art. 7, 55–60). Przepisy te były wzorem dla określenia legitymacji innych podmiotów do dochodzenia przed sądem cudzych praw, w tym RPP, RPO, RPD.

Stosownie do art. 7 k.p.c., prokurator może zażądać wszczęcia postępowania w każdej sprawie, jak też wziąć udział w każdym toczącym się już postępowaniu, jeżeli według jego oceny wymaga tego ochrona praworządności, praw obywateli

interesów czy dóbr osobistych osób bliskich pacjenta, to nie sposób mówić o jego funkcji kompensacyjnej.

⁵⁵ Zob. A. Rzetecka-Gil, *Komentarz do art. 448 k.c.* [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania – część ogólna*, LEX/el. 2011, uwaga 25 i przywołane tam poglądy doktryny; R. Strugała, *Komentarz do art. 448 k.c.* [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Legalis (el.) 2019, nb 15.

⁵⁶ M. Wałachowska, *Komentarz...* [w:] *Kodeks...*, red. M. Fras, M. Habdas.

⁵⁷ Odmienny pogląd, chociaż nie wyrażony wprost, wynika ze sformułowań używanych przez poszczególnych przedstawicieli doktryny, którzy wskazują na „osoby bliskie zmarłego pacjenta” (zob. U. Drozdowska, *Cywilnoprawna...*, s. 201).

⁵⁸ M. Wałachowska, *Komentarz...* [w:] *Kodeks...*, red. M. Fras, M. Habdas.

lub interesu społecznego. Wyjątek dotyczy spraw niemajątkowych z zakresu prawa rodzinnego, gdzie prokurator może wytaczać powództwa wyłącznie w przypadkach wskazanych w ustawie. Z powyższego wynika, że legitymacja procesowa prokuratora obejmuje, poza wskazanym wyjątkiem, każdą sprawę cywilną⁵⁹. Sąd nie kontroluje, czy aktywność prokuratora faktycznie jest uzasadniona wystąpieniem jednej z przesłanek wskazanych w art. 7 k.p.c.⁶⁰ Niemniej nie powinno budzić wątpliwości, że obejmują one również konieczność ochrony praw pacjenta (praw obywateli).

Przesłanki korzystania z legitymacji procesowej przez prokuratora zostały wskazane także w rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z 7.04.2016 r. – Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury⁶¹, w dziale XI pt. Sposób realizacji zadań związanych z udziałem prokuratora w sprawach cywilnych, rodzinnych, opiekuńczych oraz ze stosunku pracy i z zakresu ubezpieczeń społecznych. Analiza przepisów znajdujących się w tym dziale prowadzi do wniosku, że prokurator powinien korzystać ze swojej legitymacji wyjątkowo na zasadzie subsydiarności. I tak, prokurator, przed wytoczeniem powództwa na rzecz określonej osoby lub jednostki organizacyjnej powinien się z nią skontaktować i pouczyć o przysługujących jej prawach. Jeżeli mimo to nie zamierza ona dochodzić swoich praw przed sądem, to prokurator powinien wytoczyć powództwo wyłącznie wtedy, gdy uzasadniają to szczególne okoliczności sprawy (§ 353 ust. 1 r.w.u.p.). Tożsama sytuacja dotyczy przypadku, gdy strony postępowania, do którego rozważa on dołączyć, mają zapewnioną pomoc prawną (§ 353 ust. 2 r.w.u.p.). Czynności prokuratora przewidziane w k.p.c. nie powinny naruszać zasady swobody kształtowania stosunku cywilnoprawnego. Wyjątek dotyczy sytuacji, gdy treść lub cel tego stosunku sprzeciwia się jego naturze, ustawie lub zasadom współżycia społecznego (§ 353 ust. 1 r.w.u.p.). Przykładem tego rodzaju stosunku może być umowa pomiędzy pacjentem a podmiotem udzielającym świadczeń zdrowotnych naruszająca przepisy u.p.p.

Na podstawie dokonanej analizy należy uznać, że prokurator ma legitymację w sprawach związanych z naruszeniem praw pacjenta.

Prokurator może wnieść samodzielnie powództwo – przeciwko wszystkim osobom będącym stronami stosunku prawnego, którego dotyczy powództwo (art. 57 k.p.c.), jak też niesamodzielnie – wnosząc je na rzecz oznaczonej osoby (art. 55 k.p.c.). Może on również wstąpić do postępowania w każdym jego stadium. Legitymacja procesowa prokuratura obejmuje postępowanie procesowe, nieprocesowe, zabezpieczające oraz egzekucyjne.

5.2. Rzecznik Praw Pacjenta

Rzecznik Praw Pacjenta jest najważniejszym podmiotem zajmującym się szeroko rozumianą ochroną praw pacjenta. Jest on centralnym organem administracji rządowej (art. 42 ust. 1 u.p.p.), którego celem jest ochrona praw pacjenta określonych w u.p.p.

⁵⁹ Stosownie do art. 7 k.p.c. prokurator może wytoczyć powództwo na rzecz oznaczonej osoby w sprawach niemajątkowych z zakresu prawa rodzinnego, ale tylko wtedy, gdy przepis tak stanowi.

⁶⁰ Uchwała SN z 20.11.2015 r., III CZP 78/15, LEX nr 1958101.

⁶¹ Dz.U. z 2017 r. poz. 1206 ze zm. – dalej r.w.u.p.

oraz w przepisach odrębnych. W przeciwieństwie do RPO oraz RPD nie jest on organem konstytucyjnym. Przepisy określające zakres jego działalności nie odwołują się wprost do konstytucyjnych wolności i praw ani nie ustanawiają zasad jego niezależności od innych organów państwowych.

Źródłem legitymacji procesowej RPP jest art. 55 u.p.p. Wykładnia tego przepisu prowadzi do wniosku, że legitymacja RPP została ograniczona do spraw związanych z naruszeniem praw pacjenta określonych w u.p.p. oraz w przepisach odrębnych. Mając z kolei na uwadze cel powołania rzecznika (art. 41 u.p.p.) należy uznać, że przesłanką udziału RPP w postępowaniu cywilnym jest konieczność ochrony praw pacjentów. W konsekwencji należy stwierdzić, że może on w postępowaniu cywilnym reprezentować jedynie interesy pacjenta w związku z udzielaniem mu świadczeń zdrowotnych i tylko w tym zakresie przysługuje mu legitymacja procesowa⁶². Rzecznik Praw Pacjenta nie ma legitymacji w sprawach innych osób, w tym osób bliskich pacjenta, nawet jeżeli doznały one krzywdy wskutek ich naruszenia⁶³. W konsekwencji nie ma on legitymacji do wystąpienia z roszczeniem, o którym mowa w art. 4 ust. 2 u.p.p. W mojej ocenie sąd – w przypadku wniesienia pozwu przez RPP lub przystąpienia do postępowania – powinien zweryfikować, czy sprawa dotyczy naruszenia praw pacjenta, ponieważ tylko w tych sprawach ma on legitymację procesową, przesłanka jego działania nie podlega ani kontroli, ani ocenie sądu.

Rzecznik Praw Pacjenta – analogicznie jak prokurator – może wnieść samodzielne oraz niesamodzielne powództwo, jak też wziąć udział w toczącym się postępowaniu. Ma on legitymację w postępowaniach: procesowym, nieprocesowym, zabezpieczającym oraz egzekucyjnym. W dalszej części opracowania skupię się na dwóch pierwszych postępowaniach.

W przypadku postępowania procesowego jego legitymacja obejmuje wniesienie pozwu na podstawie art. 4 ust. 1 u.p.p. (powództwo niesamodzielne) oraz wzięcie udziału w postępowaniu wszczętym pozwem opartym na tym przepisie. W mojej ocenie RPP nie ma legitymacji w sprawach dotyczących roszczeń wysuwanych na podstawie przepisów k.c. regulujących odpowiedzialność deliktową czy kontraktową⁶⁴. Legitymacja procesowa RPP, jak już wyjaśniono, obejmuje sprawy cywilne dotyczące naruszenia praw pacjenta. Podstawą dochodzenia roszczeń wynikających z ich naruszenia jest art. 4 ust. 1 u.p.p., a nie przepisy k.c. Rzecznik Praw Pacjenta może również wnieść pozew o ukształtowanie lub ustalenie (powództwo samodzielne), jeśli jest on związany z naruszeniem praw pacjenta⁶⁵. Jego przykładem może być pozew o ustalenie, że postanowienia danej umowy cywilnoprawnej są sprzeczne z u.p.p., a tym samym, iż jest ona nieważna⁶⁶.

⁶² Postanowienie SN z 12.10.2018 r., V CSK 33/18, LEX nr 2577359.

⁶³ Zob. postanowienie SN z 12.10.2018 r., V CSK 33/18; W. Borysiak, L. Bosek, K. Salbut, *Komentarz...* [w:] *Ustawa...*, red. L. Bosek, nb 141.

⁶⁴ Odmienne: E. Wójcicka, *Rzecznik Praw Pacjenta* [w:] *Instytucje ombudsmanskie w Polsce (wybrane zagadnienia)*, red. A. Gronkiewicz, Częstochowa 2013, s. 105, która wskazuje, że ustawodawca nie ograniczył rodzaju spraw, w których RPP może brać udział. Jako przykłady wskazuje powództwa odszkodowawcze związane z zakażeniem szpitalnym czy skutkami leczenia farmakologicznego.

⁶⁵ E. Stefańska, *Komentarz do art. 57 k.p.c.* [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Art. 1–505(38)*, t. I, red. M. Manowska, LEX/el. 2015.

⁶⁶ W doktrynie jako przykład takiej umowy wskazuje się umowę o macierzyństwie zastępczym – J. Roszkiewicz, *Komentarz do art. 55 u.p.p.* [w:] *Ustawa...*, red. L. Bosek, nb 6.

Odnosząc się z kolei do postępowania nieprocesowego, to u.p.p. oraz inne ustawy związane z szeroko rozumianym procesem leczenia przewidują, że poszczególne kwestie „sporne” rozstrzygane są w cywilnym postępowaniu nieprocesowym. Zaliczają się do nich m.in. sprawy dotyczące: zwolnienia z tajemnicy (art. 14 ust. 6–7 u.p.p.), udostępniania dokumentacji medycznej (art. 26 ust. 2a–2b u.p.p.), czy przyjęcia do szpitala psychiatrycznego bez zgody pacjenta⁶⁷.

W pierwszej sprawie sąd rozstrzyga spór między osobami bliskimi o ujawnienie tajemnicy lub o zakres jej ujawnienia po śmierci pacjenta, którego tajemnica dotyczyła. Wówczas zgodę na jej ujawnienie – na wniosek osoby bliskiej lub osoby wykonującej zawód medyczny – wyraża sąd⁶⁸. Ponadto osoba wykonująca zawód medyczny w przypadku uzasadnionych wątpliwości, czy osoba występująca o ujawnienie tajemnicy lub sprzeciwiająca się jej ujawnieniu jest osobą bliską pacjenta, może wystąpić do sądu o ustalenie tej kwestii. Druga sprawa jest analogiczna do pierwszej, z tym że dotyczy dokumentacji medycznej⁶⁹.

Niewątpliwie oba te postępowania dotyczą ograniczenia praw pacjenta. Tajemnica lekarska oraz „tajemnica” dokumentacji medycznej obowiązują również po śmierci pacjenta. W mojej ocenie skoro RPP ma legitymację w sprawach cywilnych dotyczących naruszenia praw pacjenta, to tym bardziej ma legitymację w sprawach, w których prawa te są ograniczane (*argumentum a maiori ad minus*). Należy jednak zauważyć, że RPP, analogicznie jak prokurator, nie będzie mógł skutecznie złożyć wniosku o wszczęcie postępowania nieprocesowego w przypadku, gdy do jego uwzględnienia niezbędne jest złożenie oświadczenia woli przez osobę, której wniosek dotyczy⁷⁰. Rzecznik Praw Pacjenta nie może – zamiast osoby bliskiej pacjenta – sprzeciwić się udostępnieniu dokumentacji medycznej czy ujawnieniu tajemnicy lekarskiej. Pomimo że brak oświadczenia woli nie ma wpływu na legitymację RPP, to będzie to skutkowało oddaleniem takiego wniosku ze względu na brak przesłanki materialnoprawnej⁷¹. Należy jednak uznać, że RPP może wystąpić do sądu o ustalenie, czy osoba występująca o ujawnienie tajemnicy lub sprzeciwiająca się jej ujawnieniu jest osobą bliską pacjenta.

W ostatniej sprawie sąd opiekuńczy wszczyna postępowanie na skutek zawiadomienia kierownika szpitala lub na wniosek osoby, która jest przyjmowana albo jej przedstawiciela ustawowego, jej małżonka, krewnych w linii prostej, rodzeństwa bądź osoby sprawującej nad nią faktyczną opiekę, albo z urzędu (art. 25 u.o.z.p.)⁷². Prawo osoby z zaburzeniami psychicznymi do wyrażenia zgody na przyjęcie do szpitala psychiatrycznego niewątpliwie należy zaliczyć do praw pacjenta. Sąd opiekuńczy, w ramach powyższego postępowania, bada legalność ograniczenia tego prawa⁷³. Tym samym spełniony zostaje warunek działania RPP

⁶⁷ Art. 22, 25, 29 ustawy z 19.08.1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (Dz.U. z 2020 r. poz. 685) – dalej u.o.z.p.

⁶⁸ Zagadnienie legitymacji tych osób – ze względu na ramy niniejszego opracowania – nie będzie szerzej omówione.

⁶⁹ Uwaga jak w przypisie 68.

⁷⁰ P. Grzegorzczak, M. Jędrzejewska, *Komentarz do art. 7 k.p.c.* [w:] *Kodeks...*, red. T. Ereciński.

⁷¹ M. Sychowicz, R. Kułski, *Komentarz do art. 7 k.p.c.* [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Art. 1–205*, t. I, red. A. Marciniak, Legalis (el.) 2019, nb 26.

⁷² Zob. uwaga 59.

⁷³ Postanowienie SN z 14.02.1996 r., II CRN 201/95, LEX nr 24925.

„w sprawach cywilnych dotyczących naruszenia praw pacjenta”, a zatem ma on legitymację w tej sprawie⁷⁴.

Przed skorzystaniem ze swojej legitymacji procesowej RPP przeprowadza postępowanie wyjaśniające, podczas którego bada, czy w danej sprawie doszło do naruszenia praw pacjenta. Decyzja w powyższym zakresie zależy od uznania RPP, który nie jest związany wnioskiem „strony”. Należy przy tym zauważyć, że art. 55 u.p.p. wskazuje na wniosek „strony”. Rozwiązanie to należy uznać za błędne – ustawodawca prawdopodobnie miał na myśli stronę postępowania cywilnego, tymczasem w przypadku, gdy wniosek dotyczy żądania wszczęcia postępowania przez RPP nie można mówić o stronie postępowania, które nie zostało jeszcze zainicjonowane. Podzielając pogląd o konieczności rozumienia „strony” jako osoby, która będzie dopiero stroną postępowania sądowego z momentem wytoczenia powództwa przez RPP⁷⁵, należy postulować o doprecyzowanie przedmiotowego przepisu.

Pewne wskazówki co do przesłanek, którymi kieruje się RPP można znaleźć w sprawozdaniu z jego działalności za 2018 r.⁷⁶ Wynika z niego, że RPP korzysta ze swojej legitymacji jedynie wyjątkowo, na zasadzie subsydiarności, w szczególności gdy strona – pacjent – jest nieporadna, nie jest reprezentowana przez profesjonalnego pełnomocnika, jak również, gdy sprawa może mieć charakter precedensowy⁷⁷. Z tego samego sprawozdania wynika, że w 2018 r. toczyły się 42 sprawy z udziałem RPP, w tym 5 zainicjonowanych przez niego w tym roku, natomiast 4 takie, do których on przystąpił⁷⁸. Z kolei ze sprawozdania RPP z 2019 r. wynika, że w 2019 r. toczyło się 48 postępowań cywilnych z jego udziałem⁷⁹. Wśród 12 zakończonych, 7 było wszczętych przez RPP, w pozostałych wstąpił on do postępowania.

5.3. Rzecznik Praw Obywatelskich

Rzecznik Praw Obywatelskich jest kolejnym podmiotem, któremu przyznano legitymację procesową w celu ochrony cudzych praw podmiotowych. Jest to organ konstytucyjny, którego działalność regulują art. 208–212 Konstytucji RP oraz u.r.p.o.

Stosownie do art. 1 ust. 2 u.r.p.o., RPO stoi na straży wolności i praw człowieka i obywatela określonych w Konstytucji RP oraz w innych aktach normatywnych, w tym też na straży realizacji zasady równego traktowania. Zakres ten niewątpliwie

⁷⁴ Zob. J. Roszkiewicz, *Komentarz do art. 55 u.p.p.* [w:] *Ustawa...*, red. L. Bosek, nb 4. Odnośnie do prokuratury zob. J. Studzińska, *Udział prokuratora, Rzecznika Praw Obywatelskich i organizacji pozarządowych w postępowaniu nieprocesowym* [w:] *Postępowanie nieprocesowe*, red. J. Studzińska, E. Gapska, LEX/el. 2017. Odmienne: K. Gajda-Roszczyńska, *Między prokuratorem a organizacjami pozarządowymi – udział podmiotów innych niż materialnie uprawnione (uwagi de lege lata i de lege ferenda)* [w:] *Podmioty w postępowaniu cywilnym*, red. A. Markiewicz, A. Torbus. Autorka ta postuluje, aby w art. 55 u.p.p. zmienić sformułowanie „naruszenia praw pacjenta” na „ochrona praw pacjenta”, co umożliwiłoby objęcie przez RPP postępowań procesowych z zakresu ochrony zdrowia psychicznego, w których rozstrzyga się o jego przymusowym leczeniu. Wynika z tego, że – zdaniem autorki – *de lege lata* RPP nie ma legitymacji procesowej w tych sprawach.

⁷⁵ J. Roszkiewicz, *Komentarz...* [w:] *Ustawa...*, red. L. Bosek, nb 2.

⁷⁶ Sprawozdanie RPP dotyczące przestrzegania praw pacjenta na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w 2018 r., s. 67–68, <https://tiny.pl/76j2h> (dostęp: 20.11.2020 r.).

⁷⁷ O okazjonalnym korzystaniu przez RPP ze swojej legitymacji A. Augustynowicz, A. Budziszewska-Makulska, *Ustawa o prawach pacjenta i rzeczniku praw pacjenta – komentarz*, Warszawa 2010, s. 217.

⁷⁸ Sprawozdanie RPP..., s. 45–46.

⁷⁹ Sprawozdanie RPP dotyczące przestrzegania praw pacjenta na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w 2019 r., <https://www.gov.pl/web/rpp/sprawozdanie-za-2019-rok> (dostęp: 13.12.2021 r.), s. 45–46.

obejmuje także ochronę praw pacjentów, które mają swoje źródło w konstytucji, a w szczególności w jej art. 68 gwarantującym każdemu prawo do ochrony zdrowia⁸⁰. Powołanie RPP w celu ochrony tych praw nie powoduje, że są one wyłączone spod działania RPO.

Przepisem stanowiącym podstawę legitymacji procesowej RPO jest art. 14 pkt 4 u.r.p.o., w myśl którego po zbadaniu indywidualnej sprawy może on żądać wszczęcia postępowania w sprawach cywilnych, jak też wziąć udział w każdym toczącym się już postępowaniu – na prawach przysługujących prokuratorowi. Ustawodawca nie ograniczył spraw cywilnych, w których RPO może wziąć udział, dlatego zasadne jest przyjęcie, że jego legitymacja obejmuje każdą sprawę cywilną. Jest ona zatem o wiele szersza niż legitymacja RPP. Ocena RPO co do konieczności wzięcia udziału w danym postępowaniu pozostaje poza kontrolą sądu⁸¹. W doktrynie słusznie wskazuje się, że taka kontrola byłaby równoznaczna z naruszeniem niezawisłości i niezależności RPO przewidzianej wprost w art. 210 Konstytucji RP⁸². Niezależność RPO od innych organów oznacza, że żaden z nich nie może ani zakazać, ani nakazać mu czegokolwiek, co mieści się w zakresie jego konstytucyjnych zadań i określonych w ustawie kompetencji⁸³.

Rzecznik Praw Obywatelskich analogicznie jak prokurator oraz RPP może wnieść samodzielne oraz niesamodzielne powództwo, jak też wziąć udział w toczącym się postępowaniu. Ma on legitymację zarówno w postępowaniu procesowym, jak i nieprocesowym.

Z danych statystycznych dostępnych na stronie RPO wynika, że stosunkowo rzadko korzysta on ze swojej legitymacji w postępowaniu cywilnym. W 2019 r. 11-krotnie zażądał wszczęcia postępowania cywilnego⁸⁴, w 2018 r. – 3-krotnie⁸⁵, a w 2017 r. – 5-krotnie⁸⁶. Na podstawie dostępnych danych nie jest możliwe ustalenie, czy któraś z tych spraw dotyczyła praw pacjenta. Niemniej udało mi się znaleźć jedno orzeczenie⁸⁷, z którego uzasadnienia wynika, że RPO, działając w imieniu pacjentki, wniósł pozew o zasądzenie zadośćuczynienia za krzywdę spowodowaną bezprawnym i zawinionym naruszeniem jej praw pacjenta. Powyższa sprawa dotyczyła osoby niewidomej, której odmówiono realizacji świadczenia medycznego ze względu na towarzystwo psa asystującego.

Podsumowując, RPO ma legitymację procesową w sprawach dotyczących naruszenia praw pacjenta. Legitymacja ta jest szersza niż w przypadku RPP, ponieważ obejmuje każdą sprawę cywilną, a nie tylko *stricto* związaną z naruszeniem praw pacjenta. Oznacza

⁸⁰ M. Bartoszewicz, *Komentarz do art. 68 Konstytucji* [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. M. Haczkowska, LEX/el. 2014.

⁸¹ A. Zieliński, *Uczestnictwo rzecznika praw obywatelskich w postępowaniu cywilnym* [w:] *Aurea praxis. Aurea theoria. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Erecińskiego*, t. I, red. J. Gudowski, K. Weitz, LEX/el. 2011.

⁸² Zob. S. Trociuk, *Komentarz do art. 14 u.r.p.o.* [w:] *Rzecznik Praw Obywatelskich. Komentarz*, LEX/el. 2007; J. Świeca, *Komentarz do art. 14 u.r.p.o.* [w:] *Ustawa o Rzeczniku Praw Obywatelskich. Komentarz*, Legalis (el.) 2010.

⁸³ Wyrok TK z 19.10.2010 r., K 35/09, OTK 2010/8, poz. 77.

⁸⁴ Informacja o działalności RPO oraz o stanie przestrzegania wolności i praw człowieka i obywatela w roku 2019, <https://tiny.pl/76j8s>, s. 560 (dostęp: 14.12.2020 r.).

⁸⁵ Informacja o działalności RPO oraz o stanie przestrzegania wolności i praw człowieka i obywatela w roku 2018, <https://tiny.pl/76jsr>, s. 437 (dostęp: 14.12.2020 r.).

⁸⁶ Informacja o działalności RPO oraz o stanie przestrzegania wolności i praw człowieka i obywatela w roku 2017, <https://tiny.pl/76jsp>, s. 528 (dostęp: 14.12.2020 r.).

⁸⁷ Wyrok Sądu Okręgowego (dalej SO) w Krakowie z 27.03.2018 r., II Ca 2471/17, LEX nr 2579791.

to, że RPO może wytaczać powództwo mające podstawę nie tylko w u.p.p., ale także w przepisach k.c., w tym regulujących odpowiedzialność kontraktową oraz deliktową. Niemniej należy mieć na uwadze, że RPP jest podmiotem wyspecjalizowanym w ochronie praw pacjenta. Wydaje się zatem, że w tych przypadkach RPO powinien rozważyć, czy nie zwrócić się do RPP o podjęcie działań z zakresu jego kompetencji.

5.4. Rzecznik Praw Dziecka

Rzecznik Praw Dziecka podobnie jak RPO jest organem konstytucyjnym (art. 72 ust. 4 Konstytucji RP). Stoi on na straży praw dziecka określonych w konstytucji i Konwencji o prawach dziecka i innych przepisach prawa⁸⁸ (art. 1 ust. 2 u.r.p.d.)⁸⁹. Działa on na rzecz ochrony praw dziecka, w tym jego prawa do życia i ochrony zdrowia (art. 3 ust. 2 pkt 1 u.r.p.d.), a więc również jego praw jako pacjenta. Przykładem tego jest angażowanie się RPD w sprawy związane z pobieraniem przez szpitale opłat za pobyt przy łóżku chorego dziecka⁹⁰, czy dotyczące refundacji poszczególnych produktów leczniczych przeznaczonych dla małoletnich pacjentów⁹¹.

Rzecznik Praw Dziecka może żądać wszczęcia postępowania w sprawach cywilnych oraz wziąć udział w toczącym się już postępowaniu – na prawach przyśługujących prokuratorowi (art. 10 ust. 1 pkt 3 u.r.p.d.). Mając na uwadze zakres działalności RPD, należy uznać, że jego legitymacja obejmuje wyłącznie sprawy cywilne dotyczące ochrony praw dziecka⁹², do których należy zaliczyć również prawa dziecka jako pacjenta. Wynika z tego też, że przesłanką działania RPD jest konieczność ochrony praw dziecka. Należy przy tym zauważyć, że w u.r.p.d. zdefiniowano dziecko jako każdą istotę ludzką od poczęcia do osiągnięcia pełnoletności (art. 2 ust. 1 u.r.p.d.). W konsekwencji legitymacja RPD obejmuje sprawy związane z naruszeniem praw pacjentów będących nasciturusami⁹³.

W mojej ocenie sąd ma kognicję do zbadania, czy sprawa, w związku z którą RPD korzysta ze swojej legitymacji jest sprawą cywilną dotyczącą ochrony praw dziecka. Nie jest jednak uprawniony do badania co do faktycznego występowania przesłanki jego działania – konieczności ochrony praw dziecka. Nie ma na to wpływu fakt, że konstytucja nie wyposaża RPD, w przeciwieństwie do RPO – ani w przymiot niezawisłości, ani niezależności od innych organów państwowych⁹⁴. Niezależność RPD od innych organów państwowych została przewidziana wprost na poziomie ustawowym, w art. 7 u.r.p.d.⁹⁵ Z kolei analiza całości u.r.p.d. prowadzi do wniosku,

⁸⁸ Dz.U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526 ze zm.

⁸⁹ Na temat genezy RPD zob. D. Górecki, *Rzecznik Praw Dziecka* [w:] *Sześć lat Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Doświadczenia i inspiracje*, red. L. Garlicki, A. Szmyt, Warszawa 2003, s. 91–94; P.J. Jaros, *Rzecznik Praw Dziecka w Polsce. Ukształtowanie Rzecznika Praw Dziecka w Polsce, jako organu państwowego. Komentarz do ustawy o Rzeczniku Praw Dziecka*, Warszawa 2013, s. 11–62.

⁹⁰ Informacja o działalności RPD za rok 2017, <https://tiny.pl/74w6k>, s. 21 (dostęp: 14.12.2020 r.).

⁹¹ Informacja o działalności RPD za rok 2017..., s. 34.

⁹² Zob. M. Dziurda, *Ograniczenia przedmiotowe* [w:] *Szczególna zdolność sądowa*, LEX/el. 2019. Odmienne: P.J. Jaros, *Rzecznik...*, s. 144, który z odesłania do stosowania przepisów o prokuraturze wywodzi, że RPD ma legitymację procesową w każdej sprawie cywilnej za wyjątkiem spraw niemajątkowych z zakresu prawa rodzinnego. W tych przypadkach ma on legitymację tylko wówczas, gdy ustawa tak stanowi.

⁹³ D. Górecki, *Rzecznik...* [w:] *Sześć lat...*, s. 95.

⁹⁴ Jak już wyjaśniono, to właśnie z przymiotu niezawisłości RPO wywodzi się tezę o tym, że jego ocena co do konieczności wzięcia udziału w danym postępowaniu pozostaje poza kontrolą sądu.

⁹⁵ D. Górecki, *Rzecznik...* [w:] *Sześć lat...*, s. 94.

że został on wyposażony również w przymiot niezawisłości oznaczającej możliwość działania według własnego przekonania, bez bezpośrednich i pośrednich nacisków⁹⁶.

Rzecznik Praw Dziecka podejmuje działania przewidziane w u.r.p.d., w tym korzysta ze swojej legitymacji w postępowaniu cywilnym, z własnej inicjatywy na podstawie informacji pochodzących od obywateli lub ich organizacji, wskazujących na naruszanie praw lub dobra dziecka (art. 9 ust. 1 u.r.p.d.). Pomimo że RPD – w porównaniu do innych rzeczników – stosunkowo często korzysta ze swojej legitymacji, to spośród 321 spraw sądowych, w których brał on udział w 2017 r., żadna z nich nie dotyczyła praw pacjenta⁹⁷.

5.5. Organizacje pozarządowe

Organizacjami pozarządowymi są podmioty podlegające wpisowi w Krajowym Rejestrze Sądowym w ramach rejestru stowarzyszeń, innych organizacji społecznych i zawodowych, fundacji oraz publicznych zakładów opieki zdrowotnej, jeśli nie należą one do sektora finansów publicznych⁹⁸. Do organizacji pozarządowych niewątpliwie zaliczają się stowarzyszenia oraz fundacje związane z ochroną praw pacjenta.

Organizacje pozarządowe posiadają legitymację procesową zarówno do dochodzenia cudzych praw podmiotowych, a więc przyznaną na podstawie przepisu prawa, jak i legitymację na podstawie twierdzeń o byciu podmiotem prawnie chronionych sytuacji prawnych. Przedmiotem dalszej analizy będzie wyłącznie legitymacja przysługująca na pierwszej podstawie.

Legitymacja ta została przewidziana w art. 8 w zw. z art. 61 k.p.c. Udział organizacji pozarządowych w postępowaniu cywilnym regulują też art. 62–63 k.p.c. *Ratio legis* przyznania legitymacji procesowej organizacjom pozarządowym jest uzasadnione ułatwieniem sądowego dochodzenia roszczeń podmiotom, które są uznawane za „strukturalnie słabsze”, ewentualnie ułatwieniem realizacji określonych uprawnień, które są uzasadnione interesem ogólnym⁹⁹.

Legitymacja procesowa została przyznana wyłącznie organizacjom pozarządowym nieprowadzącym działalności gospodarczej (art. 8 k.p.c.). W przeciwieństwie do prokuratora, organizacja pozarządowa może wszcząć postępowanie oraz wziąć udział w toczącym się postępowaniu wyłącznie w przypadkach przewidzianych w ustawie (art. 8 k.p.c.). Może ona skorzystać ze swojej legitymacji wówczas, gdy wymaga tego ochrona praw obywateli. Wykładnia funkcjonalna art. 8 k.p.c. prowadzi do wniosku, że poza kognicją sądu jest ocena, czy udział organizacji pozarządowej faktycznie uzasadniony jest ochroną praw obywateli¹⁰⁰. Posiada ona legitymację do wniesienia niesamodzielnego powództwa, wówczas stosuje się do niej przepisy o prokuratorze wytaczającym powództwo na rzecz oznaczonej

⁹⁶ P.J. Jaros, *Rzecznik...*, s. 115.

⁹⁷ Informacja o działalności Rzecznika Praw Dziecka za rok 2017, s. 610 i n. Rzecznik Praw Dziecka nie przedłożył sprawozdania ze swojej działalności za 2018 r. Z kolei w sprawozdaniu z 2019 r. RPD nie zawarł informacji odnośnie do poszczególnych spraw sądowych, w których brał on udział.

⁹⁸ K. Flaga-Gieruszyńska, *Komentarz do art. 61 k.p.c.* [w]: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. A. Zieliński, Legalis (el.) 2017.

⁹⁹ P. Grzegorzczak, *Legitymacja...*, s. 26.

¹⁰⁰ M. Maciejewska-Szałas, *Organizacje pozarządowe i formy ich uczestnictwa w postępowaniu cywilnym*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2017/2, s. 128.

osoby, z wyjątkiem art. 58 zd. drugie k.p.c. (art. 62 § 1 k.p.c.). Może również przystąpić do toczącego się postępowania – w tym przypadku stosuje się przepisy o interwencji ubocznej niesamoistnej (art. 62 § 1 k.p.c.). Legitymacja procesowa organizacji pozarządowej obejmuje postępowanie procesowe, nieprocesowe, egzekucyjne oraz zabezpieczające.

Legitymacja procesowa organizacji pozarządowych została ograniczona pod względem podmiotowym oraz przedmiotowym.

Odnosnie do pierwszego ograniczenia – organizacja pozarządowa może w postępowaniu cywilnym dochodzić praw wyłącznie osób fizycznych. Wynika to z wykładni art. 61 § 1–2 k.p.c., które stanowią, że organizacja pozarządowa do wytoczenia powództwa oraz do przystąpienia do postępowania musi uzyskać zgodę osoby fizycznej. Z kolei ograniczenie przedmiotowe związane jest ze wskazanym w art. 61 § 1 k.p.c. katalogiem spraw, w których organizacja pozarządowa ma legitymację. Należą do nich sprawy o:

- 1) alimenty;
- 2) ochronę środowiska;
- 3) ochronę konsumentów;
- 4) ochronę praw własności przemysłowej;
- 5) ochronę równości oraz niedyskryminacji przez bezpodstawne bezpośrednie lub pośrednie zróżnicowanie praw i obowiązków obywateli.

Zajmowanie się powyższymi sprawami powinno należeć do zadań statutowych tej organizacji.

Ponadto organizacja pozarządowa – stosownie do art. 61 § 3 k.p.c. – za zgodą jej członka będącego osobą fizyczną-przedsiębiorcą wyrażoną na piśmie, może na jego rzecz wytoczyć powództwo lub przystąpić do niego w toczącym się postępowaniu w sporze z innym przedsiębiorcą o roszczenia wynikające z prowadzonej działalności gospodarczej.

Z powyższego wynika, że warunkiem uzyskania przez organizację pozarządową legitymacji procesowej we wszystkich tych sprawach jest uzyskanie zgody na wytoczenie powództwa lub przystąpienia do postępowania. Należy się zgodzić z poglądem, że jej niedołączenie do pozwu lub pisma procesowego nie stanowi braku formalnego usuwalnego w trybie art. 130 k.p.c., lecz świadczy o nieposiadaniu legitymacji procesowej¹⁰¹.

Zgodnie z utrwalonym, słusznym poglądem doktryny sąd w przypadku organizacji pozarządowej weryfikuje, czy prowadzi ona działalność gospodarczą, czy przedmiot sporu dotyczy jednej ze spraw wskazanych w art. 61 § 1, § 3 k.p.c. oraz czy należą one do jej zadań statutowych¹⁰².

¹⁰¹ Zob. J. Jagieła, *Zgoda osoby fizycznej na wszczęcie postępowania i przystąpienie do niej przez organizację pozarządową*, „Przegląd Sądowy” 2015/2, s. 14; E. Rudkowska-Ząbczyk, *Komentarz do art. 61 k.p.c.* [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. E. Marszałkowska-Krześ, Legalis (el.) 2020, nb 11. Odmienne: J. Kaczyński, M. Sorysz, *Komentarz do art. 61 k.p.c.* [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Art. 1–424*¹², t. I A, red. A. Góra-Błaszczykowska, nb 4; A. Kościółek, *Udział organizacji pozarządowych w postępowaniu cywilnym w świetle nowelizacji KPC z 16.9.2011 r.*, „Monitor Prawniczy” 2012/21, s. 1135.

¹⁰² M. Maciejewska-Szałas, *Organizacje...*, s. 128; J. Jagieła, *Udział organizacji pozarządowych w postępowaniu cywilnym dla ochrony praw obywateli*, „Zeszyty Naukowe Instytutu Administracji, Akademia im. J. Długosza w Częstochowie” 2014/1(9), s. 40–41, <https://tiny.pl/769b1> (dostęp: 16.12.2020 r.).

W katalogu z art. 61 § 1 k.p.c. nie wskazano sprawy o ochronę praw pacjentów. Mając na uwadze jego zamknięty charakter, zasadne wydaje się dokonanie analizy, czy mimo to sprawa ta może zostać zaliczona do którejś ze spraw w nim wymienionych. *Prima facie* mogą to być sprawy o ochronę konsumentów (pkt 3) oraz o ochronę równości oraz niedyskryminacji przez bezpodstawne bezpośrednie lub pośrednie różnicowanie praw i obowiązków obywateli (pkt 5).

Odnosząc się do pierwszej sprawy – zgodnie z art. 27¹ k.c. konsumentem jest osoba fizyczna dokonująca z przedsiębiorcą czynności prawnej niezwiązanej bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub zawodową. O ile nie budzi wątpliwości, że pacjent korzystając z usług medycznych, nie czyni tego w związku ze swoją działalnością gospodarczą lub zawodową, o tyle wątpliwości może budzić status podmiotów udzielających świadczenia zdrowotne. Część z nich nie prowadzi działalności gospodarczej, a zatem nie może być uznane za przedsiębiorcę w rozumieniu art. 4 ustawy z 6.03.2018 r. – Prawo przedsiębiorców¹⁰³. Dotyczy to podmiotów udzielających świadczenia zdrowotne finansowane ze środków publicznych, w tym samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej. Odwołanie się do definicji przedsiębiorcy zawartej w u.p.p. oznaczałoby konieczność uznania, że pacjenci korzystający z ich usług nie są konsumentami. W mojej ocenie byłoby to bezpodstawne różnicowanie statusu pacjentów ze względu na to, czy korzystają ze świadczeń zdrowotnych finansowanych publicznie czy prywatnie. Korzystający z tych pierwszych, w związku z nieposiadaniem statusu konsumenta, byłiby w gorszej sytuacji prawnej. Dlatego też w mojej ocenie należy odwołać się do szerszej definicji przedsiębiorcy zawartej w art. 4 pkt 1 ustawy z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów¹⁰⁴, stosownie do której jest nim, oprócz przedsiębiorcy w rozumieniu pr.p., również osoba fizyczna, osoba prawna, a także jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizująca lub świadcząca usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów pr.p.¹⁰⁵ W konsekwencji konsumentem jest każdy pacjent, niezależnie od źródła finansowania udzielanych mu świadczeń zdrowotnych. Na status konsumenta nie ma wpływu to, że spod działania ustawy z 30.05.2014 r. o prawach konsumenta¹⁰⁶ wyłączono umowy dotyczące usług zdrowotnych (art. 3 ust. 1 pkt 7). Wyłączenie to nie oznacza, że pacjent przestaje być konsumentem. Analizując przedmiotowe zagadnienie, należy jednak mieć na uwadze, że osobie korzystającej ze świadczeń zdrowotnych przysługują zarówno prawa wynikające z jej statusu pacjenta, jak i prawa wynikające z jej statusu konsumenta. Prawa te nie są jednak tożsame, chociaż w poszczególnych przypadkach mogą być one bardzo zbliżone (np. obowiązek informacyjny względem pacjenta-konsumenta). Mając to na uwadze zasadne wydaje się uznanie, że sprawy o ochronę konsumentów (art. 61 § 1 pkt 3 k.p.c.) obejmują również sprawy osób korzystających ze świadczeń zdrowotnych, ale tylko w zakresie praw, które wynikają

¹⁰³ Tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 162 – dalej pr.p.

¹⁰⁴ Dz.U. z 2020 r. poz. 1076 ze zm. – dalej u.o.k.k.

¹⁰⁵ Zob. A. Balmas, *Publiczna ochrona praw pacjentów*, „Państwo i Prawo” 2016/4, s. 23 i n.; E. Łętowska, *Pacjent staje się konsumentem usług medycznych*, „Rzeczpospolita” z 25.11.1998 r., <https://archiwum.rp.pl/artukul/202296-Pacjent-staje-sie-konsumentem-uslug-medycznych.html> (dostęp: 16.12.2020 r.).

¹⁰⁶ Dz.U. z 2020 r. poz. 287.

z ich statusu konsumenta, a nie pacjenta. W sytuacji, gdy podstawą dochodzenia roszczeń jest art. 4 ust. 1 u.p.p., organizacja pozarządowa zajmująca się ochroną praw konsumentów nie ma legitymacji procesowej. Przepis ten dotyczy *stricto* naruszenia praw pacjenta, a nie praw konsumenta. Natomiast nie ma przeszkód, aby powyższa organizacja pozarządowa wniosła na rzecz pacjenta powództwo (czy też wstąpiła do postępowania), jeśli będzie ono związane z naruszeniem jego praw jako konsumenta.

Odnosnie do drugiej sprawy – nie powinno budzić wątpliwości, że w związku z udzielaniem świadczeń zdrowotnych może dojść do dyskryminacji poszczególnych grup pacjentów, np. ze względu na ich płeć, pochodzenie czy orientację seksualną. Nie powinno również budzić wątpliwości, że prawa pacjenta są prawami obywatelskimi. Stosownie do art. 68 ust. 1 Konstytucji RP każdy ma prawo do ochrony zdrowia. Z kolei w myśl art. 68 ust. 2 Konstytucji RP władza publiczna powinna zapewnić obywatelom – niezależnie od ich sytuacji materialnej – równy dostęp do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych. Biorąc powyższe pod uwagę, należy uznać, że organizacja pozarządowa zajmująca się ochroną praw pacjenta może wytoczyć powództwo lub przystąpić do toczącego się postępowania, którego przedmiotem jest roszczenie wynikające z naruszenia praw pacjenta, jeśli naruszenie to związane jest z naruszeniem zasady równości czy dyskryminacją pacjentów.

W mojej ocenie zasadny wydaje się postulat *de lege ferenda* o rozszerzenie katalogu z art. 61 § 1 k.p.c. o sprawy związane z ochroną praw pacjenta. Pacjenci w sporze z podmiotami udzielającymi świadczenia zdrowotne są stroną „strukturalnie słabszą”. Wydaje się zresztą, że to właśnie organizacje pozarządowe powinny wykazywać się największą aktywnością w tym zakresie. Uregulowanie ich udziału w postępowaniu cywilnym, a zwłaszcza wymóg uzyskania zgody osoby zainteresowanej, pozostaje w zgodzie z podstawowymi zasadami postępowania cywilnego, w tym z zasadą dyspozycyjności oraz kontrydiktoryjności.

5.6. Powiatowy rzecznik konsumentów

Powiatowy rzecznik konsumentów jest kolejnym podmiotem legitymowanym do dochodzenia cudzych praw podmiotowych. Jego udział w postępowaniu cywilnym został uregulowany w art. 63³–63⁴ k.p.c., natomiast jego status w art. 39–43 u.o.k.k. Z art. 63³ k.p.c. wynika, że ma on legitymację w sprawach o ochronę konsumentów. W mojej ocenie zakres powyższych spraw powinien być interpretowany analogicznie jak w przypadku art. 61 § 1 pkt 3 k.p.c. W konsekwencji nie ma on legitymacji w sprawach dotyczących naruszenia praw pacjenta (art. 4 ust. 1 u.p.p.). Niemniej – analogicznie do organizacji pozarządowej – ma on legitymację w sprawach dotyczących naruszenia praw konsumenta, które przysługują pacjentowi w związku z udzielaniem mu świadczeń zdrowotnych.

6. SKUTKI BRAKU LEGITYMACJI PROCESOWEJ

Ze względu na ramy niniejszego opracowania brak jest możliwości omówienia wszystkich kwestii związanych ze stwierdzeniem przez sąd braku legitymacji czynnej. W związku z powyższym, poniżej skupię się jedynie na najważniejszych aspektach

tego zagadnienia. Z tej samej przyczyny zostanie pominięta kwestia braku legitymacji w postępowaniu nieprocesowym.

Na początku rozważań chciałbym zauważyć, że nie będą się one odnosiły do prokuratora oraz RPO, ponieważ, jak wynika z przeprowadzonej analizy, mają oni legitymację procesową – w zasadzie – w każdej sprawie cywilnej, a sąd nie jest uprawniony do oceny faktycznego występowania przesłanek uzasadniających ich działanie.

Określenie skutków braku legitymacji procesowej uzależnione jest od przyjętego wcześniej rozumienia pojęcia legitymacji procesowej. Zwolennicy dychotomicznej koncepcji legitymacji procesowej wskazują, że brak legitymacji materialnej powinien prowadzić do oddalenia pozwu, natomiast brak legitymacji formalnej – do jego odrzucenia¹⁰⁷. Z kolei zwolennicy jednolitej koncepcji legitymacji procesowej wskazują, że jednolity jest też skutek jej braku, niezależnie od tego, czy przysługuje ona na podstawie przepisów prawa czy na podstawie wysuwanych twierdzeń¹⁰⁸. Niemniej również w tym przypadku nie ma zgody co do tego, czy sąd powinien pozew odrzucić¹⁰⁹ czy oddalić¹¹⁰. Zwolennicy pierwszego poglądu wskazują, że sąd w wyroku orzeka o zasadności żądania powoda¹¹¹. Tymczasem przeszkodą do zbadania tej kwestii jest występowanie po stronie powodowej/pozwanej niewłaściwego podmiotu. Okoliczność ta stanowi zatem przeszkodę do wydania wyroku, a więc – zdaniem zwolenników tej koncepcji – powinna być traktowana analogicznie do pozostałych okoliczności, które świadczą o niedopuszczalności jego wydania¹¹². Zastosowanie będzie miał zatem w tym przypadku *analogia legis* art. 199 k.p.c.¹¹³ Jednym z głównych argumentów przeciwników odrzucenia pozwu jest to, że w k.p.c. zawarto zamknięty katalog przesłanek uzasadniających odrzucenie pozwu¹¹⁴. Do przesłanek tych nie zaliczono braku legitymacji procesowej.

Zgadzam się z poglądem, że brak legitymacji procesowej jest przeszkodą do wydania wyroku, co powinno skutkować – przy zastosowaniu *per analogiam* art. 199 k.p.c. – odrzuceniem pozwu. Niemniej należy mieć na uwadze, że wykładnia prowadząca do ograniczenia prawa do sądu gwarantowanego w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP ma charakter niekonstytucyjny, a zatem jest niedopuszczalna. Odrzucenie pozwu stanowi tymczasem w ogóle odmowę udzielenia ochrony sądowej¹¹⁵. Każdy sąd orzekający ma obowiązek stosować wykładnię prokonstytucyjną¹¹⁶. Oznacza

¹⁰⁷ G. Jędrejek, *Skutki braku legitymacji procesowej* [w:] *Legitymacja...*

¹⁰⁸ P. Grzegorzczak, *Legitymacja...*, s. 30.

¹⁰⁹ Z. Resich, *Podmioty procesu w nowym k.p.c.*, „Państwo i Prawo” 1966/2, s. 143; J. Jagiela, *Udział...*, s. 42–43; J. Jodłowski, *Postępowanie...*, s. 207; R. Obrębski, *Zarys istoty legitymacji w procesie cywilnym*, „Polski Proces Cywilny” 2017/4, s. 500.

¹¹⁰ T. Misiuk, *Udział organizacji społecznych w ochronie praw obywateli w sądowym postępowaniu cywilnym*, Warszawa 1972, s. 634–635; K. Gajda-Roszczyńska, *Ocena warunków udziału organizacji społecznych (pozarządowych) w sprawach o ochronę indywidualnych interesów (praw) konsumentów w kontekście pozycji procesowej organizacji* [w:] *Sprawy o ochronę indywidualnych interesów konsumentów w postępowaniu cywilnym*, LEX/el. 2012; W. Broniewicz, *Legitymacja...*, s. 118.

¹¹¹ P. Grzegorzczak, *Legitymacja...*, s. 33.

¹¹² P. Grzegorzczak, *Legitymacja...*, s. 33.

¹¹³ Analogicznie odnośnie do braku posiadania interesu prawnego w przypadku powództwa opartego na art. 189 k.p.c. – K. Weitz, *Charakter interesu prawnego jako przesłanki powództwa o ustalenie* (art. 189 k.p.c.), „Przegląd Sądowy” 2018/7–8, s. 28.

¹¹⁴ T. Misiuk, *Udział...*; K. Gajda-Roszczyńska, *Ocena...* [w:] *Sprawy...*; W. Broniewicz, *Legitymacja...*, s. 118.

¹¹⁵ P. Pogonowski, *Realizacja prawa do sądu w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2006, s. 27–28.

¹¹⁶ Wyrok SN z 2.04.2009 r., IV CSK 485/08, LEX nr 550930.

to, że jeżeli w wyniku zastosowania analogii dochodzi do odmowy udzielenia ochrony sądowej, to należy uznać, iż jest ona niedopuszczalna. Dlatego – w mojej ocenie – jej zastosowanie możliwe jest wyłącznie w odniesieniu do pozwu RPP, RPD, organizacji pozarządowej oraz powiatowego rzecznika praw konsumenta, którzy wnosząc go nie realizują swojego prawa do sądu określonego w art. 45 Konstytucji RP. Nie dochodzi również w tym przypadku do ograniczenia prawa do sądu osób, na rzecz których wnoszony jest pozew. Odmienne sytuacja występuje w przypadku osób fizycznych, osób prawnych prawa prywatnego¹¹⁷, a także innych jednostek organizacyjnych funkcjonujących w sferze prawa prywatnego, do których odnosi się wspomniany art. 45 ust. 1. Wnosząc pozew, nawet jeżeli wynika z niego, że nie mają oni legitymacji procesowej, to jednak korzystają oni z prawa do sądu, a zatem wykładnia *per analogiam* prowadząca do odmowy udzielenia im ochrony sądowej jest niedopuszczalna. W powyższej sytuacji – w mojej ocenie – sąd powinien pozew oddalić.

Odnosząc się jeszcze do pozwu wniesionego przez RPP, RPD oraz powiatowego rzecznika praw konsumenta, należy też zauważyć, że jedną z przesłanek jego odrzucenia może być brak posiadania zdolności sądowej powoda (art. 199 § 1 pkt 3 k.p.c.). Przepisy, które są źródłem legitymacji procesowej powyższych podmiotów są jednocześnie źródłem ich zdolności sądowej¹¹⁸. Jest to szczególna zdolność sądowa – ponieważ przysługuje wyłącznie w określonych kategoriach spraw cywilnych¹¹⁹. Wykroczenie poza te granice sprawia, że podmioty te nie mają zdolności sądowej, a tym samym ich pozew powinien podlegać odrzuceniu na podstawie art. 199 § 1 pkt 3 k.p.c.¹²⁰

Oddzielnym zagadnieniem jest ustalenie skutków stwierdzenia przez sąd braku legitymacji poszczególnych podmiotów do przystąpienia do toczącego się już postępowania. Zasadne jest przy tym dokonanie odrębnej analizy w stosunku do organizacji pozarządowej oraz do pozostałych podmiotów, tj. RPD, RPP oraz powiatowego rzecznika konsumenta.

Odnosząc się do organizacji pozarządowej należy zauważyć, że wstępując do postępowania nie staje się ona jego stroną, lecz uczestnikiem postępowania, do którego – na podstawie art. 62 § 2 k.p.c. – stosuje się do przepisy o interwencji ubocznej niesamoistnej. Nie można zatem mówić o braku legitymacji procesowej organizacji pozarządowej, ponieważ jest to przymiot strony postępowania. Wydaje się, że, analogicznie jak w przypadku interwenienta ubocznego, sąd stwierdzając brak uprawnienia organizacji pozarządowej do przystąpienia do sprawy – na podstawie art. 78 § 1 w zw. z art. 62 § 2 k.p.c. – powinien wydać postanowienie o odmowie jej dopuszczenia do udziału w sprawie¹²¹.

Analizując sytuację pozostałych podmiotów należy zwrócić uwagę, że wymóg posiadania zdolności sądowej dotyczy wszystkich uczestników postępowania, w tym również wstępujących do niego. Jak już wyjaśniono, powiatowy rzecznik

¹¹⁷ Wyrok TK z 30.10.2012 r., SK 20/11, OTK 2012/9, poz. 110.

¹¹⁸ Dotyczy to również RPO oraz prokuratura, niemniej, jak już wyjaśniono wcześniej, mają oni legitymację procesową w zasadzie w każdej sprawie cywilnej. Tym samym w tych sprawach mają oni też szczególną zdolność sądową.

¹¹⁹ R. Obrębski, *Zarys...*, s. 480.

¹²⁰ R. Obrębski, *Zarys...*, s. 480.

¹²¹ Zob. J. Jagieła, *Zgoda...*, s. 16.

konsumenta, RPP i RPD mają szczególną zdolność sądową – przyznaną wyłącznie w określonych kategoriach spraw cywilnych. Wstępując do postępowań dotyczących innych spraw nie mają oni szczególnej zdolności sądowej. Ich oświadczenie o wstąpieniu do nich nie wywołuje skutków prawnych, a zatem sąd powinien wydać postanowienie o niedopuszczeniu ich do udziału w sprawie.

7. ZAKOŃCZENIE

Na podstawie dokonanej analizy możliwe było ustalenie kręgu podmiotów mających legitymację w sprawach dotyczących naruszenia praw pacjenta.

W pierwszej kolejności wyjaśniono, czym są prawa pacjenta oraz przedstawiono ogólną charakterystykę legitymacji procesowej. Wskazano, że może mieć ona swoje źródło albo w twierdzeniach powoda o byciu podmiotem prawnie chronionych sytuacji prawnych, albo w przepisie prawa – jest ona wówczas przyznawana niezależnie od twierdzeń powoda.

Zaznaczono, że w pierwszym przypadku o posiadaniu legitymacji świadczy samo przytoczenie tych twierdzeń przez powoda, a nie ich prawdziwość. Dotyczy to sytuacji, w której to sam pacjent lub jego osoba bliska będzie domagała się zadośćuczynienia pieniężnego w związku z naruszeniem praw pacjenta. Niemniej wskazano, jakie wątpliwości mogą się pojawić przy rozpoznawaniu tego rodzaju spraw. Związane są one przede wszystkim z definicją legalną pacjenta zawartą w u.p.p. Jako ich przykłady wymieniono trudności w ustaleniu statusu osób poddawanych badaniom na potrzeby postępowania karnego i cywilnego, nasciturusa oraz jego rodziców.

Odnosząc się do drugiego źródła legitymacji – wskazano, że jest ona przyznawana w celu dochodzenia przed sądem cudzych praw. Do podmiotów mających legitymację na powyższej podstawie zaliczono: prokuratora, RPP, RPO, RPD, organizację pozarządową oraz powiatowego rzecznika konsumenta. Ustalono, że wśród nich legitymację do dochodzenia roszczeń związanych z naruszeniem praw pacjenta mają: prokurator, RPP, RPO, RPD oraz organizacje pozarządowe. Wskazano przy tym, że legitymacja dwóch ostatnich została ograniczona. W przypadku RPD – do dochodzenia roszczeń związanych z naruszeniem praw pacjentów będących – w świetle u.r.p.d. – dziećmi. Natomiast w stosunku do organizacji pozarządowych – do dochodzenia roszczeń związanych z naruszeniem praw pacjenta, jeśli związane jest ono z naruszeniem zasady równości lub dyskryminacją pacjentów. Wyjaśniono też, że organizacje pozarządowe oraz powiatowy rzecznik konsumentów mają legitymację do dochodzenia roszczeń związanych z naruszeniem praw konsumenckich pacjentów.

W kolejnej części niniejszego opracowania wskazano skutki stwierdzenia przez sąd braku legitymacji procesowej. Wyjaśniono przy tym, że sytuacja ta nie będzie występować w przypadku prokuratora oraz RPO, ponieważ mają oni legitymację procesową w zasadzie w każdej sprawie cywilnej, a sąd nie ma kognicji do oceny faktycznego występowania przesłanek uzasadniających ich działanie.

W odniesieniu do RPD, RPP, organizacji pozarządowej oraz powiatowego rzecznika konsumenta wyjaśniono, że w przypadku stwierdzenia braku ich legitymacji

procesowej do wniesienia pozwu sąd powinien go odrzucić stosując – *per analogiam* – art. 199 k.p.c. Natomiast w przypadku osób fizycznych, osób prawnych prawa prywatnego, a także innych jednostek organizacyjnych funkcjonujących w sferze prawa prywatnego wyjaśniono, że ze względu na brak możliwości dokonania wykładni, która prowadziłaby do odmowy udzielenia im ochrony sądowej sąd powinien pozew oddalić. Omówiono również skutki stwierdzenia przez sąd brak legitymacji poszczególnych podmiotów do przystąpienia do toczącego się już postępowania. Wskazano, że organizacja pozarządowa wstępując do postępowania nie staje się jego stroną, lecz uczestnikiem postępowania, do którego stosuje się odpowiednio przepisy o interwencji ubocznej niesamoistnej. W tym przypadku nie można zatem mówić o braku jej legitymacji procesowej, ponieważ stanowi to przymiot strony postępowania. Jeśli sąd uzna, że udział organizacji pozarządowej jest niedopuszczalny ze względu na brak uzyskania zgody strony postępowania lub z uwagi na przedmiot postępowania, wówczas powinien wydać postanowienie o odmowie jej dopuszczenia do postępowania. W odniesieniu natomiast do powiatowego rzecznika konsumenta, RPP i RPD wyjaśniono, że wymóg posiadania zdolności sądowej dotyczy każdego uczestnika postępowania, w tym wstępującego do niego. Wskazano, że powyższe podmioty posiadają zdolność sądową w określonych kategoriach spraw cywilnych. Wstępując do postępowań dotyczących innych spraw nie mają oni szczególnej zdolności sądowej. W tym przypadku sąd powinien wydać postanowienie o niedopuszczeniu ich do udziału w sprawie.

Odnosząc się do tak ustalonego kręgu podmiotów mających legitymację procesową w sprawach cywilnych związanych z naruszeniem praw pacjenta – należy postulować, aby w postępowaniu cywilnym, mając na uwadze jego podstawowe zasady, tj. zasady kontrydiktoryjności oraz dyspozycyjności, ograniczyć rolę prokuratora oraz rzeczników w tym postępowaniu. Dotyczy to przede wszystkim możliwości wnoszenia niesamodzielných powództw oraz możliwości przystąpienia do toczących się postępowań, bez konieczności uzyskiwania zgód osób zainteresowanych. Należy się zgodzić z formułowanymi w doktrynie – w odniesieniu do rzeczników – postulatami, aby ich rolę ograniczyć do *amicus curiae*, a więc przede wszystkim do przedstawienia poglądu w sprawie¹²². Dotyczy to także prokuratora, którego szeroka legitymacja procesowa budzi wątpliwości w doktrynie, gdzie postuluje się o ograniczenie jego udziału w postępowaniu cywilnym¹²³. Należy bowiem pamiętać, że aktualny model działania prokuratora ma swoje źródło w poglądach na prokuraturę, postępowanie cywilne i rolę państwa w ochronie praw obywateli głoszonych w latach 40. i 50. XX w.¹²⁴ Pozytywnie należy natomiast odnieść się do przyznania legitymacji procesowej organizacjom pozarządowym. Uregulowanie ich udziału w postępowaniu, a zwłaszcza konieczność uzyskania zgody osoby zainteresowanej oraz pomocnicze stanowisko względem strony postępowania, pozostają w zgodzie z podstawowymi zasadami postępowania cywilnego.

¹²² K. Gajda-Roszczyńska, *Miedzy prokuratorem...* [w:] *Podmioty...*, s. 205.

¹²³ K. Gajda-Roszczyńska, *Miedzy prokuratorem...* [w:] *Podmioty...*, s. 182 i przywołane tam poglądy doktryny.

¹²⁴ P. Pogonowski, *Komentarz do art. 7 k.p.c.* [w:] *Kodeks...*, t. I, red. H. Dolecki, T. Wiśniewski.

Summary

Filip Manikowski, *Locus Standi to Sue in the Event of Pursuing Claims Related to Violations of Patient Rights*

The article discusses locus standi in civil cases involving violations of patient rights. This analysis concerns the patient, his/her relatives, the prosecutor, the Patient's Rights Ombudsman, the Citizen's Rights Ombudsman, the Children Ombudsman, non-governmental organizations and poviát (county) consumer ombudsmen. On its basis, it is possible to determine the group of entities having locus standi to sue in the above cases, as well as to determine the consequences of the court finding lack of locus standi.

Keywords: locus standi to sue, patient rights, civil proceedings

Streszczenie

Filip Manikowski, *Legitymacja procesowa w przypadku dochodzenia roszczeń przez pacjenta*

W artykule omówiono legitymację procesową w sprawach cywilnych dotyczących naruszenia praw pacjenta. Analiza ta dotyczyła pacjenta, jego osób bliskich, prokuratora, Rzecznika Praw Pacjenta, Rzecznika Praw Obywatelskich, Rzecznika Praw Dziecka, organizacji pozarządowych oraz powiatowych rzeczników konsumenta. Na jej podstawie możliwe było ustalenie kręgu podmiotów mających legitymację w powyższych sprawach oraz określenie skutków, z jakimi wiąże się stwierdzenie przez sąd jej braku.

Słowa kluczowe: legitymacja procesowa, prawa pacjenta, postępowanie cywilne

Literatura:

1. Augustynowicz A., Budziszewska-Makulska A., *Ustawa o prawach pacjenta i rzeczniku praw pacjenta – komentarz*, Warszawa 2010.
2. Balmas A., *Publiczna ochrona praw pacjentów*, Państwo i Prawo 2016, z. 4.
3. Bartoszewicz M., *Komentarz do art. 68 Konstytucji [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz.*, red. M. Haczkowska, LEX/el. 2014.
4. Bodio J., *Status nasciturusa w postępowaniu cywilnym [w:] Ius est a iustitia appellatum. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Wiśniewskiemu*, red. T. Ereciński, J. Gudowski, M. Pazdan, M. Tomalak, Warszawa 2017.
5. Borysiak W., Bosek L., Gałazka M., *Status pacjenta [w:] Instytucje Prawa Medycznego. System Prawa Medycznego*, t. 1, red. M. Safjan, L. Bosek, Legalis (el.) 2018.
6. Borysiak W., Bosek L., Salbut K., *Komentarz do art. 4 u.p.p. [w:] Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, red. L. Bosek, Legalis (el.) 2020.
7. Broniewicz W., *Legitymacja procesowa*, Łódź 1963.
8. Broniewicz W., *Glosa do uchwały SN z dnia 1 grudnia 1987 r., III CZP 71/87*, Orzecnictwo Sądów Polskich 1990, nr 11–12.
9. Czarnik Z., Gajda J., *Ochrona prawna dziecka poczętego in vitro i pozostającego poza organizmem matki (uwagi de lege lata i de lege ferenda)*, Nowe Prawo 1990, nr 10–12.
10. Drozdowska U., *Cywilnoprawna ochrona praw człowieka*, Warszawa 2007.
11. Dyoniak A., *Pozycja nasciturusa na obszarze majątkowego prawa prywatnego*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 1994, nr 3.
12. Dziurda M., *Szczególna zdolność sądowa*, LEX/el. 2019.
13. Flaga-Gieruszyńska K., *Komentarz do art. 61 k.p.c. [w:] Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. A. Zieliński, Legalis (el.) 2017.

14. Gajda-Roszczyńska K., *Ocena warunków udziału organizacji społecznych (poza-rządowych) w sprawach o ochronę indywidualnych interesów (praw) konsumentów w kontekście pozycji procesowej organizacji* [w:] *Sprawy o ochronę indywidualnych interesów konsumentów w postępowaniu cywilnym*, LEX/el. 2012.
15. Gajda-Roszczyńska K., *Między prokuratorem a organizacjami pozarządowymi – udział podmiotów innych niż materialnie uprawnione (uwagi de lege lata i de lege ferenda)* [w:] *Podmioty w postępowaniu cywilnym*, red. A. Markiewicz, A. Torbus, Warszawa 2018.
16. Górecki D., *Rzecznik Praw Dziecka* [w:] *Sześć lat Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Doświadczenia i inspiracje*, red. L. Garlicki, A. Szmyt, Warszawa 2003.
17. Górski A., Górski J.P., *Zadośćuczynienie za naruszenie praw pacjenta*, Palestra 2005, nr 5–6.
18. Grzegorzczak P., *Komentarz do art. 64 k.p.c.* [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Postępowanie rozpoznawcze*, t. I, red. T. Ereciński, LEX/el. 2016.
19. Grzegorzczak P., *Legitymacja procesowa – pojęcie, funkcje i reżim procesowy*, Przegląd Sądowy 2020, nr 2.
20. Gutowski M., *Komentarz do art. 8 k.c.* [w:] *Kodeks cywilny*, t. II. *Komentarz*. Art. 353–626, red. M. Gutowski 2019, Legalis (el.) 2019.
21. Haberk J., *Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego a stosowanie procedur medycznych*, LEX/el. 2010.
22. Jagieła J., *Udział organizacji pozarządowych w postępowaniu cywilnym dla ochrony praw obywateli*, Zeszyty Naukowe Instytutu Administracji, Akademia im. J. Długosza w Częstochowie 2014, nr 1(9), <https://tiny.pl/769b1>
23. Jagieła J., *Zgoda osoby fizycznej na wszczęcie postępowania i przystąpienie do niej przez organizację pozarządową*, Przegląd Sądowy 2015, nr 2.
24. Jaros P.J., *Rzecznik Praw Dziecka w Polsce. Ukształtowanie Rzecznika Praw Dziecka w Polsce, jako organu państwowego. Komentarz do ustawy o Rzeczniku Praw Dziecka*, Warszawa 2013.
25. Jędrejek G., *Komentarz do art. 182 k.r.o.* [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2019.
26. Jędrejek G., *Legitymacja procesowa w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2018.
27. Jodłowski J. [w:] *Postępowanie cywilne*, J. Jodłowski, Z. Resich, J. Lapiere, T. Misiuk-Jodłowska, K. Weitz, Warszawa 2009.
28. Kaczyński J., Sorys M., *Komentarz do art. 61 k.p.c.* [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*. Art. 1–424¹², t. I A, red. A. Góra-Błaszczkowska, Legalis (el.) 2020.
29. Karkowska D., *Prawa pacjenta*, LEX/el. 2009.
30. Karkowska D., *Komentarz do art. 3 u.p.p.* [w:] *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, red. D. Karkowska, LEX/el. 2016.
31. Klich A., *Dowód z opinii biegłego w postępowaniu cywilnym. Biegły lekarz*, Warszawa 2016.
32. Kmiecik B., *Prawo dziecka jako pacjenta*, Warszawa 2016.
33. Kościółek A., *Udział organizacji pozarządowych w postępowaniu cywilnym w świetle nowelizacji KPC z 16.9.2011 r.*, Monitor Prawniczy 2012, nr 21.
34. Książek P., *Komentarz do art. 8 k.c.* [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, Legalis (el.) 2020.
35. Łętowska E., *Pacjent staje się konsumentem usług medycznych*, Rzeczpospolita z 25.11.1998 r.
36. Maciejewska-Szałas M., *Organizacje pozarządowe i formy ich uczestnictwa w postępowaniu cywilnym*, Gdańskie Studia Prawnicze 2017, nr 2.
37. Matusik G., *Pozycja prawna kuratora ustanowionego dla dziecka poczętego*, Rejent 2017, nr 2.
38. Mazurkiewicz J., *Przedstawiciel ustawowy dziecka poczętego*, Państwo i Prawo 1988, z. 1.
39. Misiuk T., *Udział organizacji społecznych w ochronie praw obywateli w sądowym postępowaniu cywilnym*, Warszawa 1972.

40. Misiurek G., *Komentarz do art. 64 k.p.c.* [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Artykuły 1–366*, t. I, red. H. Dolecki, T. Wiśniewski, LEX/el. 2013.
41. Morawski L., *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006.
42. Nawrot O., *Status prawny pre-embrionu*, Państwo i Prawo 2009, z. 3.
43. Nesterowicz M., *Zadośćuczynienie pieniężne za naruszenie praw pacjenta i dóbr osobistych osób bliskich* [w:] *Czynić postęp w prawie. Księga jubileuszowa dedykowana profesor Birucie Lewaszkiwicz-Petrykowskiej*, red. W. Robaczyński, Łódź 2017.
44. Obrębski R., *Zarys istoty legitymacji w procesie cywilnym*, Polski Proces Cywilny 2017, nr 4.
45. Pazdan M., *Komentarz do art. 8 k.c.* [w:] *Kodeks cywilny*, t. I. *Komentarz. Art. 1–449¹⁰*, red. K. Pietrzykowski, Legalis (el.) 2020.
46. Pietrzykowski H., *Czynności procesowe zawodowego pełnomocnika w sprawach cywilnych*, LEX/el. 2017.
47. Pogonowski P., *Komentarz do art. 7 k.p.c.* [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Artykuły 1–366*, t. I, red. H. Dolecki, T. Wiśniewski, LEX/el. 2013.
48. Pogonowski P., *Realizacja prawa do sądu w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2006.
49. Radwański J.Z., Olejniczak A., *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2013.
50. Resich Z., *Podmioty procesu w nowym k.p.c.*, Państwo i Prawo 1966, z. 2.
51. Rudkowska-Ząbczyk E., *Komentarz do art. 61 k.p.c.* [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. E. Marszałkowska-Krześ, Legalis (el.) 2020.
52. Rudkowska-Ząbczyk E., *Komentarz do art. 61 k.p.c.* [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. E. Marszałkowska-Krześ, Legalis (el.) 2020.
53. Rylski P., *Uczestnik postępowania nieprocesowego – zagadnienia konstrukcyjne*, Warszawa 2017.
54. Rzetecka-Gil A., *Komentarz do art. 448 k.c.* [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania – część ogólna*, LEX/el. 2011.
55. Safjan M., *Kilka refleksji wokół problematyki zadośćuczynienia pieniężnego z tytułu szkody wyrządzonej pacjentom*, Prawo i Medycyna 2005, nr 1.
56. Sobota A., *Nasciturus jako strona postępowania cywilnego*, Rejent 2016, nr 4.
57. Stefańska E., *Komentarz do art. 57 k.p.c.* [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Art. 1–505(38)*, t. I, red. M. Manowska, LEX/el. 2015.
58. Strugała R., *Komentarz do art. 448 k.c.* [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Legalis (el.) 2019.
59. Studzińska J., *Udział prokuratora, Rzecznika Praw Obywatelskich i organizacji pozarządowych w postępowaniu nieprocesowym* [w:] *Postępowanie nieprocesowe*, red. J. Studzińska, E. Gapska, LEX/el. 2017.
60. Sychowicz M., Kulski R., *Komentarz do art. 7 k.p.c.* [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Art. 1–205*, t. I, red. A. Marciniak, Legalis (el.) 2019.
61. Świeca J., *Ustawa o Rzeczniku Praw Obywatelskich. Komentarz*, Legalis (el.) 2010.
62. Trociuk S., *Komentarz do art. 14 u.r.p.o.* [w:] *Rzecznik Praw Obywatelskich. Komentarz*, LEX/el. 2007.
63. Wałaszek B., *Nasciturus w prawie cywilnym*, Państwo i Prawo 1956, z. 7.
64. Wałachowska M. [w:] *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, red. M. Nesterowicz, Warszawa 2009.
65. Wałachowska M., *Komentarz do art. 448 k.c.* [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania. Część ogólna (art. 353–534)*, t. III, red. M. Fras, M. Habdas, LEX/el. 2018.
66. Weitz K., *Charakter interesu prawnego jako przesłanki powództwa o ustalenie (art. 189 k.p.c.)*, Przegląd Sądowy 2018, nr 7–8.
67. Wiśniewski P., *Udział Prokuratora w postępowaniu cywilnym*, Toruń 2014.
68. Wójcicka E., *Rzecznik Praw Pacjenta* [w:] *Instytucje ombudsmáńskie w Polsce (wybrane zagadnienia)*, red. A. Gronkiewicz, Częstochowa 2013.
69. Zieliński A., *Uczestnictwo rzecznika praw obywatelskich w postępowaniu cywilnym* [w:] *Aurea praxis. Aurea theoria. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Erecińskiego*, t. I, red. J. Gudowski, K. Weitz, LEX/el. 2011.

Patryk Kowalski*

Powództwo organów podatkowych o ustalenie w świetle badań empirycznych**

1. WPROWADZENIE

Od dnia 15.07.2016 r., po wejściu w życie przepisów regulujących problematykę przeciwdziałania unikaniu opodatkowania do ustawy z 29.08.1997 r. – Ordynacja podatkowa¹, zainteresowanie doktryny instytucją z art. 199a o.p. (dyrektywami wykładni czynności cywilnoprawnych organów podatkowych w celu poznania rzeczywistej woli stron czynności prawnej) zauważalnie spadło. Zaczęły pojawiać się stanowiska o nieprzydatności art. 199a o.p. w zakresie walki z unikaniem opodatkowania w kontekście nowo dodanego art. 119a i n. o.p.² Co więcej, aktualne orzecznictwo sądów administracyjnych³ i doktryna prawa podatkowego⁴ wskazują na wadliwą praktykę organów podatkowych w zakresie nadawania instytucji z art. 199a o.p. znaczenia z art. 119a o.p.

Ponadto już wcześniej, tj. w 2012 r., w literaturze branżowej prezentowany był pogląd o znikomym znaczeniu praktycznym art. 199a § 3 o.p. w zw. z art. 189¹ ustawy z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego⁵, tj. jednego z elementów dyrektyw wykładni organów podatkowych – powództwa o ustalenie istnienia bądź nieistnienia stosunku prawnego lub prawa. Wskazywano, że instytucja ta jest prawie martwa, a organy podatkowe niezwykle rzadko składają powództwo do sądów powszechnych⁶.

* Dr Patryk Kowalski jest adiunktem w Katedrze Prawa Finansowego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Łódzki, Polska, ORCID: 0000-0003-3027-2683, e-mail: patryk.kowalski@wpia.uni.lodz.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 25.07.2021 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 15.10.2021 r.

¹ Dz.U. z 2020 r. poz. 1325 ze zm. – dalej o.p.

² W. Nykiel, M. Wilk, *Nieprzydatność art. 199a § 2 ordynacji podatkowej w walce z unikaniem opodatkowania a następstwa czynności pozornych*, „Przegląd Podatkowy” 2017/2, s. 17–23. Inaczej uważają Dominik Gajewski i Leonard Etel. W ich ocenie art. 199a o.p. to instrument do walki ze zjawiskiem unikania opodatkowania (zob. D. Gajewski, Rozdział 6. *Pozaklauzulowe konstrukcje przeciwdziałania unikaniu opodatkowania w świetle orzecznictwa sądów administracyjnych* [w:] *Klauzula przeciwko unikaniu opodatkowania*, red. D. Gajewski, LEX/el. 2018; L. Etel, *Art. 199a [w:] Ordynacja podatkowa. Komentarz aktualizowany*, red. L. Etel, LEX/el. 2021, Teza 1.

³ Por. np. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego (dalej WSA) we Wrocławiu z 24.04.2019 r., I SA/Wr 9/19, LEX nr 2697460; wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego (dalej NSA): z 13.10.2017 r., II FSK 2690/15, LEX nr 2406455; z 26.01.2018 r., II FSK 112/16, LEX nr 2449573.

⁴ Zob. np. J. Olesiak, Ł. Pajor, *Art. 119a [w:] Ordynacja podatkowa. Komentarz*, Legalis (el.) 2020, Teza VII. 6; J. Olesiak, Ł. Pajor, *Klauzula ogólna przeciwko unikaniu opodatkowania a ustalanie treści czynności prawnej oraz istnienia stosunku prawnego lub prawa na podstawie art. 199a Ordynacji podatkowej. Glosa do wyroku NSA z dnia 19 października 2016 r.*, II FSK 1969/16, „Glosa” 2018/2, s. 107–113.

⁵ Tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 1805 – dalej k.p.c.

⁶ <https://www.rp.pl/artykul/876683-Organ-podatkowe-nie-korzystaja-z-powodztwa-o-ustalenie-stosunku-prawnego.html> (dostęp: 7.07.2021 r.).

Powyższa konstatacja nie została jednak zweryfikowana empirycznie. Nie opublikowano również do tej pory opracowania analizującego dotychczasowe orzecznictwo sądów powszechnych w tym zakresie. Co więcej, w istniejącej literaturze zarówno cywilistycznej, jak i podatkowej dotyczącej powództwa z art. 189¹ k.p.c. w zw. z art. 199a § 3 o.p. bardzo mało uwagi poświęcono analizie judykatów cywilnych, koncentrując się głównie na wybranych judykatach sądowo-administracyjnych (w kontekście art. 199a § 2 o.p.). Ponadto autorzy tych opracowań koncentrują się głównie na dogmatycznej analizie wskazanych regulacji, z uwzględnieniem relacji zachodzących między postępowaniem cywilnym a podatkowym i sądowo-administracyjnym⁷.

Większość przedstawicieli doktryny dokonuje w swoich opracowaniach⁸ głównie analizy dogmatycznej wspomnianych regulacji, nie omawiając w ogóle orzeczeń sądów powszechnych wydanych na skutek wniesienia powództwa z art. 189¹ k.p.c. Pozostali autorzy⁹ dokonują analizy orzeczeń wydanych na skutek powództwa

⁷ W pewnym zakresie, wyjątkiem od powyższego jest praca doktorska Marcina Pacyny, *Powództwo o ustalenie istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa wytaczane przez organy podatkowe*, https://prawo.uni.wroc.pl/sites/default/files/stopnie-naukowe/przewody/streszczenie%20rozprawy%209%20j_pol.pdf (dostęp: 10.07.2021 r.). Jednakże praca ta nie została nigdzie opublikowana. Ze streszczenia rozprawy wynika, że autor ten nie analizował przy użyciu metody empirycznej badania prawa, orzecznictwa wydanego na skutek powództwa z art. 189¹ k.p.c., tylko uwzględnił w swoich rozważaniach dane pochodzące z informacji Departamentu Strategii i Funduszy Europejskich Wydziału Statystycznej Informacji Zarządczej Ministerstwa Sprawiedliwości na temat ilości powództw wytaczanych na podstawie przepisu art. 189¹ k.p.c. w latach 2005–2016 w sądach rejonowych i okręgowych jako sądach I instancji oraz w zakresie rozstrzygnięć w sądach okręgowych (jako sądach II instancji) i apelacyjnych. To podstawowe dane ilościowe, o których będzie mowa w dalszej części pracy.

⁸ Należą do nich następujące opracowania: K. Kobylko, *Klauzula obejścia prawa podatkowego w przepisach Ordynacji podatkowej i Kodeksu postępowania cywilnego* [w:] *Ogólnopolski Zjazd Cywilistów Studentów, 45 lat kodeksów cywilnych. Materiały pokonferencyjne*, red. J.J. Skoczylas, P. Kała, P. Potakowski, Lublin 2009, s. 117–185; P. Karwat, *Pojęcie pozorności i jej skutki w prawie podatkowym*, „Jurysdykcja Podatkowa” 2007/4, s. 4–10; M. Świercz, *Sądowe ustalenie istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa z powództwa organu podatkowego (art. 199a § 3 Ordynacji podatkowej)*, „Kwartalnik Prawa Podatkowego” 2006/2, s. 63–80; R. Bernat, *Wykładnia logiczna artykułu 199a ustawy Ordynacja podatkowa*, „Acta Iuris Stetinensia” 2016/2, s. 41–53; I. Maj, *Polityka organów podatkowych w zakresie obejścia prawa podatkowego* [w:] *Podatnik versus organ podatkowy*, red. A. Huchla, P. Borszowski, E. Rutkowska-Tomaszewska, Wrocław 2011, s. 113–122; P. Karwat, *Czy organy podatkowe powinny toczyć spory z podatnikami?*, „Prawo i Podatki” 2006/24, s. 24–30; K. Radzikowski, *Normatywne podstawy koncepcji obejścia prawa podatkowego*, „Przegląd Podatkowy” 2005/9, s. 17–25; B. Dauter, *Art. 199a* [w:] *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, red. S. Babiarz, LEX/el. 2019; A. Mariański, M. Miśkiewicz, *Art. 199a* [w:] *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, Legalis (el.) 2020; H. Dzwonkowski, J. Gorąca-Paczuska, *Art. 199a* [w:] *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, Legalis (el.) 2020.

⁹ Aleksy Franusz i Anna Goettel w artykule: *Powództwo organów skarbowych o ustalenie*, „Państwo i Prawo” 2012/9, s. 76–86, zbadali 2 wyroki (IV CSK 261/09, I ACa 395/06); D. Łukawska, *Instytucja stanowiąca wykonanie art. 199a § 3 ordynacji podatkowej*, „Prawo i Podatki” 2008/06, s. 25–29, 1 wyrok (I ACa 395/06); M. Lewandowski, *Powództwo o ustalenie istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa w toku postępowania podatkowego* [w:] *Postępowanie cywilne w dobie przemian*, red. I. Gil, Warszawa 2017, s. 320–329 – 1 wyrok (IV CSK 322/12); D. Łukawska-Białogłowska, *Wprowadzanie klauzuli przeciwdziałającej obejściu prawa podatkowego dla polskiego systemu prawnego*, Łódź 2020 – 5 wyroków (I ACa 395/06, I ACa 253/09, I ACa 949/13, IV CSK 322/12, IV CSK 261/09); H. Filipczyk, *Kwalifikacja cywilnoprawna czynności a art. 199a § 3 Ordynacji podatkowej*, „Prawo i Podatki” 2007/12, s. 19–23 – 1 wyrok (I ACa 395/06); O.M. Piaskowska, *Art. 189¹ [w:] Kodeks postępowania cywilnego. Postępowanie procesowe. Komentarz*, red. O.M. Piaskowska, LEX/el. 2021 – 1 wyrok (IV CSK 322/12); T. Zyznowski, *Art. 189¹ [w:] Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. I. *Artykuły 1–366*, red. T. Wiśniewski, LEX/el. 2021 – 3 wyroki (IV CSK 322/12, IV CSK 261/09, I ACa 395/06); M. Manowska, *Art. 189¹ [w:] Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. I. *Art. 1–477(16)*, LEX/el. 2021 – 4 wyroki (IV CSK 322/12, I ACa 253/09, IV CSK 261/09, I ACa 395/06); P. Telenga, *Art. 189¹ [w:] Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz aktualizowany*, t. I, red. A. Jakubecki, LEX/el. 2019 – 3 wyroki (IV CSK 322/12, IV CSK 261/09; IV CSK 322/12); T. Ereciński, *Art. 189¹ [w:] Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. II. *Postępowanie rozpoznawcze*, red. T. Ereciński, LEX/el. 2016 – 2 wyroki (IV CSK 261/09, IV CSK 322/12); A. Zieliński, K. Flaga-Gieruszyńska, *Art. 189¹ [w:] Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Legalis (el.) 2019 – 4 wyroki (I ACa 949/13, I ACa 1563/13, IV CSK 322/12, I ACa 395/06); E. Rudkowska-Ząbczyk, *Art. 189¹ [w:] Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. E. Marszałkowska-Krzyż, Legalis (el.) 2021 – 3 wyroki (I ACa 395/06, I ACa 253/09, IV CSK 261/09); I. Kunicki, *Art. 189¹ [w:] Kodeks postępowania cywilnego*, t. I. *A. Komentarz. Art. 1–424¹²*, red. A. Góra-Błaszczkowska, Legalis (el.) 2020 – 2 wyroki

organów podatkowych o ustalenie, jednakże ich liczby nie można uznać na znaczną. Jest to 7 powtarzających się i publikowanych orzeczeń (6 wyroków i 1 postanowienie)¹⁰. Powyższe uzasadnia wybór tematu niniejszego opracowania.

Przedmiotem badań są sprawy wszczęte na skutek wniesienia powództwa z art. 199a o.p. w zw. z art. 189¹ k.p.c., które zostały prawomocnie zakończone na skutek rozstrzygnięcia merytorycznego w latach 2005–2019. Cezura czasowa jest uzasadniona datą wejścia w życie omawianych regulacji. Artykuł 199a o.p. i art. 189¹ k.p.c. zostały dodane przez art. 1 pkt 76 i art. 2 ustawy z 30.06.2005 r. o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa oraz o zmianie niektórych innych ustaw¹¹, i weszły w życie 1.09.2005 r. Z kolei rok 2019 jest uzasadniony datą rozpoczęcia gromadzenia materiału badawczego (2020 r.), o czym będzie mowa w dalszej części pracy.

W opracowaniu postawiono jeden zasadniczy cel badawczy w postaci omówienia wyników analizy orzecznictwa w zakresie powództw organów podatkowych, ustalenia przez sąd istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa.

Osiągnięcie tego celu może nastąpić tylko przez rozwiązanie głównego problemu badawczego, który postawiony został w formie pytania: jak przedstawia się statystyczny obraz postępowania sądowego wszczętego na skutek powództwa organów podatkowych o ustalenie istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa (art. 189¹ k.p.c.) w świetle następujących pytań pomocniczych:

1. Jakie sądy najczęściej rozpoznają te sprawy według właściwości rzeczowej, a jakie według miejscowej?
2. Jaki organ podatkowy najczęściej wytacza powództwo? W ramach postępowania podatkowego prowadzonego w przedmiocie jakiego podatku?
3. Jakiego rodzaju podmioty składają się na stronę pozwaną?
4. Jaki jest najczęstszy rodzaj stosunku prawnego będącego przedmiotem podstawy faktycznej żądania pozwu?
5. Jaki najczęściej zapada wyrok I instancji?
6. Jaka jest średni czas trwania postępowania pierwszoinstancyjnego?
7. Jakie środki dowodowe miały istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy najczęściej?
8. Jaki najczęściej zapada wyrok II instancji?
9. Jaka jest średni czas trwania postępowania drugoinstancyjnego?

Główny problem badawczy posłużył do postawienia hipotezy badawczej, która brzmi: statystyczny obraz postępowania sądowego wszczętego na skutek powództwa organów podatkowych o ustalenie istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa (art. 189¹ k.p.c.) przedstawia się w sposób następujący:

(I ACa 1563/13, IV CSK 261/09); T. Szanciło, *Art. 189¹ [w:] Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Art. 1–505³⁹*, t. I, Legalis (el.) 2019 – 5 wyroków (IV CSK 322/12, IV CSK 261/09, I ACa 949/13, I ACa 253/09, I ACa 395/06) i 1 postanowienie (I ACa 672/08); B. Czech, *Art. 189¹ [w:] Kodeks postępowania cywilnego*, t. I, *Komentarz. Art. 1–205*, Legalis (el.) 2019 – 2 wyroki (I ACa 395/06, IV CSK 261/09) i 1 postanowienie (I ACa 672/08); P. Pietrasz, *Art. 199a [w:] Ordynacja podatkowa. Komentarz aktualizowany*, red. L. Etel, LEX/el. 2021 – 1 wyrok (I ACa 395/06).

¹⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego (dalej SA) w Białymstoku z 12.10.2006 r., I ACa 395/06, LEX nr 208147; wyrok SA w Białymstoku z 19.05.2010 r., I ACa 253/09, LEX nr 610008; wyrok SA w Katowicach z 14.01.2014 r., I ACa 949/13, LEX nr 1428074; wyroki SN: z 18.01.2013 r., IV CSK 322/12, LEX nr 1350202; z 28.01.2010 r., IV CSK 261/09, LEX nr 655210; wyrok SA w Łodzi z 17.06.2014 r., I ACa 1563/13, LEX nr 1496469; postanowienie SA w Katowicach z 16.01.2009 r., I ACa 672/08, LEX nr 491170.

¹¹ Dz.U. z 2005 r. Nr 143, poz. 1199.

1. Sądami najczęściej rozpoznającymi te sprawy są sądy rejonowe (właściwość rzeczowa) i sądy należące do apelacji warszawskiej (właściwość miejscowa).
2. Najczęściej powództwa są wnoszone przez naczelników urzędów skarbowych ramach prowadzonego postępowania podatkowego w przedmiotu podatków dochodowych.
3. Najczęściej jednym z podmiotów składających się na stronę pozwaną jest przedsiębiorca.
4. Najczęściej wytaczano powództwa o ustalenie nieistnienia stosunku prawnego w postaci umowy sprzedaży.
5. Sądy I instancji najczęściej uwzględniały powództwo, ustalając nieistnienie stosunku prawnego z uwagi na nieważność umowy z powodu pozorności jako wady oświadczenia woli.
6. Średni czas postępowania I instancji trwa do 1 roku.
7. Najczęściej dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie miały środki dowodowe w postaci akt postępowania podatkowego oraz osobowe źródła dowodowe.
8. Sądy I instancji najczęściej oddalały apelację.
9. Średni czas postępowania II instancji trwa do 6 miesięcy.

W celu zgromadzenia materiału niezbędnego dla rozstrzygnięcia postanowionego wyżej problemu badawczego posłużono się metodą empirycznego badania prawa. Jest to metoda konfrontująca treść obowiązującego prawa (*law in books*) z praktyką jego stosowania (*law in action*).

Przyjęto zasadniczą technikę badawczą polegającą na badaniu dokumentów (analizie ilościowej i jakościowej treści). Dla realizacji tej techniki wykorzystano narzędzie badawcze w postaci autorskiego kwestionariusza zawierającego zmienne wynikające z pytań badawczych 1–9 wraz z odpowiednim ich kodowaniem.

2. PODSTAWA PRAWNA WYSTĄPIENIA ORGANU PODATKOWEGO Z POWÓDZTWEM O USTALENIE

Przed przedstawieniem wyników badań empirycznych, należy przybliżyć treść przepisów badanej instytucji oraz ich wykładnię.

Zgodnie z art. 199a § 1 o.p. organ podatkowy dokonując ustalenia treści czynności prawnej uwzględnia zgodny zamiar stron i cel czynności, a nie tylko dosłowne brzmienie oświadczeń woli złożonych przez strony czynności. Według paragrafu 2, jeżeli pod pozorem dokonania czynności prawnej dokonano innej czynności prawnej, to skutki podatkowe wywodzi się z tej ukrytej czynności prawnej. Natomiast, jeżeli z dowodów zgromadzonych w toku postępowania, w szczególności zeznań strony, chyba że strona odmawia składania zeznań, wynikają wątpliwości co do istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa, z którym związane są skutki podatkowe, to organ podatkowy występuje do sądu powszechnego o ustalenie istnienia lub nieistnienia tego stosunku prawnego lub prawa (§ 3). Z kolei w myśl art. 189¹ w zw. z art. 189 k.p.c. uprawnienie żądania ustalenia przez sąd istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa, gdy powód ma w tym interes prawny,

przysługuje również w toku prowadzonego postępowania organowi podatkowemu, jeśli ustalenie istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa jest niezbędne dla oceny skutków podatkowych.

Wskazana regulacja prawna dotyczy trzech zagadnień, zarazem niezależnych od siebie, ale jednak w pewien sposób powiązanych, tj. uprawnienia organów podatkowych do ustalenia treści czynności prawnej (art. 199a § 1 o.p.), skutków podatkowych w przypadku pozorności czynności prawnej (art. 199a § 2 o.p.), możliwości złożenia pozwu do sądu powszechnego o ustalenie istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa (art. 199a § 3 o.p. w zw. z art. 189¹ i 189 k.p.c.).

Artykuł 199a § 1 o.p. (podobnie jak art. 65 § 2 ustawy z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny¹²) zawiera wskazówki odczytywania treści czynności prawnej zgodnie z zamiarem stron tej czynności, a więc w celu poznania rzeczywistej woli stron czynności prawnej. Określone w tym przepisie dyrektywy interpretacyjne dają pierwszeństwo zgodnemu zamiarowi stron i celowi umowy przed dosłownym brzmieniem złożonych oświadczeń. Proces interpretacji stosunku prawnego nie może się zatem ograniczać jedynie do zbadania jej tekstu, a powinien uwzględnić znaczenie spornych postanowień umowy zgodnie z rzeczywistą wolą jej stron. Przepis ten stanowi zatem wskazówkę dla organów podatkowych dokonujących w ramach trwającego postępowania podatkowego określonych ustaleń faktycznych, aby w sytuacji, gdy podatnik dokonał określonej czynności prawnej badać ją nie tylko kierując się samą jej nazwą, ale przede wszystkim postanowieniami umownymi, okolicznościami, w jakich została zawarta, po to, aby odtworzyć jej rzeczywistą treść, a w ślad za tym ustalić, jakiej czynności prawnej strony dokonały. Wynika to także z art. 122 § 1 i 187 § 1 o.p., które obligują organy do zebrania i wszechstronnego rozpatrzenia materiału dowodowego¹³.

Z kolei art. 199a § 2 o.p. dotyczy wyłącznie sytuacji, w której podatnik dokonał ukrycia rzeczywistej czynności prawnej, jednocześnie ujawniając inną czynność prawną (pozór). Ordynacja podatkowa nie definiuje pojęcia pozorności czynności prawnej, dlatego zasadne jest odwołanie się do art. 83 § 1 k.c., zgodnie z którym nieważne jest oświadczenie woli złożone drugiej stronie za jej zgodą dla pozoru. Pozorność czynności może oznaczać, że strony dokonując rzeczywistej czynności prawnej nie zamierzają w ogóle wywołać jakichkolwiek skutków prawnych (czynność symulowana) albo to, iż strony dokonują rzeczywistej czynności prawnej (czynność symulowana) w celu ukrycia innej czynności prawnej (czynność dysymulowana, ukryta), która w zamierzeniu stron ma wywołać skutki prawne. Słusznie wskazuje Piotr Pietrasz, że ustawodawca nie kwestionuje skuteczności czynności dyssymulowanych na gruncie prawa podatkowego, lecz wyłącznie nakazuje wywodzenie z nich skutków podatkowych. Jeżeli nie było w ogóle jakiegokolwiek czynności ukrytej (była tylko czynność symulowana), to trudno mówić o wywodzeniu jakichkolwiek skutków z czegoś, czego w ogóle nie było¹⁴.

Natomiast art. 199a § 3 o.p. w zw. z art. 189¹ i 189 k.p.c. ma charakter przepisu proceduralnego¹⁵. Można go określić jako środek dowodowy i to dość nietypowy,

¹² Tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1740) – dalej k.c.

¹³ Por. wyrok WSA we Wrocławiu z 24.04.2019 r., I SA/Wr 9/19.

¹⁴ P. Pietrasz, *Art. 199a [w:] Ordynacja...*, Teza 3.

¹⁵ D. Łukawska-Białogłowska, *Wprowadzanie...*, s. 182.

ponieważ rozległy w czasie, jeśli chodzi o jego przeprowadzenie oraz wymagający „współdziałania” z sądem powszechnym. O tym, czy badany przez organ podatkowy stosunek prawny istnieje będzie decydować sąd powszechny poprzez wydanie prawomocnego wyroku, a nie sam organ podatkowy (jak np. w art. 199a § 1 i 2 o.p.).

Powództwo to można wytoczyć po spełnieniu kilku przesłanek¹⁶. Po pierwsze, organ może wystąpić z powództwem w trakcie trwającego postępowania podatkowego. Wydaje się, że można przyjąć, iż organ może wytoczyć powództwo dopiero po wszczęciu postępowania podatkowego. Zgodnie z art. 165 § 1–3 o.p. może nastąpić to od momentu wszczęcia postępowania (na żądanie strony – w momencie doręczenia żądania organowi podatkowemu lub z urzędu – w formie postanowienia w dacie jego wydania) aż do jego zakończenia, tj. do momentu wydania decyzji kończącej postępowanie (art. 207 i n. o.p.).

Po drugie, ustalenie istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa jest niezbędne dla oceny skutków podatkowych. Przesłanka ta wiąże się z pojęciem interesu prawnego jaki ma organ w wytoczeniu powództwa. Sąd powszechny musi ocenić, czy ustalenie istnienia bądź nieistnienia stosunku prawnego lub prawa jest niezbędne dla oceny skutków podatkowych, a więc – czy problem ten występuje w toku konkretnego postępowania podatkowego. Czynność prawna nie musi przy tym bezpośrednio leżeć u podstaw przyszłej decyzji organu podatkowego. Wystarczające jest to, że z istnieniem bądź nieistnieniem stosunku prawnego lub prawa związane są skutki podatkowe¹⁷.

Po trzecie, z dowodów zgromadzonych w toku postępowania podatkowego wynikają wątpliwości (zwłaszcza po analizie zeznań strony) co do istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa.

Posłużenie się przez ustawodawcę zwrotem „jeżeli z dowodów zgromadzonych w toku postępowania (...) wynikają wątpliwości co do istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa, z którym związane są skutki podatkowe, organ podatkowy występuje do sądu powszechnego o ustalenie (...)” w art. 199a § 3 o.p. skłania do stwierdzenia, że w przypadku stwierdzenia tych wątpliwości organ powinien wystąpić z powództwem. Z drugiej strony jednak – należy się zastanowić nad znaczeniem „wątpliwości” oraz, czy powinny mieć one charakter obiektywny czy subiektywny.

Jak słusznie wskazał P. Pietrasz, uwzględniając treść art. 187 § 1 oraz 190 o.p. można dojść do wniosku, że są to wątpliwości, które istnieją, pomimo że organ podatkowy zebrał i w sposób wyczerpujący rozpatrzył cały materiał dowodowy, który następnie poddał ocenie. Dopiero wówczas można dokonać weryfikacji materiału dowodowego pod kątem stwierdzenia konieczności wystąpienia do sądu powszechnego. W szczególności ustawodawca wskazuje na sytuację, w której wątpliwości wynikają ze środka dowodowego jakim są zeznania strony¹⁸. Nie może to dziwić, ponieważ osobowe źródła dowodowe, szczególnie podmiotu zainteresowanego wynikiem postępowania, mogą być uznane za pełne sprzeczności.

Wątpliwości te powinny mieć więc charakter obiektywny. To oznacza, że nie można ich postrzegać przez pryzmat subiektywnego przekonania organu podatkowego,

¹⁶ Szerzej przesłanki te omawia D. Łukawska-Białogłowska, *Wprowadzanie...*, s. 175–178.

¹⁷ Por. M. Manowska, *Art. 189¹ [w:] Kodeks...*, t. I, Teza 2.

¹⁸ P. Pietrasz, *Art. 199a [w:] Ordynacja...*, Teza 4.

iz tych wątpliwości nie ma, jak też subiektywnego przekonania strony postępowania, że te wątpliwości istnieją¹⁹. Wątpliwości takie mogą mieć miejsce w szczególności wtedy, gdy twierdzenia stron nie znajdują potwierdzenia w innych dowodach zebranych przez organ prowadzący postępowanie lub gdy twierdzenia kontrahentów są rozbieżne²⁰.

Podsumowując, należy podkreślić znaczenie powództwa o ustalenie w kontekście pozostałych uprawnień organów podatkowych z art. 199a o.p. Za Naczelnym Sądem Administracyjnym należy wskazać, że organ podatkowy, pomimo możliwości przerzucenia obowiązku badania istnienia stosunku prawnego lub prawa na sąd powszechny, nie został zwolniony z obowiązku analizowania stosunków prawnych i kwalifikowania zdarzeń na gruncie prawa podatkowego oraz oceny ich skutków podatkowych. Obowiązek wystąpienia do sądu powszechnego na podstawie tego przepisu powstaje tylko wówczas, gdy zgromadzony materiał dowodowy pozostawia wątpliwości co do istnienia stosunku prawnego bądź prawa²¹.

Należy również podkreślić odrębność art. 199a o.p. od art. 119a o.p. Ten pierwszy przepis nie pozwala organowi podatkowemu zakwestionować czynności prawnej przeprowadzonej w celu uzyskania korzyści podatkowych, jeśli była ona ważna i zgodna z rzeczywistą wolą stron²².

3. CHARAKTERYSTYKA MATERIAŁU BADAWCZEGO I DOBÓR PRÓBY

Przeprowadzona w pkt 2. opracowania analiza teoretycznoprawna była punktem wyjścia dla dalszych badań empirycznych.

Materiał badawczy obejmował 53 zakończonych prawomocnym wyrokiem spraw z art. 189¹ k.p.c., które wpłynęły do polskich sądów rejonowych i okręgowych (jako sądów I instancji) w okresie od 1.09.2005 r. do 31.12.2019 r.

Zebranie materiału badawczego było skomplikowanym i długotrwałym procesem²³, o czym poniżej. Proces ten trwał od sierpnia 2020 r. do marca 2021 r.

Proces badawczy rozpoczęto od zwrócenia się z wnioskami w trybie informacji publicznej do wszystkich sądów rejonowych (318) oraz okręgowych (45) w Polsce o udostępnienie informacji w zakresie: listy sygnatur spraw I instancji, pod jakimi zostały zarejestrowane sprawy z powództwa organów podatkowych o ustalenie istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa, które to wpłynęły do sądu w okresie od 1.09.2005 r. do 31.12.2019 r.

Dwóch prezesów sądów odmówiło udzielenia informacji publicznej, a od jednego prezesa sądu nie otrzymano żadnej informacji. Pozostałe 360 sądów (99%) udostępniło dane. Z tej liczby, 305 prezesów sądów (85%) udzieliło informacji, że we wskazanym okresie nie zarejestrowano w ogóle takich spraw, a 55 prezesów (15%) udostępniło wnioskowane sygnatury spraw.

¹⁹ Wyrok WSA w Gdańsku z 6.03.2008 r., I SA/Gd 1028/07, LEX nr 361897.

²⁰ Wyrok NSA z 22.01.2008 r., II FSK 1611/06, niepubl.

²¹ Wyrok NSA z 2.02.2017 r., II FSK 4071/14, LEX nr 2270088.

²² Wyrok NSA z 26.01.2018 r., II FSK 112/16.

²³ Podobne trudności ze zgromadzeniem materiału badawczego (w odniesieniu do praktyki notarialnej w zakresie umów przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie) opisano w artykule: J.M. Kondek, *Umowa przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie i jej praktyka w świetle wizytacji i lustracji kancelarii notarialnych w latach 2013–2017*, „Prawo w Działaniu” 2019/40, s. 168 i n.

Następnie zwrócono się z wnioskami w trybie informacji publicznej o nadesłanie (po uprzedniej anonimizacji) wybranych dokumentów z akt sprawy do 55 sądów, które udostępniły te sygnatury. Okazało się, że część z podanych sygnatur nie dotyczy spraw z art. 189¹ k.p.c. Przesyłano sprawy zupełnie różne, np. o zapłatę, ale także zbliżone merytorycznie, ponieważ te wytoczone na podstawie art. 189 k.p.c. Co więcej, nie we wszystkich sprawach powodem był organ podatkowy. Powyższe jest zapewne wynikiem omyłek symbolizacyjnych podczas rejestracji spraw w informatycznych systemach sądowych. Należy też podkreślić, że sprawy z powództwa z art. 189¹ k.p.c. zostały oznaczone własnym symbolem „086” dopiero od 1.01.2011 r. dzięki grudniowej nowelizacji ówczesnie obowiązującego załącznika do zarządzenia Ministra Sprawiedliwości z 12.12.2003 r. w sprawie organizacji i zakresu działania sekretariatów sądowych oraz innych działów administracji sądowej²⁴ – co zapewne ułatwiło rejestrowanie²⁵.

Wobec zbyt małej liczby uzyskanych sygnatur spraw rzeczywiście należących do tych wszczętych na skutek powództw o ustalenie przez organy podatkowe, zdecydowano wystąpić z wnioskami w trybie informacji publicznej do samych organów podatkowych, tj. naczelników urzędów skarbowych (400), naczelników urzędów celno-skarbowych (16, wraz z delegaturami – 45 i oddziałami celnymi – 138), dyrektorów izb administracji skarbowej (16), Szefa Krajowej Administracji Skarbowej, Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej i ministra właściwego do spraw finansów publicznych. Wnioskowano o udostępnienie informacji w zakresie sygnatur spraw sądowych wraz z oznaczeniem sądu, które zostały zarejestrowane na skutek wniesienia przez organ pozwu w trybie art. 199a § 3 o.p. w okresie od 1.09.2005 r. do 31.12.2019 r.

W odpowiedzi na złożone wnioski, 347 naczelników urzędów skarbowych udzieliło informacji publicznej (87%), 41 z nich odmówiło jej udzielenia (10%), a od 12 z nich nie otrzymano odpowiedzi (3%). Z liczby 347 organów, które udzieliły odpowiedzi 313 naczelników urzędów skarbowych (90%) wskazało, że nie występowało z powództwem z art. 199a § 3 o.p. Z kolei 34 naczelników (10%) udostępniło listę sygnatur spraw sądowych.

Wszystkich 16 naczelników urzędów celno-skarbowych udzieliło odpowiedzi na przesłany wniosek. Sześciu naczelników (38%) odmówiło udostępnienia informacji publicznej. Dziewięciu naczelników (56%) stwierdziło, że nie występowały przypadki tytułowych powództw na obszarze ich właściwości oraz podlegających im delegaturom i oddziałom celnym. Tylko naczelnik jednego urzędu celno-skarbowego (6%) przesłał sygnatury wnioskowanych spraw.

Wszyscy dyrektorzy izb administracji skarbowej odpowiedzieli na wniosek. Czterech dyrektorów (25%) odmówiło udostępnienia informacji publicznej. Jedenastu (69%) stwierdziło, że nie występowały przypadki powództwa z art. 199a § 3 o.p. we wskazanym okresie. Tylko dyrektor jednej izby skarbowej (6%) wskazał, że występowały takie sprawy.

²⁴ Dz. Urz. MS z 2003 r. Nr 5, poz. 22 ze zm. Obecnie przedmiotowe powództwa są zapisywane także pod symbolem 086, zgodnie z zarządzeniem Ministra Sprawiedliwości z 19.06.2019 r. w sprawie organizacji i zakresu działania sekretariatów sądowych oraz innych działów administracji sądowej (Dz. Urz. MS z 2019 r. poz. 138 ze zm.).

²⁵ Omyłki w mechanizmie symbolizacji spraw (na przykładzie spraw z art. 840 i 840¹ k.p.c.) dostrzeżono także w innych opracowaniach z użyciem empirycznej metody badania prawa – J. Słyk, *Powództwa przeciwkukucyjne małżonka dłużnika*, „Prawo w Działaniu” 2014/17, s. 65, 86.

Wreszcie, należy wskazać, że Szef Krajowej Administracji Skarbowej, Dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej i minister właściwy do spraw finansów publicznych odpowiedzieli na wniosek w trybie informacji publicznej udzielając odpowiedzi negatywnej, tj. o braku spraw, w których wystąpiły te organy podatkowe z powództwem z art. 199a § 3 o.p.

W odróżnieniu od informacji udzielanej przez prezesów sądów każda sygnatura udostępnienia przez organ podatkowy dotyczyła tytułowego powództwa. Podsumowując, z 435 organów podatkowych do jakich przesłano wniosek w trybie informacji publicznej 400 z nich (92%) stwierdziło, że sprawy z art. 199a § 3 o.p. nie występowały.

Na skutek uzyskanych danych ponowiono wnioski o nadesłanie wybranych, zanonimizowanych dokumentów z akt spraw do odpowiednich sądów powszechnych. Nadesłane dokumenty pozwoliły dokonać ostatecznej selekcji uzyskanego materiału badawczego. Z nadesłanych spraw wybrano te, które są prawomocnie zakończone rozstrzygnięciem merytorycznym w dacie selekcji, tj. w marcu 2021 r. W ten sposób uzyskano sygnatury 18 spraw na skutek wniosków składanych do sądów powszechnych oraz 22 spraw na skutek wniosków składanych do organów podatkowych (w sumie 40). Do tej liczby dodano także orzeczenia spełniające powyższe kryteria, które zostały opublikowane w Bazie Orzeczeń LEX, tj. 13 orzeczeń.

Następnie zwrócono się z wnioskiem w trybie informacji publicznej do Ministerstwa Sprawiedliwości (MS) z wnioskiem o przesłanie wszelkich opracowań dotyczących powództwa z art. 189¹ k.p.c. W odpowiedzi, Departament Strategii i Funduszy Europejskich, Wydział Statystycznej Informacji Zarządczej MS przesłał dane w postaci ewidencji wybranych spraw cywilnych w I i II instancji w sądach rejonowych, okręgowych i apelacyjnych w latach 2005–2017²⁶.

Dane wynikające z ewidencji są podstawowe w znaczeniu ilościowym. Ograniczono się do wskazania liczby załatwionych spraw z powództwa z art. 189¹ k.p.c. (oraz sposobu załatwienia) z podziałem na lata. Dane podzielono na cztery tabele; dwie obejmują postępowania w tym przedmiocie prowadzone w I instancji w sądach rejonowym oraz okręgowym, a dwie pozostałe tabelki obejmują postępowania prowadzone w II instancji w sądach okręgowym i apelacyjnym.

Z ewidencji wynika, że w sądach okręgowych w latach 2005–2006 liczba spraw do załatwienia wynosiła 0; w 2007 r. – 7; w 2008 r. – 5; w 2009 r. – 4; w 2010 r. – 2; w 2011 r. – 15; w 2012 r. – 39, w 2014 r. – 45; w 2015 r. – 49; w 2016 r. – 39; w 2017 r. – 42. Z kolei w sądach rejonowych w latach 2005–2010 liczba spraw do załatwienia wynosiła 0, w 2011 r. – 47; w 2012 r. – 79; w 2014 r. – 106; w 2015 r. – 138; w 2016 r. – 132; w 2017 r. – 127.

Powyższe dane mogłyby wskazywać, że tytułowych powództw wpływa więcej niż założono wcześniej. Jednakże wymaga podkreślenia, że w latach 2005–2006 – według ewidencji – liczba spraw do załatwienia wynosiła 0, podczas, gdy ze zgromadzonego orzecznictwa (w części także tego publikowanego na platformie LEX) wynika, iż w 2 sprawach²⁷ zawisłych przed sądami okręgowymi pozew został

²⁶ Departament Strategii i Funduszy Europejskich, Wydział Statystycznej Informacji Zarządczej Ministerstwa Sprawiedliwości (Ewidencja wybranych spraw cywilnych w latach 2005–2017, zbiory własne).

²⁷ Wyrok Sądu Okręgowego (dalej SO) w Krakowie z 30.12.2005 r., I C 296/06, niepubl. (data wniesienia pozwu to: 30.12.2005 r.); wyrok SO w Krakowie z 30.12.2005 r., I C 527/06, niepubl. (data wniesienia pozwu to: 30.12.2005 r.).

złożony w 2005 r., a w 6²⁸ – w 2006 r. Co więcej, w 3 z tych spraw sąd I instancji wydał wyrok w 2006 r. (sprawy I C 296/06, I C 527/06, I C 9/06). Dwie z tych trzech spraw uprawomocniły się w 2006 r., a w zakresie trzeciej sąd II instancji wydał prawomocny wyrok również w 2006 r. (czego też nie odnotowano w ewidencji spraw w postępowaniu drugoinstancyjnym)²⁹.

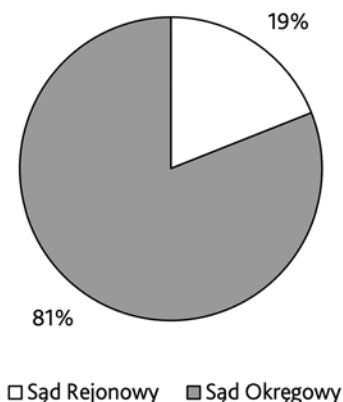
Niezależnie od powyższego, można stwierdzić, że zgromadzone przez autora sprawy wydane na skutek powództwa organów podatkowych o ustalenie nie są wszystkimi sprawami, jakie zostały wszczęte w latach 2005–2019. Część z organów państwa, do jakich kierowano wnioski w trybie informacji publicznej odmówiło jej udzielenia. Jednakże, biorąc pod uwagę różnorodność i intensywność czynności badawczych oraz dane świadczące o tym, że takie powództwa należą do rzadkości (84% prezesów sądów i 92% organów podatkowych, z tych którzy udzielili informacji publicznej, stwierdziło, iż spraw z art. 189¹ k.p.c. nie odnotowano) – można stwierdzić, że próba badawcza w postaci 53 prawomocnie zakończonych spraw dająca 77 wyroków (53 wyroki sądów I instancji i 24 wyroki sądów II instancji) może być wystarczająca dla realizacji celu badawczego.

4. BADANIA WŁAŚCIWE

Z przeprowadzonej analizy ilościowej 53 wyroków pierwszoinstancyjnych, wydanych na skutek powództwa organu podatkowego o ustalenie, w badanym okresie w zakresie właściwości rzeczowej sądu wynika, że 43 wyroki zostały wydane przez sąd okręgowy (81%), a 10 (19%) przez sąd rejonowy (wykres 1).

Wykres 1.

Właściwość rzeczowa sądu, który wydał wyrok w I instancji



Źródło: opracowanie własne.

²⁸ Wyrok SO w Olsztynie z 24.04.2006 r., I C 9/06, niepubl. (data wniesienia pozwu to: 12.01.2006 r.); wyrok SO w Gdańsku z 21.06.2007 r., I C 1151/06, niepubl. (data wniesienia pozwu to: 28.09.2006 r.); wyrok SO w Gdańsku z 6.02.2007 r., I C 1154/06, niepubl. (data wniesienia pozwu to: 28.09.2006 r.); wyrok SO w Gdańsku z 25.04.2007 r., I C 1156/06, niepubl. (data wniesienia pozwu to: 28.09.2006 r.); wyrok SO w Gdańsku z 12.02.2007 r., I C 1155/06, niepubl. (data wniesienia pozwu to: 29.09.2006 r.); wyrok SO w Krakowie z 29.04.2010 r., I C 2132/06, niepubl. (data wniesienia pozwu to: 24.11.2006 r.).

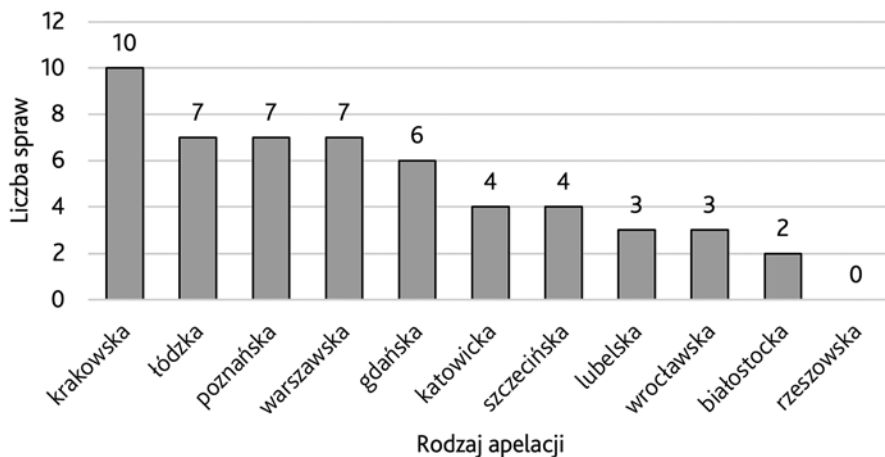
²⁹ Wyrok SA w Białymstoku z 12.10.2006 r., I ACa 395/06, LEX nr 208147.

Wydaje się, że można uznać, iż sprawy o ustalenie istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa mają charakter spraw o prawa majątkowe. Jak stwierdził Sąd Najwyższy, „dla odróżnienia sprawy o prawo majątkowe od sprawy o prawo niemajątkowe znaczenie ma to, czy zgłoszone żądanie zmierza do realizacji prawa lub uprawnienia mającego bezpośredni wpływ na uprawnienie majątkowe strony”³⁰. Powództwo organów podatkowych będące elementem prowadzonego postępowania podatkowego, skutkującego wydaniem decyzji określającej lub ustalającej zobowiązanie podatkowe ma niewątpliwie charakter majątkowy. Tym samym, do tytułowych powództw ma zastosowanie art. 17 pkt 4 k.p.c., co uzasadnia wniosek, że organy podatkowe znacznie częściej występują z powództwem przy wyższej wartości przedmiotu sporu niż 75.000 zł. Wartość przedmiotu sporu w sprawach z art. 189¹ k.p.c. należy wprost odnosić do świadczeń wynikających z takiego ustalenia, tj. świadczeń wynikających z decyzji ustalającej lub określającej zobowiązanie podatkowe. Przykładowo więc wartością przedmiotu sporu w sprawie o ustalenie istnienia umowy sprzedaży nie będzie cena, tylko wysokość zobowiązania podatkowego od podatku od czynności cywilnoprawnych, która byłaby określona w drodze decyzji³¹.

Najczęściej wyroki wydawały sądy z obszaru właściwości apelacji krakowskiej (10 razy), poznańskiej, łódzkiej i warszawskiej (po 7 razy). Najrzadziej sądy z obszaru właściwości apelacji białostockiej (2 razy), lubelskiej i wrocławskiej (po 3 razy). Natomiast z badanej próby nie wynika, by takie wyroki wydano na obszarze apelacji rzeszowskiej. Szczegółowe informacje w tym zakresie przedstawia wykres 2.

Wykres 2.

Właściwość miejscowa sądu, który wydał wyrok w I instancji



Źródło: opracowanie własne.

Organy podatkowe wytaczały powództwa w sposób nieregularny. Zdecydowanie najwięcej pozwów wpłynęło w 2008 r. (8). Drugim z kolei rokiem pod względem liczby

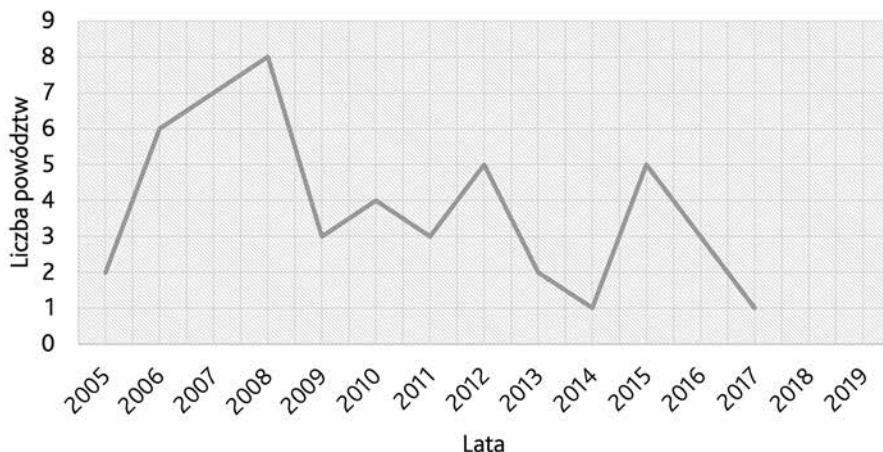
³⁰ Postanowienie SN z 4.11.1998 r., I CKN 705/98, LEX nr 1215489.

³¹ Analogicznie stwierdził SA w Poznaniu w postanowieniu z 18.01.2018 r., III AUz 264/17, LEX nr 2447657, odnośnie do powództw z art. 189 k.p.c.

wytaczanych powództw był 2007 r. (wpłynęło wtedy 7 pozwów). Natomiast w 2014 i 2017 r. wytoczono ich najmniej (po 1). Z kolei w latach 2018–2019 r. nie wytoczono ich w ogóle, ale ta konstatacja może wynikać z faktu, że za próbę badawczą obrano sprawy już prawomocnie zakończone. Szczegółowe dane w tym zakresie prezentuje wykres 3³².

Wykres 3.

Dynamika wytaczania powództw w latach 2005–2019



Źródło: opracowanie własne.

Na podstawie przedstawionego wyżej wykresu można podzielić badany okres na mniejsze odcinki czasu. W ten sposób można uzyskać dokładniejszą analizę dynamiki wytaczanych powództw. Okresy: 2005–2008, 2009–2010, 2011–2012, 2014–2015 to okresy wzrostowe. Z kolei lata: 2008–2009, 2010–2011, 2012–2014 i 2015–2017 to okresy spadkowe. Analiza ta wykazała też nieregularność wytaczanych powództw oraz fakt, że wszystkie rodzaje okresów (spadkowe, wzrostowe) są krótkie – przeważnie trwają 1–2 lata.

Wykres 3 wskazuje ponadto, że lata 2005–2008 to okres (najdłuższy), gdzie wytoczono największą liczbę powództw, tzn. 23. Wydaje się, że taki stan rzeczy może wynikać z faktu ogłoszenia w dniu 14.06.2006 r. wyroku Trybunału Konstytucyjnego (dalej TK), gdzie uznano art. 199a § 3 o.p. i art. 189¹ k.p.c. za zgodne z Ustawą zasadniczą³³. Można tylko przypuszczać, że powyższe „zachęciło” organy do korzystania z nowej instytucji procesowej.

Przechodząc do analizy stron postępowania, można stwierdzić, że po stronie wszczynającej proces nie można mówić o różnorodności. W 49 badanych postępowaniach w tej roli występował naczelnik urzędu skarbowego, a w 4 – dyrektor urzędu kontroli skarbowej (obecnie: naczelnik urzędu celno-skarbowego)³⁴. Procentowe ujęcie powyższego ilustruje wykres 4.

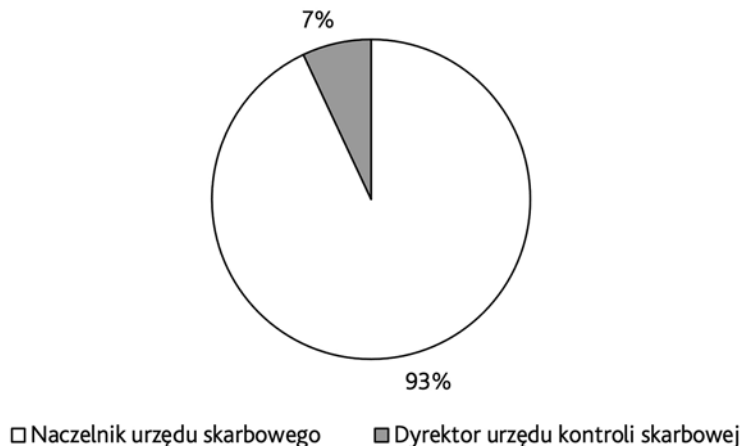
³² Dane przedstawione na wykresie obejmują tylko 50 spraw, ponieważ w 3 sprawach prezesi sądów odmówili udzielenia informacji publicznej w tym zakresie.

³³ K 53/05, LEX nr 197893. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

³⁴ Z uwagi na anonimizację danych osobowych, nie było możliwe dokładne wskazanie (jak to uczyniono w przypadku właściwości miejscowej sądu) w jakiej miejscowości organ podatkowy wytaczający powództwo miał siedzibę.

Wykres 4.

Strona powodowa – rodzaj organu podatkowego



Źródło: opracowanie własne.

Podczas analizy badanej próby skonfrontowano sposób oznaczania strony powodowej przez powoda z poglądami doktryny w tym zakresie. Otóż jedna część przedstawicieli doktryny postępowania cywilnego, tj. m.in. Przemysław Telenga³⁵ i Tadeusz Ereciński³⁶ uważa, że ustawodawca przyznał w art. 189¹ k.p.c. zdolność sądową Skarbowi Państwa działającemu przez właściwy urząd skarbowy (*stationes fisci*). Z kolei Ewa Rudkowska-Ząbczyk³⁷ i Ireneusz Kunicki³⁸ twierdzą, że organy podatkowe mają zdolność sądową. Drugie stanowisko znalazło wyraz w orzecznictwie SN³⁹.

Wśród badanych spraw 24 razy oznaczono w pozwach organ podatkowy jako *stationes fisci* Skarbu Państwa, a 29 razy oznaczono wyłącznie naczelnika urzędu skarbowego bądź dyrektora urzędu kontroli skarbowej (wykres 5). Oznaczenie strony powodowej w ten pierwszy sposób nie prowadziło zawsze do oddalenia powództwa. Przeciwnie, mniej więcej w połowie spraw w pierwszej instancji powództwo zostało oddalone, a w drugiej połowie sąd uwzględnił je i orzekł zgodnie z żądaniem pozwu. Tam, gdzie pozew oddalono – co do zasady – w większości uzasadnień argumentowano to nie nieprawidłowym oznaczeniem strony powodowej, lecz ważnością badanego stosunku prawnego. Natomiast w jednej ze spraw, sąd II instancji zmieniając zaskarżony wyrok, stwierdził, że powództwo powinno podlegać oddaleniu, ponieważ pozew wniósł Skarb Państwa, czyli podmiot nieposiadający legitymacji czynnej w rozumieniu art. 189¹ k.p.c.⁴⁰ Z kolei w innej sprawie sąd II instancji oddalając apelację opartą m.in. na zarzucie dotyczącym braku zdolności sądowej Skarbu Państwa stwierdził, że mimo literalnej treści art. 189¹ k.p.c. i art. 199a § 3 o.p. do wszczęcia postępowania na tej podstawie jest Skarb Państwa reprezentowany przez właściwy

³⁵ P. Telenga, *Art. 189¹ [w:] Kodeks..., t. I, Teza 2.*

³⁶ T. Ereciński, *Art. 189¹ [w:] Kodeks..., t. II, Teza 3.*

³⁷ E. Rudkowska-Ząbczyk, *Art. 189¹ [w:] Kodeks..., Teza 7.*

³⁸ I. Kunicki, *Art. 189¹ [w:] Kodeks..., t. I A, Teza 5.*

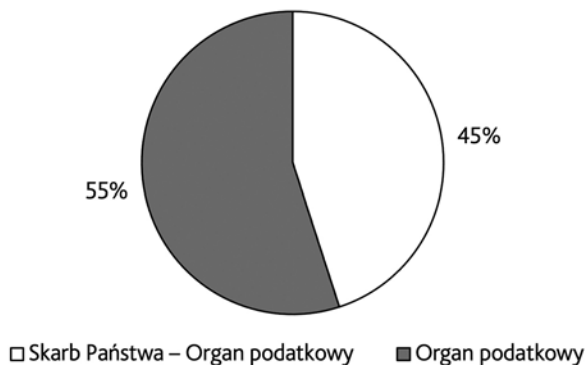
³⁹ Por. wyroki SN: z 28.01.2010 r., IV CSK 261/09 oraz z 18.01.2013 r., IV CSK 322/12.

⁴⁰ Wyrok SO Warszawa-Praga w Warszawie z 29.05.2012 r., IV Ca 76/10, niepubl.

organ podatkowy, albowiem urząd skarbowy jest jednostką wojewódzkiej administracji niezespólonej utworzoną w ramach administracji publicznej rządowej, tj. nie ma samodzielnej pozycji w postępowaniu sądowym jako jednostka organizacyjna⁴¹.

Wykres 5.

Oznaczenie strony powodowej w pozwie

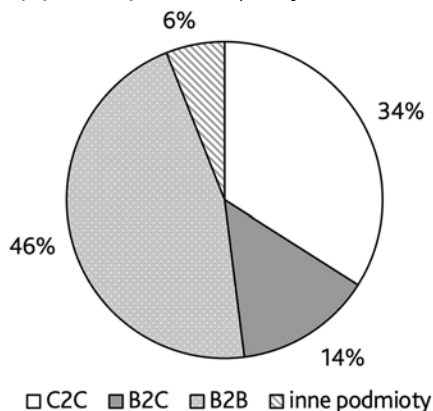


Źródło: opracowanie własne.

Inaczej kształtuje się charakterystyka podmiotów występujących po stronie pozwanej. Można wyróżnić następujące konfiguracje: podmioty nieprowadzące działalności gospodarczej pozostające ze sobą w stosunku prawnym, tzw. *consumer to consumer* – C2C (19 przypadków), podmiot prowadzący działalność gospodarczą pozostający w stosunku prawnym z podmiotem nieprowadzącym działalności gospodarczej, tzw. *business to consumer* – B2C (7 przypadków), podmioty prowadzące działalność gospodarczą pozostające ze sobą w stosunku prawnym, tzw. *business to business* – B2B (24 przypadków) oraz inne nienależące do żadnej z tych kategorii (3 przypadki). Procentowe ujęcie powyższego przedstawia wykres 6.

Wykres 6.

Strona pozwana – podmioty będące ze sobą w stosunku prawnym



Źródło: opracowanie własne.

⁴¹ Wyrok SA w Gdańsku z 6.07.2007 r., I ACa 428/07, niepubl.

Co więcej, w 33 sprawach przynajmniej jednym z pozwanych był przedsiębiorca. Najczęściej występował on w formie jednoosobowej działalności gospodarczej (20 razy), ale także i w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (11 razy), czy też spółki jawnej (2 razy). Taki podział odzwierciedla formę prawną działalności gospodarczej najchętniej wybieraną przez polskich przedsiębiorców. Procentowe ujęcie powyższego prezentuje wykres 7.

Wykres 7.

Forma prawna podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą występującego po stronie pozwanej



Źródło: opracowanie własne.

Te nienależące do żadnej z trzech kategorii przykłady strony pozwanej to: jednostka samorządu terytorialnego i samorządowy zakład budżetowy⁴², spółka z ograniczoną odpowiedzialności i prezes jej zarządu⁴³ oraz państwowe przedsiębiorstwo⁴⁴.

Tylko w jednej z badanych spraw naruszono obowiązek oznaczenia po stronie pozwanej minimum dwóch podmiotów, tj. stron stosunku prawnego lub prawa. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Sądu Najwyższego w przypadku powództwa o ustalenie istnienia lub nieistnienia umowy konieczne jest pozwanie łącznie wszystkich osób będących stronami umowy⁴⁵. W sprawie I C 1802/12 oznaczono jako stronę pozwaną tylko jedną stronę umowy komisju, co skutkowało oddaleniem powództwa z uwagi na brak legitymacji bierniej.

Jeśli chodzi o rodzaj stosunku prawnego lub prawa, jaki podlegał badaniu przez sąd pod kątem jego istnienia lub nieistnienia, to w badanej próbie najczęściej były to umowy sprzedaży (21 razy); umowy nienazwane (10 razy), tj. o świadczenie usług, o współpracy albo umowy kombinowane; umowy darowizny (7 razy); umowy pożyczki (5 razy).

Wśród umów sprzedaży dominowały umowy sprzedaży nieruchomości (8 razy), ruchomości (8 razy), przedsiębiorstwa (3 razy) i usług (2 razy).

⁴² Wyrok SO w Poznaniu z 12.01.2015 r., XIC 325/14, niepubl.

⁴³ Wyrok SO w Warszawie z 26.03.2009 r., IV C 293/07, niepubl.

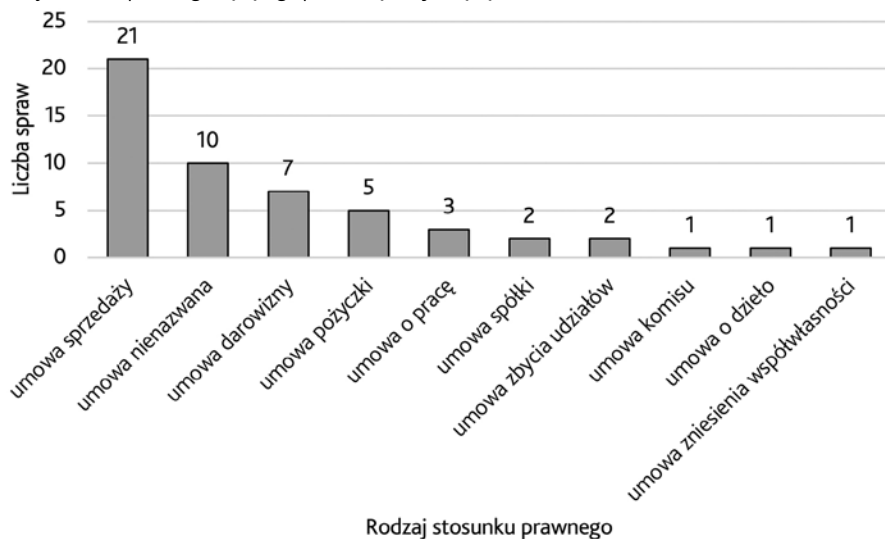
⁴⁴ Wyrok SO we Wrocławiu z 1.07.2014 r., I C 1802/12, Legalis nr 2172209.

⁴⁵ Uchwała SN z 17.09.1969 r., III CZP 65/69, Legalis nr 14089.

Szczegółowe informacje w tym zakresie ilustruje wykres 8.

Wykres 8.

Rodzaj stosunku prawnego będącego podstawą faktyczną żądania

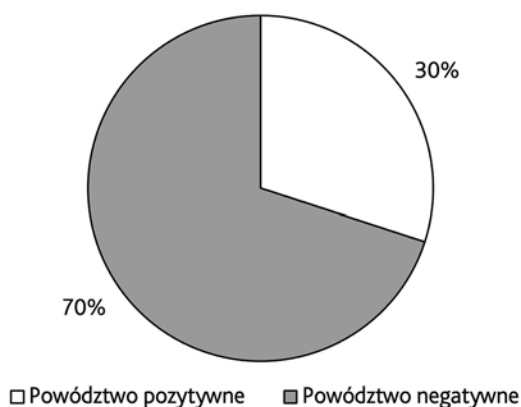


Źródło: opracowanie własne.

W większości spraw organ podatkowy występował z powództwem negatywnym, tj. domagał się ustalenia nieistnienia stosunku prawnego lub prawa (37 przypadków), a ustalenia istnienia (tzw. powództwo pozytywne) tylko w 16 przypadkach. Procentowe ujęcie powyższego przedstawia wykres 9.

Wykres 9.

Typ powództwa



Źródło: opracowanie własne.

Natomiast co do dokładnie określonego żądania pozwu w badanej próbie zachodzi większa różnorodność. W 31 sprawach organ podatkowy wnosił o ustalenie

nieistnienia (lub istnienia) umowy. Najczęściej powód formułował żądanie w sposób ogólny, tj. „o ustalenie nieistnienia umowy sprzedaży zawartej w dniu X między stronami Y i Z” i dopiero w uzasadnieniu pozwu przedstawiał proponowaną przyczynę istnienia albo nieistnienia. Czasem uszczegółowienie następowało już w żądaniu pozwu np. wnoszono o ustalenie, że umowa sprzedaży istnieje i wywołuje skutki prawne⁴⁶ albo o ustalenie nieistnienia umowy sprzedaży poprzez stwierdzenie nieważności⁴⁷.

W 9 sprawach powód wniósł od razu o ustalenie stwierdzenia nieważności umowy. Niekiedy precyzowano żądanie poprzez wniosek o ustalenie stwierdzenia nieważności umowy z uwagi na jej pozorność⁴⁸ albo o ustalenie, że czynności dokumentowane fakturami są nieważne, mające na celu obejście przepisów prawa podatkowego⁴⁹.

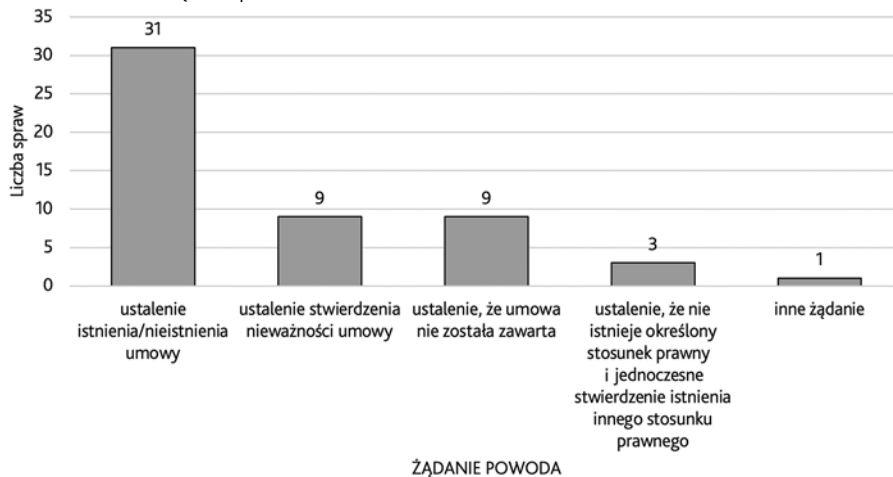
W 9 sprawach organ podatkowy wniósł o ustalenie, że umowa nie została zawarta.

Natomiast w 3 sprawach organ podatkowy wniósł o ustalenie, że nie istnieje określony stosunek prawny i jednocześnie o stwierdzenie, iż zamiast niego istnieje inny stosunek. Sprowadzało się to do wniosku o ustalenie, że nie istnieje umowa pożyczki i powiernictwa oraz ustalenie, czy zamiast tych stosunków prawnych strony łączy umowa darowizny lub inna umowa o podobnym charakterze⁵⁰, wniosku o ustalenie, iż umowa zniesienia współwłasności nieruchomości stanowi czynność darowizny⁵¹, a także wniosku o ustalenie, że umowa przeniesienia własności nieruchomości to umowa sprzedaży nieruchomości⁵².

Z kolei w jednej sprawie organ podatkowy nie wniósł o ustalenie istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego, tylko o ustalenie, że małoletni zstępni zmarłego współnika stali się współnikami spółki⁵³ (wykres 10).

Wykres 10.

Dokładnie określone żądanie powoda



Źródło: opracowanie własne.

⁴⁶ Wyrok SO w Poznaniu z 28.07.2011 r., XIII C 424/11, niepubl.

⁴⁷ Wyrok SO w Łodzi z 9.07.2010 r., II C 1263/09, niepubl.

⁴⁸ Por. wyrok SO w Katowicach z 29.09.2014 r., I C 939/11, niepubl.

⁴⁹ Wyrok Sądu Rejonowego (dalej SR) w Wołominie z 25.09.2009 r., I C 429/07, niepubl.

⁵⁰ Wyrok SO w Poznaniu z 27.02.2017 r., XIV C 440/15, LEX nr 225799.

⁵¹ Wyrok SO w Szczecinie z 26.02.2010 r., I C 657/09, niepubl.

⁵² Wyrok SR w Grodzisku Mazowieckim z 15.06.2018 r., I C 899/15, niepubl.

⁵³ Wyrok SO w Nowym Sączu z 16.11.2016 r., I C 68/16, niepubl.

Wydaje się, że nie ma przeszkód prawnych, by organ podatkowy precyzował swoje żądanie ustalenia istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa o wskazanie konkretnej przyczyny powyższego podstawy prawnej, tj. niezawarcie umowy czy jej nieważność. Sąd rozpoznający powództwo nie jest związany podstawą prawną roszczenia i może uwzględnić żądanie na innej podstawie prawnej, jeśli tylko nie wykracza poza ramy faktyczne określone w pozwie⁵⁴. W sprawach o ustalenie to wskazywany stosunek prawny lub prawo łączące strony to ogół okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie, a podstawa prawna (np. art. 58 lub 83 k.c.) nie wiąże sądu i może być pominięta przy wydawaniu orzeczenia⁵⁵. Podobnie stwierdził Sąd Apelacyjny w Białymstoku uznając, że związanie granicami żądania nie oznacza, iż sąd związany jest w sposób bezwzględny samym sformułowaniem zgłoszonego żądania. Jeśli jest ono wyrażone niewłaściwie, niewyraźnie lub nieprecyzyjnie, wówczas sąd może, a nawet ma obowiązek odpowiednio je zmodyfikować, jednakże zgodnie z wolą powoda i w ramach podstawy faktycznej powództwa, chodzi bowiem wyłącznie o nadanie ujawnionej w treści pozwu woli powoda poprawnej juretycznie formy⁵⁶.

Osobną kwestią jest żądanie powoda, w którym wnosi on o ustalenie, że zamiast nieistniejącego stosunku prawnego istnieje inny stosunek prawny. Słusznie wskazał SO w Poznaniu w jednym z badanych orzeczeń, że powództwo wniesione w trybie art. 189¹ k.p.c. może mieć charakter pozytywny lub charakter negatywny. Natomiast za niedopuszczalne należy uznać zawarte w pozwie żądanie, by na wypadek ustalenia przez sąd nieistnienia wskazanego przez stronę powodową stosunku prawnego lub prawa sąd oznaczył, jaki stosunek prawny lub jakie prawo zachodzi⁵⁷.

Istotną kwestią jest także wskazanie w przedmiocie jakiego podatku prowadzone jest postępowanie podatkowe, w którym organ zdecydował się skorzystać z art. 189¹ k.p.c. Najczęściej następowało to w trakcie prowadzonego postępowania w przedmiocie: podatku dochodowego (19 spraw), podatku od towarów i usług (15 spraw), podatku od spadków i darowizn (8 spraw), podatku dochodowego oraz podatku od towarów i usług (7 spraw), a także podatku od czynności cywilnoprawnych (4 sprawy).

Szczegółowe dane w tym zakresie prezentuje wykres 11.

Te ustalenia znajdują odzwierciedlenie w realiach funkcjonowania systemu podatkowego w Polsce. Po pierwsze, wpływy z podatku od towarów i usług oraz podatków dochodowych, zwłaszcza podatku dochodowego od osób fizycznych, stanowią, obok podatku akcyzowego, najwyższe dochody podatkowe do budżetu państwa. Po drugie, najwięcej postępowań podatkowych i kontroli podatkowych jest wszczynana w przedmiocie podatków dochodowych oraz od towarów i usług. Po trzecie, brak podatków lokalnych w badanej próbie wynika z typu organu podatkowego będącego powodem. Organem właściwym w sprawach tych podatków jest zgodnie z art. 1c ustawy o podatkach i opłatach lokalnych⁵⁸ wójt (burmistrz, prezydent miasta).

⁵⁴ Wyrok SN z 1.04.2011 r., III CSK 220/10, LEX nr 1129119.

⁵⁵ SN m.in. w wyroku z 25.04.2008 r., II CSK 613/07, LEX nr 420867.

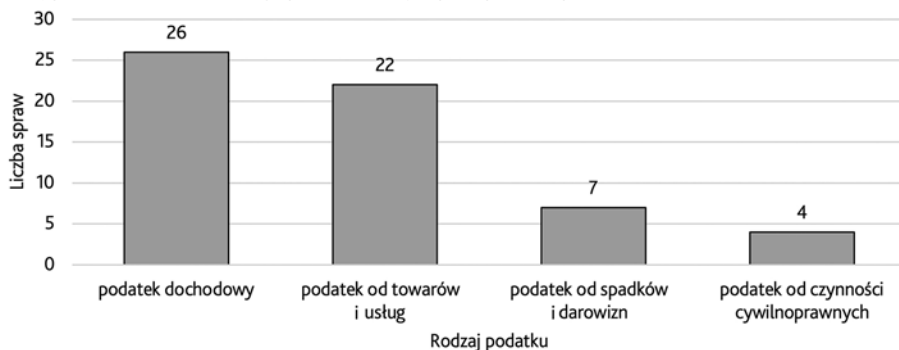
⁵⁶ Wyrok SA w Białymstoku z 25.04.2014 r., I ACa 59/14, LEX nr 1461013. Por. też wyrok SA w Gdańsku z 25.06.2015 r., III APa 12/15, LEX nr 1781890.

⁵⁷ Wyrok SO w Poznaniu z 27.02.2017 r., XIV C 440/15.

⁵⁸ Ustawa z 12.01.1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1170 ze zm.).

Wykres 11.

Rodzaj podatku w zakresie którego prowadzone było postępowanie podatkowe



Źródło: opracowanie własne.

Jeśli zaś chodzi o prowadzone postępowanie dowodowe przez sąd I instancji, to we wszystkich badanych sprawach (53) sąd dokonywał ustaleń faktycznych na podstawie dowodów z dokumentów w postaci akt zgromadzonych przez organ podatkowy w ramach postępowania podatkowego, tj. m.in. deklaracji podatkowych, umów zawartych przez strony, decyzji wydawanych przez organy podatkowe, ksiąg podatkowych. Z kolei dowód z przesłuchania strony (art. 199 o.p.) lub zeznania świadków (art. 190 o.p.) znajdujący się w aktach postępowania podatkowego służył jako dowód z dokumentu potwierdzający wiarygodność dowodów osobowych przeprowadzanych już przed sądem powszechnym.

Za pojawiające się dowody z dokumentów, ale nieznajdujące się w aktach podatkowych w badanej próbie można wskazać postanowienie sądu o ogłoszeniu upadłości⁵⁹, dokumenty dotyczące wykonania umowy⁶⁰.

W przeważającej większości spraw (43) sąd powszechny przeprowadzał dowód z przesłuchania stron z ograniczeniem do strony pozwanej, a także z zeznań świadków (31). W żadnej z badanych spraw nie przeprowadzono dowodu z opinii biegłych, oględzin oraz innych środków dowodowych. W jednej ze spraw oddalono wnioski dowodowe o przeprowadzenie opinii biegłego grafologa oraz doradcy podatkowego⁶¹ (wykres 12).

Kluczowym elementem analizy badanych spraw jest rodzaj rozstrzygnięć sądu. W 29 sprawach uwzględniono powództwo w I instancji, w 23 sprawach oddalono powództwo, a w jednej sprawie umorzono postępowanie (wykres 13).

W 12 wyrokach, w których uwzględniono powództwo, sąd w sentencji nie położył się zwrotem „ustala, że istnieje/nie istnieje stosunek prawny”, tylko określił wprost, jak należy traktować sporny stosunek prawny.

Przykładowo, w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach stwierdzono nieważność umowy sprzedaży⁶², w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie stwierdzono,

⁵⁹ Wyrok SO w Nowym Sączu z 16.11.2016 r., I C 68/16.

⁶⁰ Wyrok SO w Szczecinie z 5.08.2009 r., I C 153/07, niepubl.

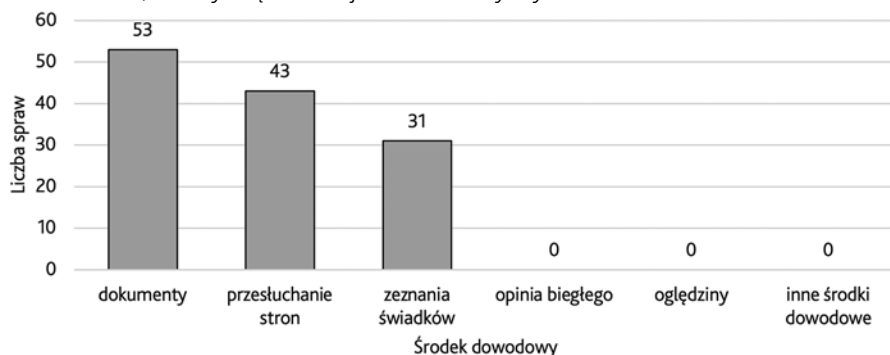
⁶¹ Wyrok SR w Wołominie z 25.09.2009 r., I C 429/07.

⁶² Wyrok SO w Katowicach z 29.09.2014 r., I C 939/11.

że umowa była fikcyjna i pozorna⁶³, w wyrokach Sądu Okręgowego w Warszawie uznano, iż umowa zbycia udziałów jest nieważna⁶⁴, a w wyrokach Sądu Okręgowego w Sieradzu i Sądu Rejonowego w Wieluniu stwierdzono, że doszło do zawarcia umowy darowizny⁶⁵. W pozostałych 17 sprawach rozstrzygniętych na korzyść powoda, w sentencji wyroku ograniczono się do parafrazy treści art. 189¹ k.p.c. i doprecyzowania rodzaju umowy, dnia jej zawarcia oraz stron.

Wykres 12.

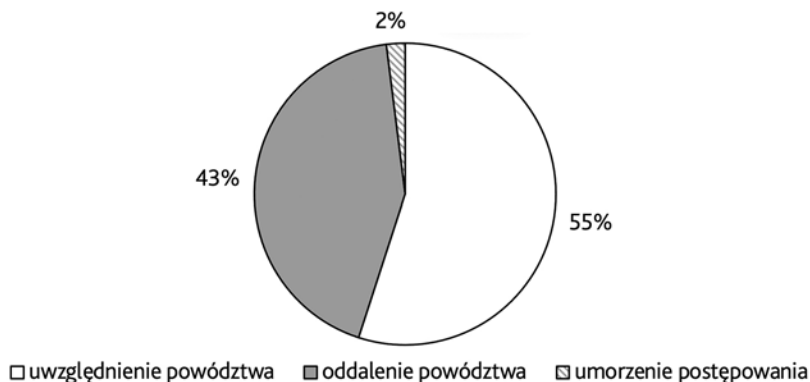
Środki dowodowe, na których sąd I instancji ustalił stan faktyczny



Źródło: opracowanie własne.

Wykres 13.

Rodzaje rozstrzygnięć sądu I instancji



Źródło: opracowanie własne.

Podstawą prawną rozstrzygnięcia sądu najczęściej był art. 83 k.c., tj. pozorność jako wada oświadczenia woli (23 razy). Przy czym w 14 wyrokach sąd stwierdził, że umowa nie istniała, ponieważ została zawarta dla pozorów. W pozostałych 9 uznano, że stosunek prawny nie był dotknięty tą wadą.

⁶³ Wyrok SO w Krakowie z 29.04.2010 r., I C 2132/06.

⁶⁴ Wyrok SO w Warszawie z 8.04.2009 r., IV C 500/08, niepubl.; wyrok SO w Warszawie z 30.04.2015 r., IV C 501/08, niepubl.

⁶⁵ Wyrok SO w Sieradzu z 24.10.2016 r., I C 114/16, LEX nr 2150385; wyrok SR w Wieluniu z 30.12.2015 r., VIII C 139/15, LEX nr 2095545.

Często podstawą prawną rozstrzygnięcia sądu były przepisy definiujące konkretne rodzaje umów, tj. sprzedaży, darowizny, umowy o pracę, o dzieło (11 spraw). W tym zakresie 5 razy oddalono powództwo, twierdząc że spełnione zostały wszystkie przesłanki umowy, została ona zawarta i ważna. Uwzględniając powództwo, najczęściej ustalano nieistnienie umowy powołując się na brak wszystkich *essentialia negotii*.

Sądy również orzekały na podstawie art. 58 § 1 k.c. (4 razy). Najczęściej stwierdzały nieważność umowy z uwagi na sprzeczność z prawem – art. 210 ustawy z 15.09.2000 r. – Kodeks spółek handlowych⁶⁶.

W 4 sprawach sądy oddaliły powództwo z uwagi na niespełnienie przesłanki z art. 199a § 3 o.p. w postaci tego, że z dowodów zgromadzonych w toku postępowania podatkowego nie wynikały wątpliwości co do istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa. Przejawiało się to poprzez konstatacje sądu, że np. to rodzaj stosunku prawnego łączącego strony ustalił sam organ zgodnie z art. 199a § 2 o.p.⁶⁷ między dowodami zgromadzonymi w toku postępowania dowodowego (w tym między zeznaniami stron) nie zachodziły sprzeczności⁶⁸, czy też niekwestionowanie przez pozwaną ustaleń poczynionych przez organ podatkowy⁶⁹.

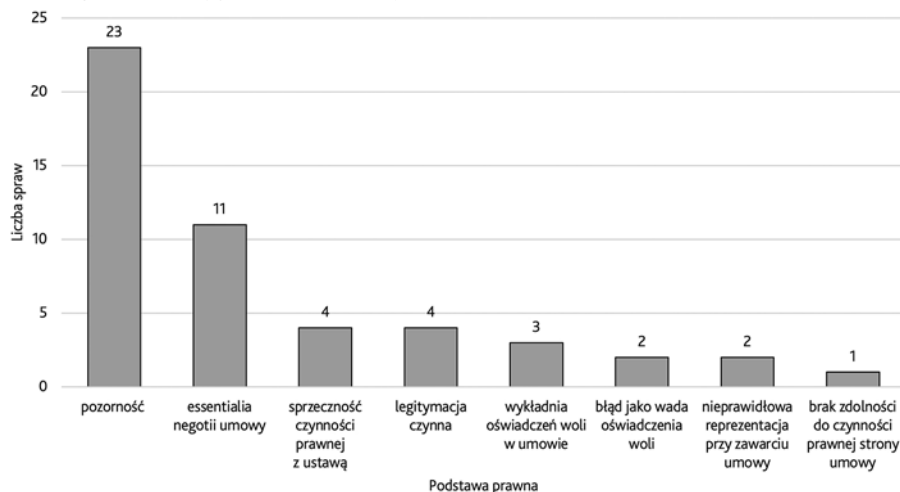
Do pozostałych podstaw prawnych należały: błąd jako wada oświadczenia woli (2 sprawy), wykładnia oświadczeń woli (3 sprawy), nieprawidłowa reprezentacja przy zawarciu umowy (2 sprawy) oraz brak zdolności do czynności prawnych (jedna sprawa).

Trzy wyroki nie podlegały badaniu w zakresie podstawy prawnej rozstrzygnięcia, albowiem dla dwóch z nich nie zostało sporządzone uzasadnienie⁷⁰, a w jednym wyroku – sąd umorzył postępowanie z uwagi na cofnięcie pozwu przez powoda⁷¹.

Szczegółowe dane w tym zakresie ilustruje wykres 14.

Wykres 14.

Podstawa prawna rozstrzygnięcia sądu I instancji



Źródło: opracowanie własne.

⁶⁶ Dz.U. z 2020 r. poz. 1526 ze zm. – dalej k.s.h.

⁶⁷ Wyrok SO w Olsztynie z 24.04.2006 r., I C 9/06, niepubl.

⁶⁸ Wyrok SO w Gdańsku z 21.06.2007 r., I C 1151/06.

⁶⁹ Wyrok SR Katowice-Wschód w Katowicach z 15.03.2013 r., I C 643/08, niepubl.

⁷⁰ Wyrok SO w Koszalinie z 31.08.2016 r., I C 705/14, niepubl.; wyrok SR w Wołominie z 21.09.2007 r., I C 427/07, niepubl.

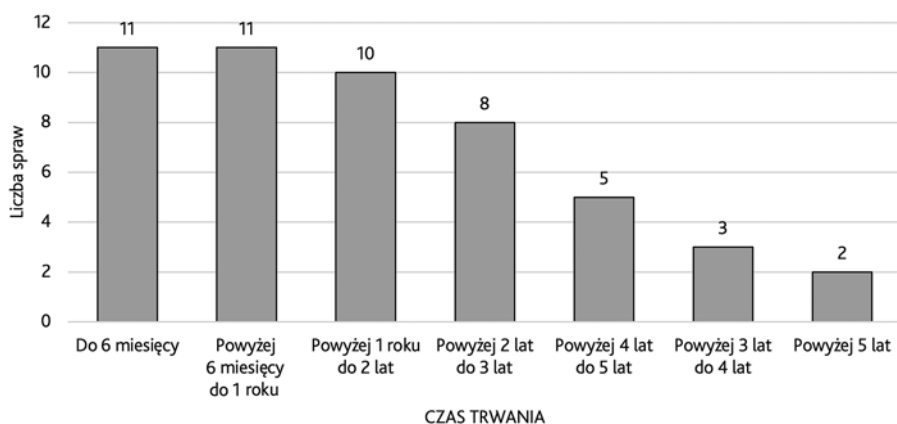
⁷¹ Wyrok SR w Zielonej Górze z 25.05.2009 r., I C 3/08, niepubl.

Z badanej próby wynika, że czas trwania postępowania pierwszoinstancyjnego – liczonego od dnia wniesienia pozwu do dnia wydania orzeczenia w pierwszej instancji – wyniósł średnio 659 dni, a mediana – 504 dni. Najkrótsze trwało 1 miesiąc 16 dni (53 dni), a najdłuższe 7 lat i 290 dni (2570 dni)⁷².

Największa liczba spraw została rozpoznana do 6 miesięcy (11) oraz od 6 miesięcy do 1 roku (11). Z kolei najdłużej rozpoznawano 2 sprawy – ponad 5 i 7 lat (wykres 15).

Wykres 15.

Czas trwania postępowania pierwszoinstancyjnego



Źródło: opracowanie własne.

Postępowanie apelacyjne toczyło się w 24 sprawach. W 23 sprawach doszło do wydania wyroku przez sąd II instancji, a w jednej sprawie apelacja została odrzucona⁷³.

Wniesienie środka odwoławczego w większości przypadków nie doprowadziło do zmiany wyroku sądu I instancji. Apelację oddalono w 18 sprawach, uwzględniono w 5. W 4 z 5 spraw zmiana wyroku nastąpiła na korzyść strony pozwanej, tj. sąd II instancji oddalił powództwo organu podatkowego. Odbyło się to z następujących przyczyn: utracenie legitymacji czynnej powoda, ponieważ postępowanie podatkowe zostało zakończone decyzją o umorzeniu postępowania⁷⁴; odmienna ocena materiału dowodowego i uznanie, że przedmiotowa umowa nie była pozorna⁷⁵; brak legitymacji czynnej po stronie powoda z uwagi na nieprawidłowe oznaczenie strony powodowej (organ podatkowy jako *stationes fisci* Skarbu Państwa)⁷⁶; dostarczenie nowych dowodów przez stronę pozwaną świadczących o prawidłowej reprezentacji w dniu zawierania spornej umowy⁷⁷. W jednej sprawie sąd jednak

⁷² Wartość ta została obliczona na podstawie 50 spraw, ponieważ w 3 sprawach prezesi sądów odmówili udostępnienia informacji publicznej w tym zakresie.

⁷³ Wyrok SR w Zielonej Górze z 25.05.2009 r., I C 3/18.

⁷⁴ Wyrok SA w Białymstoku z 20.10.2016 r., I ACa 701/16, LEX nr 2152443.

⁷⁵ Wyrok SA w Łodzi z 29.01.2010 r., I ACa 971/09, niepubl.

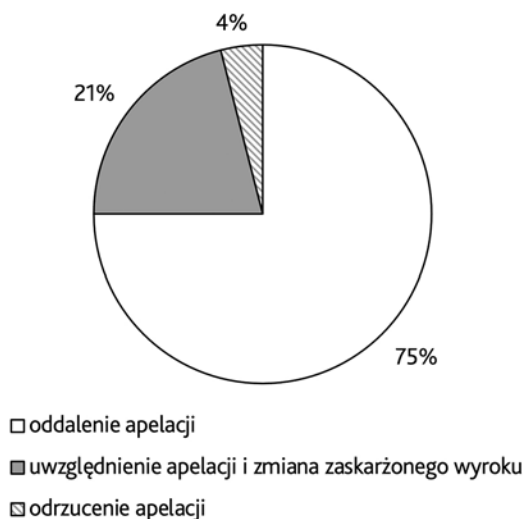
⁷⁶ Wyrok SO Warszawa-Praga w Warszawie z 29.05.2012 r., IV Ca 76/10.

⁷⁷ Wyrok SA w Warszawie z 28.02.2019 r., VI ACa 573/16, LEX nr 2728634.

przyznał rację organowi podatkowemu, stwierdzając, że pozwani ukryli przez powodem czynność darowizny, a sąd nieprawidłowo ocenił zgromadzony materiał dowodowy⁷⁸ (wykres 16).

Wykres 16.

Rodzaje rozstrzygnięć sądu II instancji



Źródło: opracowanie własne.

Sąd odwoławczy prowadził postępowanie dowodowe tylko w 2 sprawach, za każdym razem dopuszczając dowód z dokumentu zgłoszony przez stronę pozwaną.

Zestawiając rezultaty badawcze uzyskane na skutek analizy orzecznictwa drugoinstancyjnego można stwierdzić, że stosunek wygranych do przegranych spraw uległ zmianie. Po pierwszej instancji procesy częściej wygrywały organy podatkowe (uwzględniono powództwo w 29 sprawach, a w 23 – oddalono). Po drugiej instancji uwzględniono apelację na korzyść podatników w 4 przypadkach, a w jednym na niekorzyść. Tym samym, jeżeli w badanych 52 sprawach, w których można mówić o „stronie wygranej” i „stronie przegranej”, to 26 razy powództwo wygrali podatnicy, a 26 razy organy podatkowe, to stosunek tych pierwszych do drugich ma się jak 26:26, tj. 1:1.

Z badanej próby wynika, że czas trwania postępowania drugoinstancyjnego, liczonego od dnia ogłoszenia wyroku I instancji do dnia wydania orzeczenia w drugiej instancji – wyniósł średnio 421 dni, a mediana trwania postępowania wyniosła 273 dni. Najkrótsze postępowanie trwało 4 miesiące i 20 dni (149 dni), a najdłuższe – 5 lat 5 miesięcy i 19 dni (2002 dni).

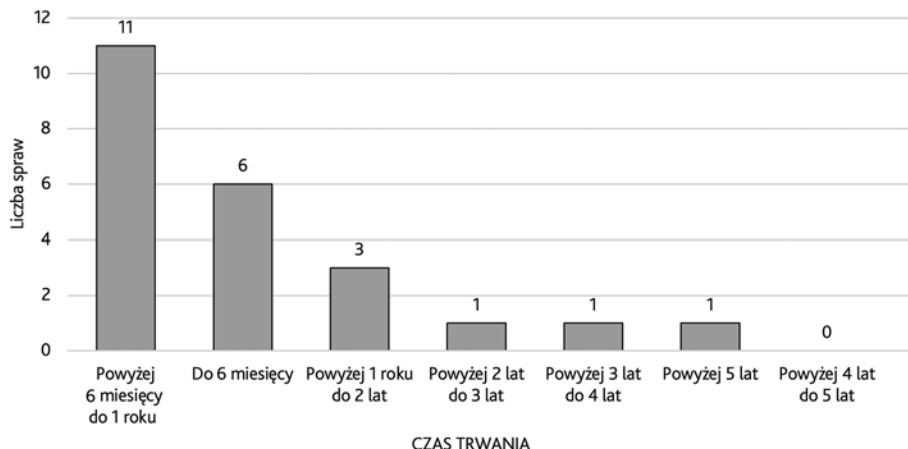
Największą liczbę spraw (11) rozpoznano w ciągu okresu powyżej 6 miesięcy do 1 roku. Z kolei w 6 sprawach, postępowanie sądowe przed sądem II instancji

⁷⁸ Wyrok SA w Szczecinie z 30.06.2010 r., I ACa 319/10, niepubl.

udało się zakończyć w okresie krótszym, tj. do 6 miesięcy. Najdłużej rozpoznawano jedną sprawę – ponad 5 lat (wykres 17).

Wykres 17.

Czas trwania postępowania drugoinstancyjnego



Źródło: opracowanie własne.

5. PODSUMOWANIE

Celem artykułu było omówienie wyników analizy orzecznictwa w zakresie powództw organów podatkowych ustalenia przez sąd istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa (art. 189¹ k.p.c.). W ocenie autora znalazło to potwierdzenie w opracowaniu. Ponadto przeprowadzone badania pozwoliły na zweryfikowanie postawionej na wstępie procesu badawczego hipotezy, o czym poniżej.

Hipoteza główna potwierdziła się w części. Po przeprowadzeniu badań empirycznych, mimo niewielkiego materiału badawczego, można było wskazać statystyczny obraz postępowania sądowego wszczętego na skutek powództwa organów podatkowych o ustalenie istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego albo prawa. Przedstawia się on w sposób następujący.

Po pierwsze, sądami najczęściej rozpoznającymi sprawy z art. 189¹ k.p.c. są sądy okręgowe, a nie rejonowe (w 81% przypadków), zaś sądami najczęściej rozpoznającymi te sprawy są sądy należące do apelacji krakowskiej (10 spraw), a nie warszawskiej (7 spraw). Po drugie, jak zakładano na wstępie, najczęściej powództwa są wnoszone przez naczelników urzędów skarbowych (w 93% przypadków). Ponadto najczęściej pozew jest wnoszony w ramach prowadzonego postępowania podatkowego w przedmiocie podatków dochodowych (w 49% przypadków). Po trzecie, jak zakładano, najczęściej jednym z podmiotów składających się na stronę pozwaną jest przedsiębiorca (w 63% przypadków). Po czwarte, jak zakładano, najczęściej wytaczano powództwa o ustalenie nieistnienia stosunku prawnego w postaci umowy sprzedaży (w 40% przypadków). Po piąte, jak zakładano, sądy I instancji najczęściej uwzględniały powództwo, ustalając nieistnienie stosunku prawnego z uwagi na nieważność umowy z powodu pozorności, jako

wady oświadczenia woli (w 59% przypadków). Po szóste, średni czas postępowania I instancji, liczony od dnia wniesienia pozwu do dnia wydania orzeczenia w pierwszej instancji, trwa od 1 roku do 2 lat (średnia – 659 dni, a mediana – 504 dni), a nie do 1 roku. Po siódme, jak zakładano, dla rozstrzygnięcia sprawy najczęściej istotne znaczenie miały środki dowodowe w postaci akt postępowania podatkowego (w 100% przypadków) oraz osobowe źródła dowodowe, a dokładnie rzecz biorąc przesłuchanie stron z ograniczeniem do pozwanego (w 81% przypadków) i zeznania świadków (w 59% przypadków). Dowodu z opinii biegłego i oględzin dotychczas nie przeprowadzano w tych sprawach. Po ósme, jak zakładano, sądy II instancji najczęściej oddalały apelację (w 75% przypadków). Po dziewiąte, średni czas postępowania II instancji, liczony od dnia ogłoszenia wyroku w pierwszej instancji do dnia wydania orzeczenia w drugiej instancji, trwa nieco ponad 1 rok czasu (średnia – 421 dni, a mediana – 273 dni), a nie do 6 miesięcy.

Ponadto z ustaleń badawczych wynika, że liczba wnoszonych do sądów powszechnych tytułowych powództw jest znikoma. Autorowi opracowania, po przeprowadzeniu wielu czynności badawczych, z uwzględnieniem 14-letniego okresu, udało się zebrać tylko prawomocnie zakończone 53 sprawy sądowe. Z zestawienia wpływu spraw cywilnych do sądów rejonowych i okręgowych za lata 2012–2017, opracowanego przez Instytut Wymiaru Sprawiedliwości wynika, że corocznie spraw w postępowaniu procesowym zwykłym (repertorium C) wpływało do sądów rejonowych ok. 400.000, a do sądów okręgowych – ok. 140.000⁷⁹. Dlatego też liczba rejestrowanych spraw z art. 189¹ k.p.c. jest praktycznie niedostrzegalna (ok. 0,009% wszystkich rocznych spraw w repertorium C zawisłych przed tymi sądami), co ma wpływ na statystyczny obraz postępowania sądowego wszczętego na skutek powództwa z art. 189¹ k.p.c.

Powyższy stan rzeczy wynika z faktu, że organy podatkowe – co do zasady – nie występują z tym powództwem. Zostało to szerzej opisane w pkt 3. artykułu podczas omawiania procesu gromadzenia materiału badawczego. Jednakże nie można na podstawie badanej próby stwierdzić jednoznacznie, co jest tego przyczyną. Można tylko przypuszczać, że jest to wynikiem dokonywania przez organy podatkowe samodzielnej kwalifikacji czynności prawnej w trybie art. 199a § 1 o.p., zamiast występowania z powództwem z art. 199a § 3 o.p. w zw. z art. 189¹ k.p.c. W tym zakresie więcej informacji mogą dostarczyć akta organów podatkowych, a przede wszystkim te prowadzone w sprawach, w których nie występowano z tytułowym powództwem.

Przeprowadzona analiza z pewnością nie wyczerpuje wszystkich zagadnień związanych z problematyką orzeczeń wydanych na skutek powództwa o ustalenie wniesionego przez organy podatkowe. Warto byłoby zbadać tę problematykę także pod kątem sądowo-administracyjnym. Planowane są jednak dalsze prace w tym zakresie, ponieważ w przyszłości, po przeprowadzeniu wielu badań, można poddać pod szerszą dyskusję zasadność utrzymywania w polskim porządku prawnym instytucji z art. 189¹ k.p.c. w zw. z art. 199a § 3 o.p.

⁷⁹ A. Siemaszko, P. Ostaszewski, J. Włodarczyk-Madejska, *Tendencje wpływu spraw do polskich sądów powszechnych. Analizy wymiaru sprawiedliwości*, Warszawa 2019, s. 13, 23.

Summary

Patryk Kowalski, *Actions Brought by Tax Authorities to Establish Existence or Non-Existence of a Legal Relationship or Right in the Light of Empirical Legal Research*

The article presents the results of empirical legal research on the case law of ordinary courts concerning actions brought by tax authorities to establish the existence or non-existence of a legal relationship or right. The research material comprised 53 cases concluded with a final judgment, which were brought before Polish district and regional courts (as courts of first instance) in the period from 1 September 2005 to 31 December 2019. The research as such led the author to several most important conclusions. Firstly, the number of actions brought under this procedure is negligible. Secondly, the highest number of actions was brought in the period 2005–2008. Thirdly, these actions are most often brought by the Heads of Tax Offices as part of tax proceedings related to income taxes. Fourthly, when the tax authority brings an action, in most cases it demands establishing non-existence of a contract, arguing that the legal relationship is based on a defective declaration of intent.

Keywords: *action to establish the existence or non-existence of a legal relationship or right, tax authorities, empirical method of legal research, circumvention of tax law, interpretation of declarations of intent in tax law*

Streszczenie

Patryk Kowalski, *Powództwo organów podatkowych o ustalenie w świetle badań empirycznych*

W niniejszym artykule przedstawiono wyniki badań empirycznych dotyczących orzecznictwa sądów powszechnych w sprawie powództw wnoszonych przez organy podatkowe o ustalenie istnienia bądź nieistnienia stosunku prawnego lub prawa. Za materiał badawczy posłużyły 53 zakończone prawomocnym wyrokiem sprawy, które wpłynęły do polskich sądów rejonowych i okręgowych (jako sądów I instancji) w okresie od 1.09.2005 r. do 31.12.2019 r. Badania właściwie doprowadziły autora do kilku najważniejszych wniosków. Po pierwsze, liczba powództw wytaczanych w tym trybie jest znikoma. Po drugie, największa liczba powództw została wytoczona w latach 2005–2008. Po trzecie, najczęściej powództwo jest wytaczane przez naczelników urzędów skarbowych w ramach postępowania podatkowego prowadzonego w przedmiocie podatków dochodowych. Po czwarte, jeżeli już organ podatkowy wytoczy powództwo, to najczęściej żąda ustalenia nieistnienia umowy z uwagi na jej nieważność z powodu pozorności jako wady oświadczenia woli.

Słowa kluczowe: *powództwo o ustalenie, organy podatkowe, empiryczna metoda badania prawa, obojętne prawo podatkowe, wykładnia oświadczeń woli w prawie podatkowym*

Literatura:

1. Bernat R., Wykładnia logiczna artykułu 199a ustawy Ordynacja podatkowa, Acta Iuris Stetinensis 2016, nr 2.
2. Czech B., Art. 189¹ [w:] Kodeks postępowania cywilnego, t. I. Komentarz. Art. 1–205, Legalis (el.) 2019.
3. Dauter B., Art. 199a [w:] Ordynacja podatkowa. Komentarz, red. S. Babiarz, LEX/el. 2019.

4. Dzwonkowski H., Gorąca-Paczuska J., *Art. 199a [w:] Ordynacja podatkowa. Komentarz*, Legalis (el.) 2020.
5. Etel L., *Art. 199a [w:] Ordynacja podatkowa. Komentarz aktualizowany*, red. L. Etel, LEX/el. 2021.
6. Ereciński T., *Art. 189¹ [w:] Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. II. *Postępowanie rozpoznawcze*, red. T. Ereciński, LEX/el. 2016.
7. Filipczyk H., *Kwalifikacja cywilnoprawna czynności a art. 199a § 3 Ordynacji podatkowej*, *Prawo i Podatki* 2007, nr 12.
8. Franusz A., Goettel A., *Powództwo organów skarbowych o ustalenie*, Państwo i Prawo 2012, z. 9.
9. Gajewski D., *Rozdział 6. Pozaklauzulowe konstrukcje przeciwdziałania unikaniu opodatkowania w świetle orzecznictwa sądów administracyjnych [w:] Klauzula przeciwko unikaniu opodatkowania*, red. D. Gajewski, LEX/el. 2018.
10. Karwat P., *Czy organy podatkowe powinny toczyć spory z podatnikami?*, *Prawo i Podatki* 2006, nr 24.
11. Karwat P., *Pojęcie pozorności i jej skutki w prawie podatkowym*, *Jurysdykcja Podatkowa* 2007, nr 4.
12. Kobyłko K., *Klauzula obejścia prawa podatkowego w przepisach Ordynacji podatkowej i Kodeksu postępowania cywilnego [w:] Ogólnopolski Zjazd Cywilistów Studentów, 45 lat kodeksów cywilnych. Materiały pokonferencyjne*, red. J. J. Skoczylas, P. Kała, P. Potakowski, Lublin 2009.
13. Kondek J.M., *Umowa przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie i jej praktyka w świetle wizytacji i lustracji kancelarii notarialnych w latach 2013–2017*, *Prawo w Działaniu* 2019, nr 40.
14. Kunicki I., *Art. 189¹ [w:] Kodeks postępowania cywilnego*, t. I A. *Komentarz. Art. 1–424¹²*, red. A. Góra-Błaszczkowska, Legalis (el.) 2020.
15. Lewandowski M., *Powództwo o ustalenie istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa w toku postępowania podatkowego [w:] Postępowanie cywilne w dobie przemian*, red. I. Gil, Warszawa 2017.
16. Łukawska D., *Instytucja stanowiąca wykonanie art. 199a § 3 ordynacji podatkowej*, *Prawo i Podatki* 2008, nr 6.
17. Łukawska-Białogłowska D., *Wprowadzanie klauzuli przeciwdziałającej obejściu prawa podatkowego dla polskiego systemu prawnego*, Łódź 2020.
18. Maj I., *Polityka organów podatkowych w zakresie obejścia prawa podatkowego [w:] Podatnik versus organ podatkowy*, red. A. Huchla, P. Borszowski, E. Rutkowska-Tomaszewska, Wrocław 2011.
19. Manowska M., *Art. 189¹ [w:] Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. I. *Art. 1–477(16)*, LEX/el. 2021.
20. Mariański A., Miśkiewicz M., *Art. 199a [w:] Ordynacja podatkowa. Komentarz*, Legalis (el.) 2020.
21. Nykiel W., Wilk M., *Nieprzydatność art. 199a § 2 ordynacji podatkowej w walce z unikaniem opodatkowania a następstwa czynności pozornych*, *Przegląd Podatkowy* 2017, nr 2.
22. Olesiak J., Pajor Ł., *Art. 119a [w:] Ordynacja podatkowa. Komentarz*, Legalis (el.) 2020.
23. Olesiak J., Pajor Ł., *Klauzula ogólna przeciwko unikaniu opodatkowania a ustalenie treści czynności prawnej oraz istnienia stosunku prawnego lub prawa na podstawie art. 199a Ordynacji podatkowej. Glosa do wyroku NSA z dnia 19 października 2016 r., II FSK 1969/16*, *Glosa* 2018, nr 2.
24. Pacyna M., *Powództwo o ustalenie istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa wytaczane przez organy podatkowej (niepublikowane)*.
25. Piaskowska O.M., *Art. 189¹ [w:] Kodeks postępowania cywilnego. Postępowanie procesowe. Komentarz*, red. O.M. Piaskowska, LEX/el. 2021.
26. Pietrasz P., *Art. 199a [w:] Ordynacja podatkowa. Komentarz aktualizowany*, red. L. Etel, LEX/el. 2021.
27. Radzikowski K., *Normatywne podstawy koncepcji obejścia prawa podatkowego*, *Przegląd Podatkowy* 2005, nr 9.

28. Rudkowska-Ząbczyk E., *Art. 189¹ [w:] Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. E. Marszałkowska-Krześ, Legalis (el.) 2021.
29. Siemaszko A., Ostaszewski P., Włodarczyk-Madejska J., *Tendencje wpływu spraw do polskich sądów powszechnych. Analizy wymiaru sprawiedliwości*, Warszawa 2019.
30. Słyk J., *Powództwa przeciwegzekucyjne małżonka dłużnika*, Prawo w Działaniu 2014, nr 17.
31. Szanciło T., *Art. 189¹ [w:] Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Art. 1–505³⁹*, t. I, Legalis (el.) 2019.
32. Świercz M., *Sądowe ustalenie istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa z powództwa organu podatkowego (art. 199a § 3 Ordynacji podatkowej)*, Kwartalnik Prawa Podatkowego 2006, nr 2.
33. Telenga P., *Art. 189¹ [w:] Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz aktualizowany*, t. I, red. A. Jakubecki, LEX/el. 2019.
34. Zieliński A., Flaga-Gieruszyńska K., *Art. 189¹ [w:] Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Legalis (el.) 2019.
35. Żyznowski T., *Art. 189¹ [w:] Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. I. Artykuły 1–366, red. T. Wiśniewski, LEX/el. 2021.

Izabela Oleksy-Piesik*

Realizacja prawa do sądu w sprawach aktualizacji opłaty rocznej z tytułu użytkowania wieczystego jako spraw o charakterze cywilnym**1

1. UWAGI WSTĘPNE

Postępowanie w sprawie aktualizacji opłaty rocznej z tytułu użytkowania wieczystego nieruchomości gruntowej zostało uregulowane w przepisach ustawy o gospodarce nieruchomościami². Ma ono charakter szczególny z tego przede wszystkim powodu, że choć dotyczy instytucji prawa cywilnego jaką jest użytkowanie wieczyste nieruchomości, to kompetencję do orzekania w tych sprawach przyznano – w pierwszej tzw. administracyjnej fazie – samorządowym kolegiom odwoławczym, czyli organom administracji publicznej. Jest to sytuacja wyjątkowa, choć dodać można, że nie jedyna tego rodzaju³.

Przyjęta w przepisach u.g.n. konstrukcja wywołuje szereg wątpliwości związanych z jej stosowaniem zarówno w praktyce samorządowych kolegiów odwoławczych, jak i w orzecznictwie, i to zarówno sądów cywilnych, jak i administracyjnych. Celem opracowania jest zobrazowanie tego, jak specyfika tej procedury wpływa na jedno z podstawowych praw jednostki, tj. prawo do (właściwego) sądu i czy przewidziane w u.g.n. rozwiązania stanowią wystarczającą gwarancję w zakresie realizacji tego prawa. Odpowiedzi w tym zakresie należy poszukiwać przede wszystkim w orzecznictwie sądowo-administracyjnym.

2. ŹRÓDŁA PRAWA DO (WŁAŚCIWEGO) SĄDU

W pierwszej kolejności należy poczynić kilka ogólnych uwag dotyczących prawa do sądu. Źródłem tego prawa jest Konstytucja RP⁴. Zgodnie z jej art. 2:

* Mgr Izabela Oleksy-Piesik jest asystentem w Katedrze Prawa Administracyjnego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Gdański oraz radcą prawnym, etatowym członkiem Samorządowego Kolegium Odwoławczego w Olsztynie, ORCID: 0000-0001-6668-7384, e-mail: izabela.oleksy@ug.edu.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autorkę: 12.01.2021 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 15.10.2021 r.

¹ Niniejszy artykuł jest oparty przede wszystkim na analizie bogatego orzecznictwa sądów powszechnych i administracyjnych w sprawach aktualizacji opłaty rocznej z tytułu użytkowania wieczystego, jednakże znaczenie dla jego opracowania miały także wnioski autorki wynikające z jej wieloletniej praktyki orzeczniczej w Samorządowym Kolegium Odwoławczym w Olsztynie.

² Ustawa z 21.08.1997 r. o gospodarce nieruchomościami (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1990) – dalej u.g.n.

³ Podobnie kwestia ta wygląda w przypadku postępowania rozgraniczeniowego regulowanego przepisami rozdziału 6 ustawy z 17.05.1989 r. – Prawo geodezyjne i kartograficzne (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 2052).

⁴ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.) – dalej Konstytucja RP.

„Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej”. Jedną z podstawowych wartości demokratycznego państwa prawnego jest natomiast prawo do sądu. W art. 45 ust. 1 ustawodawca przyjął, że każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd. Natomiast art. 77 ust. 2 zawiera ujęcie prawa do sądu od strony negatywnej jako kierowany do ustawodawcy zakaz stanowienia przepisów, które zamykałyby komukolwiek drogę dochodzenia naruszonych wolności i praw.

Prawo do sądu jest jednym z podstawowych praw podmiotowych jednostki i jedną z fundamentalnych gwarancji praworządności.

Realizacja tego prawa – jak wskazuje Barbara Adamiak – związana jest z koniecznością ustalenia związku przedmiotu zaskarżenia z ochroną wolności, praw i obowiązków⁵.

Ustrojowa regulacja w zakresie rozgraniczenia kompetencji sądów znajduje się w art. 177 i 184 Konstytucji RP. Pojawia się tu zatem już nie tylko generalne prawo do sądu, lecz prawo do rozpatrzenia sprawy przez sąd właściwy w danego rodzaju sprawach⁶.

„Sądy powszechne sprawują wymiar sprawiedliwości we wszystkich sprawach, z wyjątkiem spraw ustawowo zastrzeżonych dla właściwości innych sądów”⁷. „Naczelny Sąd Administracyjny oraz inne sądy administracyjne sprawują, w zakresie określonym w ustawie, kontrolę działalności administracji publicznej”⁸. Kontrola działalności administracji publicznej z punktu widzenia prawa administracyjnego materialnego dotyczy natomiast realizacji przez administrację publiczną norm materialnego prawa administracyjnego⁹.

W powołanych wyżej przepisach zawarte zostało odesłanie do regulacji ustawowych. W zakresie sądownictwa administracyjnego odesłanie to dotyczy: ustawy – Prawo o ustroju sądów administracyjnych¹⁰ oraz ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi¹¹, a także ustaw szczególnych.

Artykuł 1 p.p.s.a. zawiera definicję ustawową sprawy sądowo-administracyjnej, którą obejmuje przedmiotowo: kontrolę działalności administracji publicznej oraz inne sprawy, do których przepisy p.p.s.a. stosuje się z mocy ustaw szczególnych. Dla problematyki poruszanej w tej pracy szczególne znaczenie mają przepisy art. 3 § 2 p.p.s.a., w których wskazano – w sposób enumeratywny – jakie dokładnie akty i czynności administracji publicznej, ewentualnie ich brak, podlegają zaskarżeniu do sądu administracyjnego.

⁵ B. Adamiak, *Skarga i skarga kasacyjna w postępowaniu sądowoadministracyjnym. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 21.

⁶ M. Jaśkowska, *Konstytucyjnoprawne podstawy sądownictwa powszechnego i administracyjnego oraz delimitacja właściwości tych sądów* [w:] *Aktualne problemy rozgraniczenia właściwości sądów administracyjnych i powszechnych*, red. M. Błachucki, T. Górzyńska, Warszawa 2011, s. 10 i n.

⁷ Art. 177 Konstytucji RP.

⁸ Art. 184 zd. 1 Konstytucji RP.

⁹ R. Giętkowski, *Kontrola działalności administracji publicznej* [w:] *Leksykon prawa administracyjnego materialnego*, red. T. Bąkowski, K. Zukowski, Warszawa 2016, s. 94.

¹⁰ Ustawa z 25.07.2002 r. – Prawo o ustroju sądów administracyjnych (tekst jedn.: Dz.U. z 2019 r. poz. 2167) – dalej p.u.s.a.

¹¹ Ustawa z 30.08.2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (tekst jedn.: Dz.U. z 2019 r. poz. 2325) – dalej p.p.s.a.

W art. 1 Kodeksu postępowania cywilnego¹² zawarta została natomiast definicja sprawy cywilnej, jako sprawy dotyczącej stosunków z zakresu prawa cywilnego, rodzinnego i opiekuńczego oraz prawa pracy, jak również z zakresu ubezpieczeń społecznych oraz tych spraw, do których przepisy tego kodeksu stosuje się z mocy ustaw szczególnych.

Natomiast pojęcie sprawy administracyjnej jest zwrotem języka prawniczego i ma charakter teoretycznoprawny¹³. Najczęściej zwrotem tym określa się indywidualną sprawę, w której organ administracji publicznej stosuje normy materialnego prawa administracyjnego w celu ukształtowania sytuacji administracyjnoprawnej adresatów tych norm¹⁴. Wacław Dawidowicz określa sprawę administracyjną jako „zespół okoliczności faktycznych i prawnych, w których organ administracji państwowej stosuje normę prawa administracyjnego w celu ustanowienia po stronie określonego podmiotu (podmiotów) sytuacji prawnej”¹⁵.

Ustawodawca dokonał wyraźnego rozróżnienia kontroli administracji publicznej (rozstrzygania sprawy sądowo-administracyjnej) od wykonywania administracji publicznej (rozstrzygania sprawy administracyjnej). Przedmiotem postępowania sądowo-administracyjnego nie jest zatem sprawa administracyjna, a jedynie kontrola i ocena – na podstawie ustalonego przez organ administracji stanu faktycznego – działania organu z punktu widzenia jego zgodności z prawem¹⁶.

W dalszej kolejności ustalenia wymaga, czy sprawa dotycząca aktualizacji opłaty rocznej z tytułu użytkowania wieczystego nieruchomości jest sprawą cywilną czy też sprawą administracyjną.

W orzecznictwie sądowo-administracyjnym ugruntowany jest obecnie pogląd, zgodnie z którym sprawy tego rodzaju stanowią sprawy cywilne¹⁷. Uzasadnienia tego stanowiska poszukuje się przede wszystkim w istocie i konstrukcji samego prawa użytkowania wieczystego, jako instytucji prawa cywilnego.

W uchwale z 25.11.2013 r. Naczelny Sąd Administracyjny wskazał, że skoro obowiązek uiszczania przez użytkownika wieczystego, przez cały czas trwania prawa użytkowania wieczystego, opłaty rocznej wynika z art. 238 Kodeksu cywilnego¹⁸, to należy przyjąć, iż opłata roczna jest świadczeniem cywilnoprawnym (*essentialia negotii* stosunku użytkowania wieczystego) i to bez względu na źródło powstania samego prawa (umowa, decyzja, ustawa)¹⁹. Cywilnoprawny charakter będą miały zatem również czynności polegające na oznaczeniu wysokości opłat rocznych z tytułu użytkowania wieczystego, a więc także czynności związane z aktualizacją opłat

¹² Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 1805) – dalej k.p.c.

¹³ M. Miłosz, *Sprawa administracyjna* [w:] *Leksykon prawa administracyjnego materialnego*, red. T. Bąkowski, K. Zukowski, Warszawa 2016, s. 232.

¹⁴ W. Dawidowicz, *Postępowanie administracyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 1983, s. 29–30.

¹⁵ W. Dawidowicz, *Zarys procesu administracyjnego*, Warszawa 1989, s. 7.

¹⁶ Por. R. Hauser, *Nieporozumienia wokół charakteru orzeczeń sądów administracyjnych* [w:] *Ratio est anima legis. Księga jubileuszowa profesora Janusza Trzcńskiego*, Warszawa 2007, s. 238–239; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego (dalej NSA) z 18.08.2015 r., I GSK 1909/14, Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych (dalej CBOSA).

¹⁷ Por. uchwały Sądu Najwyższego (dalej SN): z 2.04.1994 r., III CZP 36/94, OSNCP 1994/11, poz. 209 i z 25.08.1995 r., III CZP 96/95, OSNCP 1995/12, poz. 173 oraz wyroki NSA: z 12.05.2006 r., I OSK 843/05, LEX nr 236557; z 23.01.2007 r., I OSK 306/06, LEX nr 29319, a także uchwała NSA z 25.11.2013 r., I OPS 12/13, CBOSA.

¹⁸ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1740) – dalej k.c.

¹⁹ I OPS 12/13, CBOSA.

na skutek zmiany wartości nieruchomości gruntowej. Wobec tego – zdaniem NSA – należy uznać, że spory w przedmiocie ustalenia, czy zmiany opłat z tytułu użytkowania wieczystego są sporami cywilnymi dotyczącymi należności pieniężnych²⁰. Podobnie, w wyroku z 18.12.2019 r. wypowiedział się Wojewódzki Sąd Administracyjny (dalej WSA) w Warszawie, przyjmując, że sprawa aktualizacyjna zawisła przed kolegium „pozostaje w swej istocie materialnoprawną sprawą o świadczenie pieniężne o charakterze cywilnoprawnym”²¹.

Powyższe ustalenia natury ogólnej będą stanowiły punkt wyjścia dla dalszych rozważań.

3. POSTĘPOWANIE W SPRAWIE AKTUALIZACJI OPŁATY ROCZNEJ Z TYTUŁU UŻYTKOWANIA WIECZYSTEGO NIERUCHOMOŚCI GRUNTOWEJ – PODSTAWOWE ZAŁOŻENIA

Zmiana dotychczasowej wysokości opłaty rocznej następuje w procedurze jej aktualizacji. Poprzedza ją złożenie – w imieniu właściciela nieruchomości (Skarbu Państwa lub gminy) – pisemnego oświadczenia woli zawierającego zamiar wypowiedzenie dotychczasowej wysokości opłaty oraz ofertę ustalenia jej w nowej kwocie²². Jeżeli użytkownik wieczysty nie zakwestionuje wypowiedzenia, to ofertę – w sposób dorozumiany – uznaje się za przyjętą, co kończy już na tym etapie procedurę aktualizacyjną²³. Jeśli jednak użytkownik wieczysty nie zgadza się z nową wysokością opłaty, może – w terminie 30 dni od dnia otrzymania wypowiedzenia – wystąpić z wnioskiem o ustalenie, że aktualizacja opłaty jest nieuzasadniona albo jest uzasadniona w innej wysokości²⁴. Wniosek taki składany jest do właściwego ze względu na miejsce położenia nieruchomości samorządowego kolegium odwoławczego. Dopiero w ten sposób inicjowany jest pierwszy, tzw. administracyjny etap postępowania aktualizacyjnego.

Warto zauważyć, że nie jest to typowa procedura administracyjna. O jej specyfice świadczą powołane dalej argumenty. Otóż, po pierwsze – wniosek składany jest przeciwko właścicielowi nieruchomości²⁵, po drugie – ciężar dowodu obciąża podmiot, który wywodzi z niego skutki prawne²⁶, po trzecie – przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego²⁷ stosowane są tu jedynie w ograniczonym zakresie²⁸

²⁰ Zob. także orzeczenia SN: z 21.04.1994 r., III CZP 36/94, OSNCP 1994/11, poz. 209 i z 25.08.1995 r., III CZP 96/95, OSNCP 1995/12, poz. 173 oraz wyroki NSA: z 12.05.2006 r., I OSK 843/05, LEX nr 236557; z 23.01.2007 r., I OSK 306/06, LEX nr 29319.

²¹ I SA/Wa 1510/19, CBOŚA; podobnie wypowiedział się WSA w Warszawie w wyroku z 8.06.2018 r., I SA/Wa 67/18, LEX nr 2618050.

²² Art. 78 ust. 1 u.g.n.

²³ Art. 78 ust. 4 w zw. z art. 79 ust. 5 u.g.n.

²⁴ Art. 78 ust. 2 u.g.n.

²⁵ Art. 78 ust. 3 zd. 1 u.g.n.

²⁶ W przypadku aktualizacji dokonanej w imieniu Skarbu Państwa lub gminy ciężar dowodu obciąża organ administracji, który reprezentuje właściciela (art. 78 ust. 3 zd. 2 u.g.n.); w przypadku, gdy żądanie aktualizacji pochodzi od użytkownika wieczystego, to on ponosi ciężar dowodu, że istnieją przesłanki do aktualizacji (art. 81 ust. 2 u.g.n.). Nie ulega wobec tego wątpliwości, że w tym zakresie prawodawca odwołał się do zasady dowodowej właściwej procedurze cywilnej (art. 232 k.p.c.).

²⁷ Ustawa z 14.06.1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 735) – dalej k.p.a.

²⁸ Art. 79 ust. 7 u.g.n.: „Do postępowania przed kolegium stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego o wyłączeniu pracownika oraz organu, o załatwianiu spraw, doręczeniach, wezwaniach, terminach i postępowaniu, z wyjątkiem przepisów dotyczących odwołań i zażaleń. Do postępowania, o którym mowa wyżej, stosuje się również przepisy o opłatach i kosztach”.

i wyłącznie odpowiednio. Nie wspominając o szczególnej formie rozstrzygnięcia podejmowanego przez kolegium, czy możliwości złożenia od niego sprzeciwu²⁹. Prowadzi to do konkluzji, że postępowanie aktualizacyjne – już na etapie prowadzonym przez samorządowe kolegia odwoławcze – nie ma jednolitego, czysto administracyjnego charakteru, lecz wykazuje mieszaną, cywilno-administracyjną naturę, o czym świadczy wprowadzenie do niego zasad typowych – przede wszystkim – dla metody cywilistycznej. Pozwala to także na uznanie, że samorządowe kolegia odwoławcze występują tu nie tyle w roli organu administracji publicznej, ile „quasi” sądu. W istocie bowiem rozstrzygają spór dotyczący aktualizacji opłaty rocznej powstały między właścicielem a użytkownikiem wieczystym nieruchomości.

W postępowaniu przed samorządowym kolegium odwoławczym ustawodawca położył szczególny nacisk na polubowne załatwienie sprawy. Kolegia „mają dążyć” do zawarcia ugody³⁰. Dopiero, jeśli nie dojdzie do jej zawarcia, wówczas kolegium wydaje orzeczenie o oddaleniu wniosku lub ustaleniu nowej wysokości opłaty rocznej³¹. Orzeczenie to jest szczególnego rodzaju formą działania administracji³², znacznie odbiegającą od tych zwykle stosowanych przez organy administracji publicznej (w szczególności od decyzji administracyjnej). Charakter, a nawet już sama nazwa rozstrzygnięcia kolegium potwierdza jednocześnie, wcześniej postawioną tezę, że sprawa aktualizacji opłaty rocznej z tytułu użytkowania wieczystego nieruchomości gruntowej nie jest sprawą administracyjną. Podstawową formą załatwienia sprawy administracyjnej jest przecież decyzja.

Od orzeczenia kolegium rozstrzygającego spór o wysokość opłaty nie przysługuje żaden środek odwoławczy³³. To także świadczy o tym, że nie jest to postępowanie *stricte* administracyjne. Organ lub użytkownik wieczysty mogą natomiast wnieść sprzeciw do sądu powszechnego³⁴. Sprzeciw uznaje się za „niesformalizowany środek prawny, quasi środek zaskarżenia, którego celem jest pozbawienie mocy orzeczenia kolegium”³⁵. Złożenie sprzeciwu skutkuje tym, że orzeczenie traci moc, zaś złożony wcześniej przez użytkownika wieczystego wniosek o ustalenie, iż aktualizacja opłaty jest nieuzasadniona albo jest uzasadniona w innej wysokości zastępuje pozew. W ten sposób sprawa trafia pod kognicję sądu powszechnego. Można tu zauważyć pewne podobieństwo do skutków, jakie wywołuje, składany w postępowaniu upominawczym sprzeciw od nakazu zapłaty³⁶.

Jak wskazują Jan Paweł Tarno i Aleksandra Wrzesińska-Nowacka, wniesienie sprzeciwu w procedurze aktualizacyjnej wywołuje podwójny skutek. Skutek

²⁹ W uchwale z 13.03.2020 r., III CZP 44/19, LEX/el. 2020, SN wskazał, że wniosek złożony w trybie art. 78 ust. 2 u.g.n. inicjuje postępowanie o wydanie orzeczenia kształtującego stosunek prawny.

³⁰ Zatwierdzenie ugody następuje w formie niezaskarżalnego – wbrew treści art. 119 § 1 k.p.a. – postanowienia. Jego niezaskarżalność wiąże się z – jedynie – odpowiednim zastosowaniem poprzez odesłanie z art. 79 ust. 7 u.g.n. przepisu art. 119 § 1 k.p.a., przy równoczesnym uwzględnieniu i tego, że w postępowaniu przed kolegium nie stosuje się przepisów dotyczących odwołań i zażeń. Por. także E. Bończak-Kucharczyk, *Art. 79 [w:] Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2020.

³¹ Art. 79 ust. 3 u.g.n.

³² Przyjmując tu szerokie rozumienie określenia „forma działania”, tj. jako typ, rodzaj konkretnej czynności organu administracyjnego. Więcej na ten temat w: J. Starościk, *Prawne formy działania administracji*, Warszawa 1957, s. 14; J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2016, s. 45.

³³ Z art. 79 ust. 7 zd. 1 *in fine* u.g.n. wynika przecież, że w postępowaniu aktualizacyjnym przepisów o odwołaniach i zażaleniach nie stosuje się.

³⁴ Art. 80 ust. 1 u.g.n.

³⁵ Tak SN w uchwale z 13.03.2020 r., III CZP 44/19.

³⁶ Art. 505 k.p.c.

materialnoprawny polega na utracie mocy wiążącej orzeczenia kolegium, zaś skutkiem procesowym jest przeniesienie sprawy do sądu powszechnego³⁷.

Specyfika postępowania w sprawie aktualizacji opłaty rocznej polega także na tym, że przed kolegium na podobnych zasadach występuje zarówno właściciel nieruchomości, którym jest organ administracji, jak i użytkownik wieczysty. Postępowanie to ma zatem cechy kontradyktoryjności. O swoistym zrównaniu w prawach tych podmiotów – nietypowym dla procedury administracyjnej – świadczy chociażby możliwość wniesienia sprzeciwu od orzeczenia kolegium również przez właściwy organ³⁸.

Przedstawione rozwiązania wskazują na złożony, podwójny charakter postępowania w sprawie aktualizacji opłaty rocznej. Wiąże się to – przede wszystkim – z tym, że postępowanie to przebiega w dwóch fazach. W pierwszej, przedsądowej postępowanie jest prowadzone przez samorządowe kolegium odwoławcze, w drugim – jeśli do niego dojdzie – toczy się przed sądem powszechnym. Procedura stosowana w tego rodzaju sprawach ma zatem charakter mieszany, administracyjno-sądowy³⁹. Tego rodzaju postępowania można określić także mianem hybrydowych.

4. DOPUSZCZALNOŚĆ SĄDOWO-ADMINISTRACYJNEJ KONTROLI ROZSTRZYGNIĘĆ LUB CZYNNOŚCI PODEJMOWANYCH PRZEZ SAMORZĄDOWE KOLEGIA ODWOŁAWCZE W POSTĘPOWANIU AKTUALIZACYJNYM

Z uwagi na dwuetapowość postępowania aktualizacyjnego, a dokładniej obowiązek poprzedzenia skierowania sprawy do sądu powszechnego postępowaniem przed organem administracji publicznej, istnieje czasowa niedopuszczalność drogi sądowej. Otwiera się ona dopiero w przypadku złożenia sprzeciwu, a więc zakończenia (czy może lepiej: zniweczenia) etapu toczącego się przed kolegium. Okoliczność ta jest o tyle istotna dla przedmiotu tej pracy, gdyż ma znaczenie dla oceny dopuszczalności, w niektórych sprawach związanych z aktualizacją opłaty rocznej, sądowo-administracyjnej kontroli czynności podejmowanych przez samorządowe kolegia odwoławcze.

Pogłębionej analizy – popartej stanowiskami prezentowanymi w orzecznictwie – wymaga, w szczególności: kwestia dopuszczalności postępowań nadzwyczajnych w sprawach aktualizacji opłaty rocznej, wniesienie skargi na bezczynności samorządowego kolegium odwoławczego do sądu administracyjnego, a także możliwość zakończenia etapu postępowania toczącego się przed kolegium postanowieniem o umorzeniu postępowania czy postanowieniem odmawiającym przywrócenia terminu do złożenia wniosku o ustalenie, że aktualizacja jest nieuzasadniona albo uzasadniona w innej wysokości.

Co do możliwości prowadzenia postępowań nadzwyczajnych w sprawach dotyczących aktualizacji opłaty rocznej z tytułu użytkowania wieczystego nieruchomości, stanowisko prezentowane w orzecznictwie sądowo-administracyjnym jest

³⁷ J.P. Tarno, A. Wrzesińska-Nowacka, *Postępowanie w sprawach opłaty za użytkowanie wieczyste*, „Samorząd Terytorialny” 1995/7–8, s. 109 i n.

³⁸ Art. 80 ust. 1 u.g.n.

³⁹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego (dalej TK) z 4.12.2006 r., P 35/05, LEX nr 220733.

w zasadzie jednolite i ugruntowane. Mianowicie przyjmuje się, że nie jest dopuszczalne prowadzenie postępowania w jakimkolwiek trybie nadzwyczajnym w stosunku do orzeczenia wydanego przez samorządowe kolegium odwoławcze na skutek wniosku złożonego na zasadzie art. 78 ust. 2 u.g.n.⁴⁰ Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 23.01.2015 r. zauważył, że punktem wyjścia dla argumentacji przemawiającej za niedopuszczalnością stosowania w omawianej materii trybów nadzwyczajnych jest przyjęcie poglądu, iż wydawane przez kolegium orzeczenie nie jest decyzją administracyjną⁴¹. Takie stanowisko dominuje także w doktrynie⁴². Gdyby ustawodawca nie widział różnic pomiędzy decyzją a orzeczeniem, wydawanym w trybie art. 79 ust. 3 u.g.n., to nic nie stałoby na przeszkodzie, aby rozstrzygnięcie to określać właśnie mianem decyzji administracyjnej⁴³. Wprawdzie tryb nadzwyczajny może być stosowany w innych przypadkach niż w stosunku do decyzji administracyjnej i zażalenia, ale wyłącznie na zasadzie przepisu szczególnego. Przepisy u.g.n. takiego szczególnego przepisu jednak nie zawierają⁴⁴.

W innym wyroku z 26.08.2015 r. NSA dodaje, że przyjęcie niedopuszczalności stosowania względem orzeczeń kolegium przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego dotyczących stwierdzenia nieważności decyzji nie uchybia art. 45 ust. 1 Konstytucji RP z tego względu, że strona, która nie wniosła w terminie sprzeciwu, o jakim mowa w art. 80 ust. 1 u.g.n., może następnie poszukiwać ochrony swoich praw występując z wnioskiem o przywrócenie terminu do jego wniesienia⁴⁵. Przy czym, ten argument jest o tyle dyskusyjny, gdyż Trybunał Konstytucyjny uznał wcześniej czternastodniowy termin przewidziany w art. 80 ust. 1 u.g.n. za mający charakter materialnoprawny i jako taki niepodlegający przywróceniu⁴⁶. Ponadto skoro tryb stwierdzenia nieważności dotyczy zarówno aktów administracyjnych prawomocnych, jak i nieprawomocnych, to wniesienie wniosku o stwierdzenie nieważności orzeczenia kolegium mogłoby konkurować z równoległe prowadzonym postępowaniem przed sądem powszechnym zainicjowanym sprzeciwem. Toczyłyby się wówczas w istocie dwa postępowania w tym samym przedmiocie.

Mając na uwadze powołane wyżej argumenty, opowiedzieć się trzeba za niedopuszczalnością wniosku o stwierdzenie nieważności orzeczenia kolegium kończącego

⁴⁰ Zob. m.in. wyroki NSA: z 12.05.2006 r., I OSK 843/05; z 13.04.2011 r., I OSK 367/11; z 26.01.2012 r., I OSK 6/12; z 11.07.2013 r., I OSK 342/12; z 23.01.2015 r., I OSK 1445/13, CBOSA.

⁴¹ I OSK 1445/13, CBOSA.

⁴² Wskazuje się, że sprawy dotyczące aktualizacji dotyczą sporów majątkowych (sporów o wysokość opłaty) o charakterze cywilnym. Skoro kolegia rozstrzygają merytorycznie spór cywilnoprawny, to akt kończący takie postępowanie nie stanowi decyzji administracyjnej. Przedmiotowe orzeczenia stanowią zatem odrębny rodzaj rozstrzygnięcia, co specjalnie podkreślił ustawodawca używając nazwy „orzeczenie”. Tak m.in. J.P. Tarno, A. Wrzesińska-Nowacka, *Postępowanie...*, s. 109 i n. Trzeba jednak dodać, że prezentowane są także odmienne poglądy, zgodnie z którymi sam fakt określonej nazwy danego aktu nie musi przesądzać o innym niż decyzja charakterze rozstrzygnięcia. Takie stanowisko prezentuje Robert Sawuła (zob. R. Sawuła, *Postępowanie w sprawach opłaty za użytkowanie wieczyste*, „Samorząd Terytorialny” 1996/3, s. 38) czy Marta Romańska (M. Romańska, *Wybrane zagadnienia materialne i procesowe z problematyki opłat rocznych za użytkowanie wieczyste gruntu*, „Samorząd Terytorialny” 2000/11, s. 12 i n.). Można przy tym dodać, że z treści odesłania do przepisów k.p.a., określonych w art. 79 ust. 7 u.g.n., nie wyłączono tych dotyczących decyzji, znajdują się one bowiem w dziale dotyczącym postępowania. W orzecnictwie sądów administracyjnych dominował jednak i przeważa nadal pierwszy pogląd. W tym zakresie można powołać także uchwały NSA: z 20.05.1996 r., I OPK 10/96, ONSA 1997/1, poz. 8 oraz z 25.11.2013 r., I OPS 12/13, CBOSA.

⁴³ Powołany już wcześniej wyrok NSA z 23.01.2015 r., I OSK 1445/13.

⁴⁴ Powołany już wcześniej wyrok NSA z 23.01.2015 r., I OSK 1445/13.

⁴⁵ Wyrok NSA z 26.08.2015 r. I OSK 2894/13, CBOSA, także podobnie WSA w Warszawie w wyroku z 8.06.2018 r., I SA/Wa 67/18, LEX nr 2618050.

⁴⁶ Wyrok TK z 4.12.2006 r., P 35/05.

postępowanie aktualizacyjne. Nie mamy tu bowiem do czynienia ze sprawą administracyjną. Samorządowe kolegium odwoławcze, w przypadku złożenia wniosku w tym przedmiocie będzie zobowiązane do wydania – w trybie art. 61a k.p.a. – postanowienia o odmowie wszczęcia postępowania⁴⁷. Podobnie rzecz się ma w przypadku pozostałych trybów nadzwyczajnych⁴⁸.

W orzecznictwie sądowo-administracyjnym pojawiały się także wątpliwości co do tego, czy w sprawie prowadzonej z wniosku o ustalenie, że aktualizacja opłaty rocznej z tytułu użytkowania wieczystego nieruchomości jest nieuzasadniona albo jest uzasadniona w innej wysokości, dopuszczalne jest złożenie skargi na bezczynność lub przewlekłe prowadzenie postępowania. Ostatecznie wątpliwości w tym zakresie zostały usunięte uchwałą Naczelnego Sądu Administracyjnego z 25.11.2013 r.⁴⁹ Sąd przesądził wówczas, że skarga w tym przedmiocie jest dopuszczalna na podstawie art. 3 § 2 pkt 8 w zw. z art. 50 § 1 p.p.s.a. oraz w zw. z art. 45 ust. 1 i 184 Konstytucji RP. Skoro bowiem dopiero ze złożeniem sprzeciwu od orzeczenia kolegium w sprawie aktualizacji opłaty rocznej, sąd cywilny staje się właściwy do rozstrzygnięcia sporu, to tym samym sądy cywilne nie mogą być właściwe do rozpatrywania spraw powstałych na tym gruncie na wcześniejszym etapie postępowania, czyli m.in. w sprawach bezczynności samorządowych kolegiów odwoławczych. Co więcej, jeśli kolegia uchylają się od wydania orzeczenia, uniemożliwiając tym samym przekazanie sprawy na drogę sądową, wówczas strony umowy nie mają prawnej możliwości poszukiwania ochrony swoich praw. Taka zaś sytuacja jest nie do przyjęcia w demokratycznym państwie prawnym. Stąd ochrony praw użytkownika wieczystego należy poszukiwać na gruncie zasad konstytucyjnych, w tym prawa do sądu⁵⁰. Stanowisko to znalazło akceptację także w doktrynie⁵¹.

Wypada jednak zaznaczyć, że oddanie spraw z zakresu aktualizacji opłaty rocznej pod ocenę sądów administracyjnych ma charakter wyjątkowy i – co trzeba jeszcze raz podkreślić – wynika z braku innych procedur gwarantujących skuteczną ochronę prawnych interesów strony. Zatem już tylko z tych powodów rozwiązania przyjęte

⁴⁷ Zob. wyrok NSA z 26.08.2015 r., I OSK 2894/13, LEX/el. 2020, a także wyrok WSA w Warszawie z 18.12.2019 r., I SA/Wa 1510/19, CBOSA.

⁴⁸ Na niedopuszczalność wznowienie postępowania w sprawie orzeczenia wydanego na podstawie art. 79 ust. 3 u.g.n. wskazuje NSA w wyroku z 11.08.2017 r., I OSK 2806/15, LEX nr 2366461, a także w wyroku z 26.01.2018 r., I OSK 628/16, LEX nr 2479095. W ostatnim z powołanych orzeczeń NSA przyjął, że złożenie wniosku o wznowienie postępowania zakończonych prawomocnym orzeczeniem kolegium podlega rozstrzygnięciu na podstawie art. 149 § 3 k.p.a. Odmienny pogląd przedstawił R. Sawuła. Jego zdaniem fakt posiłkowego stosowania przepisów k.p.a. oznacza dopuszczalność wznowiania postępowań zakończonych orzeczeniem kolegium, a także stwierdzania ich nieważności. Co więcej, zdaniem tego autora, jeżeli w wyniku wznowienia doszłoby do uchylecia orzeczenia kolegium i ustalenia nowej opłaty, to takie rozstrzygnięcie podlegałoby zaskarżeniu w drodze złożenia sprzeciwu do sądu powszechnego (R. Sawuła, *Postępowanie...*, s. 38). Możliwość wznowienia postępowania zakończonych orzeczeniem kolegium wydanym w sprawie aktualizacji opłaty rocznej widzi także M. Romańska (M. Romańska, *Wybrane zagadnienia...*, s. 12 i n.). Stanowisko to w mojej ocenie wydaje się jednak zbyt daleko idącym rozwiązaniem, które nie uwzględniła cywilistycznej natury tego rodzaju spraw i specyfiki rozstrzygnięcia podejmowanego przez kolegia.

⁴⁹ I OPS 12/13, LEX nr 1391606.

⁵⁰ I OPS 12/13.

⁵¹ Zob. J. Wegner-Kowalska, *Postępowanie sądowoadministracyjne – aktualizacja opłaty rocznej z tytułu użytkowania wieczystego nieruchomości – orzeczenie samorządowego kolegium odwoławczego – skarga na bezczynność. Glosa do uchwały NSA z dnia 25 listopada 2013 r.*, I OPS 12/13, OSP 2015/5, s. 52, <https://sip.lex.pl/#/publication/386131811/wegner-kowalska-joanna-postepowanie-sadowoadministracyjne-aktualizacja-oplaty-rocznej-z-tytułu...?keyword=joanna%20wegner-kowalska%20glosa&cm=STOP> (dostęp: 3.01.2021 r.).

na tym polu nie powinny – w moim przekonaniu – być stosowane w innych, związanych z aktualizacją opłaty rocznej sprawach.

Wątpliwości w orzecznictwie sądowo-administracyjnym dotyczą również możliwości zakończenia postępowania przed kolegium wydaniem decyzji o umorzeniu postępowania administracyjnego w trybie art. 105 § 1 k.p.a. Argumentów przemawiających za dopuszczalnością takiego rozstrzygnięcia upatruje się w odpowiednim stosowaniu – w oparciu na art. 79 ust. 7 u.g.n. – przepisach działu II k.p.a., w ramach których znajduje się także art. 105 k.p.a.⁵² Stanowisko takie wydaje się jednak nieuzasadnione zważywszy chociażby na treść art. 79 ust. 3 u.g.n., który jednoznacznie wskazuje, w jaki sposób może zakończyć się sprawa przed kolegium. Mianowicie może to nastąpić w konsekwencji zawartej, pomiędzy użytkownikiem wieczystym a właścicielem nieruchomości, ugody i zatwierdzenia tego faktu stosownym postanowieniem kolegium albo poprzez wydanie orzeczenia merytorycznego, tj.: oddalającego wniosek lub ustalającego opłatę w nowej wysokości⁵³. Niewątpliwie zatem kolegium kończy postępowanie poprzez wydanie orzeczenia o określonej w przepisach u.g.n. treści. Brak jest tym samym możliwości wydania innego rozstrzygnięcia. Co więcej, w judykaturze podkreśla się, że orzeczenie kończące ten etap postępowania powinno mieć charakter merytoryczny, a nie formalny. Prowadzi to do konstatacji, że nie jest możliwe wydanie, nieprzewidzianego w u.g.n., rozstrzygnięcia o charakterze formalnym, a takim byłaby niewątpliwie decyzja umarzająca postępowanie z powodu jego bezprzedmiotowości⁵⁴. Stanowiska odmiennego podzielić więc nie sposób⁵⁵. Jeśli więc istnieją przyczyny uniemożliwiające dalsze kontynuowanie postępowania (np. cofnięcie wniosku czy złożenie go przez osobę do tego nieuprawnioną), wówczas obowiązkiem organu jest wydanie orzeczenia o treści wskazanej w przepisach u.g.n. Co więcej, w orzecznictwie wskazuje się, że nawet gdyby – wbrew ww. regułom – kolegium wydało orzeczenie o innej treści, które jednak formalnie kończyłoby postępowanie przed tym organem, to od takiego rozstrzygnięcia należy złożyć sprzeciw do sądu powszechnego, a nie skargę do sądu administracyjnego⁵⁶. W postanowieniu z 20.05.2015 r. Sąd Najwyższy

⁵² Tak m.in. WSA w Łodzi w wyrokach: z 17.10.2019 r., II SA/Łd 568/19 czy z 18.12.2019 r., II SA/Łd 561/19, CBOSA. Podobną argumentację przyjmują zwolennicy zakończenia postępowania aktualizacyjnego innym – także kończącym sprawę w sposób formalny – postanowieniem, tj.: o stwierdzeniu uchybienia terminu do wniesienia wniosku z art. 78 ust. 2 czy postanowieniem o odmowie przywrócenia terminu do złożenia tego wniosku. Szerzej na ten temat w dalszej części opracowania.

⁵³ Pewne wątpliwości dotyczą tego, że w art. 78 ust. 2 u.g.n. ustawodawca przyjął, iż użytkownik wieczysty składa wniosek o ustalenie, że aktualizacja opłaty jest nieuzasadniona albo uzasadniona w innej wysokości. Pojawia się więc pytanie, czy kolegium może wydać rozstrzygnięcie którym ustali, że aktualizacja jest nieuzasadniona (a więc w brzmieniu – wydawałoby się – odmiennym niż wynikające z art. 79 ust. 3 u.g.n.). Należy tu jednak zauważyć, że w istocie sprowadzałoby się to do tego, iż opłata roczna pozostawałaby na dotychczasowym poziomie. Rozbieżności te miałyby zatem charakter pozorny.

⁵⁴ Uchwała NSA z 25.11.2013 r., I OPS 12/13, CBOSA; postanowienie SN z 20.05.2015 r., I CSK 551/14, LEX nr 1762479. W orzecznictwie sądowo-administracyjnym wskazuje się także, że okoliczność złożenia wniosku z uchybieniem terminu nie uprawnia organu orzekającego do umorzenia postępowania w sprawie ustalenia wysokości nowej opłaty, lecz zobowiązuje do jego merytorycznego rozpoznania – tak m.in. NSA w wyrokach: z 25.03.2010 r., I OSK 789/09, CBOSA; z 17.05.2010 r., I OSK 1008/09, CBOSA, czy WSA w Olsztynie w wyrokach: z 23.04.2009 r., II SCA/OI 15/09, LEX nr 536079 i z 6.05.2009 r., II SA/OI 21/09, LEX nr 533655.

⁵⁵ Chociaż, co warto odnotować, taki pogląd przedstawili J.P. Tarno i A. Wrzesińska-Nowacka. Ich zdaniem w sytuacji, gdy wypowiedzenia dokonała osoba lub organ do tego nieupoważniony, należy wydać orzeczenie o umorzeniu postępowania przed kolegium w oparciu na art. 105 § 1 k.p.a. Zob. J.P. Tarno, A. Wrzesińska-Nowacka, *Postępowanie...*, s. 109 i n.

⁵⁶ Zob. postanowienie SN z 12.01.2005 r., I CSK 579/04, LEX nr 148168; wyrok SN z 11.05.2018 r., II CSK 440/17, LEX nr 2486815, a także wyrok WSA w Warszawie z 8.06.2018 r., I SA/Wa 67/18, LEX nr 2618050.

jednoznacznie wskazał, że zakwestionowanie jakiegokolwiek pod względem treści orzeczenia kolegium kończącego postępowanie przed tym organem, powinno odbywać się tylko w drodze wniesienia sprzeciwu do sądu cywilnego⁵⁷. Pogląd ten zasługuje w mojej ocenie na pełną aprobatę.

Pojawia się jednak kolejne pytanie. Co w sytuacji, gdy samorządowe kolegium odwoławcze (wbrew ww. stanowisku SN) wyda postanowienie odmawiające przywrócenia terminu do złożenia wniosku o ustalenie, że aktualizacja jest nieuzasadniona lub uzasadniona w innej wysokości, kończąc w ten sposób formalnie postępowanie, zaś niezadowolony z takiego rozstrzygnięcia użytkownik wieczysty złoży, zamiast sprzeciwu do sądu powszechnego, skargę do sądu administracyjnego?

Przez długi czas kwestia ta wywoływała szereg wątpliwości w orzecznictwie. Ostatecznie usunęła je uchwała składu 7 sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego z 17.12.2018 r., którą przesądzone, że na postanowienie samorządowego kolegium odwoławczego o odmowie przywrócenia terminu do złożenia wniosku o ustalenie, iż aktualizacja opłaty rocznej z tytułu użytkowania wieczystego nieruchomości gruntowej jest nieuzasadniona albo jest uzasadniona w innej wysokości przysługuje skarga do sądu administracyjnego⁵⁸.

Warto jednak zasygnalizować, że w powołanej uchwale NSA nie tyle zajął się kwestią dopuszczalności wydawania przez kolegia, w procedurze aktualizacyjnej, postanowienia odmawiającego przywrócenia terminu do złożenia wniosku inicjującego sprawę aktualizacji opłaty rocznej, ile wskazał na niemożliwe do pogodzenia (jak należałoby przyjąć z konstytucyjną wartością jaką jest prawo do sądu) skutki związane z pozostawieniem takiego postanowienia w obiegu prawnym bez jakiegokolwiek oceny sądowej. Zwracając uwagę na to, że rozstrzygnięcie takie jest podejmowane w szczególnego rodzaju postępowaniu administracyjnym, co wyklucza podejmowanie jakichkolwiek dalszych czynności przez organ, który je wydał, a w dalszej tego konsekwencji stanowi procesową przeszkodą do merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy przez sąd powszechny, NSA uznał za dopuszczalne dokonanie oceny takiego postanowienia w trybie postępowania sądowo-administracyjnego.

W ostatniej kolejności należy – w sposób ogólny – ocenić zasadność wydawania w postępowaniu przed samorządowymi kolegiami odwoławczymi rozstrzygnięć kończących w sposób formalny postępowanie, a także możliwość ich późniejszego zakwestionowania na drodze sądowo-administracyjnej. Orzecznictwo sądowo-administracyjne nie jest w tym zakresie jednolite⁵⁹.

Szczególne znaczenie ma tu ocena zasadności wydawania przez kolegia postanowień w przedmiocie wniosku o przywrócenie terminu do złożenia wniosku

⁵⁷ I CSK 551/14, LEX nr 1762479.

⁵⁸ I OPS 2/18, LEX nr 2597595.

⁵⁹ Niektóre orzeczenia wskazują na brak generalnej kompetencji sądów administracyjnych do rozstrzygania zagadnień związanych z aktualizacją opłaty rocznej. W postanowieniu z 23.12.2014 r. WSA w Gdańsku wskazał: „Postanowienie kolegium wydane dla załatwienia incydentalnej kwestii w toku rozpoznawania przedmiotowej sprawy nie jest postanowieniem wydawanym w postępowaniu administracyjnym, w rozumieniu art. 1 k.p.a., bowiem aktualizacja opłaty za użytkowanie wieczyste nie jest sprawą załatwianą w postępowaniu administracyjnym” – II SA/Gd 760/14, CBOSA; tak też NSA w wyrokach: z 3.10.1997 r., I SA 1333/97, OSP 1998/3, poz. 57 i z 12.05.2006 r., I OSK 843/05, LEX nr 23655, czy w postanowieniu z 12.02.1998 r., I SA 1712/97, LEX nr 44538, a także WSA w Krakowie w postanowieniu z 14.11.2014 r., II SA/Kr 1506/14, CBOSA, czy WSA w Łodzi w postanowieniach z: 3.09.2014 r., II SA/Łd 394/14; z 15.03.2012 r., II SA/Łd 112/12; z 8.05.2014 r., II SA/Łd 258/14, dostępne w CBOŚA. Odmienne stanowisko przyjął natomiast WSA w Łodzi w wyrokach: z 17.10.2019 r., II SA/Łd 568/19, czy z 18.12.2019 r., II SA/Łd 561/19, dostępne w CBOŚA.

o ustalenie, że aktualizacja jest nieuzasadniona lub uzasadniona w innej wysokości (w szczególności postanowień negatywnie rozstrzygających prośbę użytkownika wieczystego)⁶⁰. Warto raz jeszcze podkreślić, że Naczelny Sąd Administracyjny w powołanej wcześniej uchwale nie przesądził samej kwestii zasadności wydawania przez kolegia tego rodzaju postanowień, a jedynie zwrócił uwagę na „praktykę” podejmowania takich rozstrzygnięć przez kolegia i negatywne konsekwencje związane z pozostawieniem ich bez oceny sądu.

Przyjęcie założenia, w myśl którego sprawy dotyczące aktualizacji opłaty rocznej nie mają charakteru sprawy administracyjnej prowadzi do wniosku, że kolegium nie jest – w zasadzie – władne do wydawania innych rozstrzygnięć (a w szczególności kończących postępowanie) niż te z art. 79 ust. 2 u.g.n.⁶¹ Nie oznacza to, że powstałe w toku postępowania przed kolegium zagadnienia o charakterze incydentalnym nie powinny być ocenione. Ocena taka jest konieczna, jednak powinna zostać dokonana w orzeczeniu kończącym postępowanie i skutkować podjęciem przez kolegium – wyłącznie – jednego z przewidzianych w art. 79 ust. 3 u.g.n. rozstrzygnięć. Przyjęcie takiego rozwiązania – w przypadku większości zagadnień o charakterze procesowym pojawiających się w toku postępowania aktualizacyjnego – usuwałoby tym samym wątpliwości dotyczące tego, który sąd (administracyjny czy cywilny) byłby właściwy w tych sprawach. Istniałaby także jednolitość w tym zakresie dotycząca wszystkich tego rodzaju kwestii.

W odniesieniu do postanowienia odmawiającego przywrócenia terminu do złożenia wniosku inicjującego sprawę aktualizacyjną, uzasadnienia dla zaprezentowanego poglądu upatruje się także i w tym, że termin, o którym mowa w art. 78 ust. 2 u.g.n., jest terminem prawa materialnego, a terminy tego rodzaju przywróceniu nie ulegają⁶².

Co więcej, w postępowaniu przed kolegium nie stosuje się przepisów dotyczących odwołań i zażaleń. Ustawodawca wyłączył w ten sposób możliwość zakwestionowania postanowień, podejmowanych w toku rozpatrywania sprawy w drodze zwykłych środków zaskarżenia (choćby w wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy), a dalej także przez wniesienie skargi sądowo-administracyjnej⁶³. Sprawa ma przecież ostatecznie trafić do sądu powszechnego, który zajmie się nią w sposób

⁶⁰ Na brak możliwości przywrócenia terminu do złożenia wniosku o ustalenie, że aktualizacja jest nieuzasadniona wskazuje się m.in. w następujących orzeczeniach – postanowieniach NSA: z 6.12.2013 r., I OSK 1189/12 i z 13.02.2014 r., I OSK 1725/12; postanowieniach WSA w Łodzi: z 4.06.2014 r., II SA/Łd 246/14 i z 8.05.2014 r., II SA/Łd 258/14, czy w postanowieniu WSA we Wrocławiu z 10.04.2014 r., II SA/Wr 173/14, dostępne w CBOSA. W niektórych orzeczeniach prezentowane jest jednak stanowisko odmienne, tj. o dopuszczalności przywrócenia terminu do złożenia wniosku o ustalenie, że aktualizacja jest nieuzasadniona – tak m.in. WSA w Warszawie w wyroku z 17.07.2013 r., I SA/Wa 75/13, czy WSA w Białymstoku w wyroku z 4.12.2012 r., II SA/Bk 510/12, a także NSA w wyroku z 17.05.2010 r., I OSK 1008/09, dostępne w CBOSA.

⁶¹ WSA w Gorzowie Wielkopolskim w wyroku z 5.06.2018 r., II SAB/Go 26/18, LEX nr 2507525, przyjął, że w sytuacji stwierdzenia przez organ, iż wniosek użytkownika wieczystego został złożony z uchybieniem terminu, o którym mowa w art. 78 ust. 2 u.g.n., orzeczeniem kończącym postępowanie jest orzeczenie o oddaleniu wniosku.

⁶² Por. G. Bieniek, Z. Marmaj, *Ustawa o gospodarce gruntami i wywłaszczeniu nieruchomości. Komentarz, przepisy wykonawcze i związane*, Warszawa–Zielona Góra 1995, s. 162–163. Na materialny charakter terminu do złożenia wniosku wskazuje także SN w uchwale z 13.03.2020 r., III CZP 44/19, LEX nr 2830569. Odmienne uważają natomiast J.P. Tarno i A. Wrzesińska-Nowacka. Ich zdaniem termin ten ma charakter procesowy i jako taki przywróceniu podlega – por. J.P. Tarno, A. Wrzesińska-Nowacka, *Postępowanie...*, s. 109 i n.

⁶³ Zob. uchwała NSA z 23.01.2015 r., I OPS 12/13, CBOSA.

całościowy. Nie ma zatem uzasadnienia dla angażowania innego sądu w załatwienie poszczególnych zagadnień powstałych do tego momentu. Wątpliwości mogą tu powstać także w kontekście ewentualnego związania sądu cywilnego rozstrzygnięciem podjętym wcześniej przez sąd administracyjny. Ma to istotne znaczenie w świetle art. 80 ust. 3 u.g.n. przewidującego, że orzeczenie kolegium traci moc w razie wniesienia sprzeciwu do sądu powszechnego, nawet jeżeli sprzeciw odnosi się tylko do części orzeczenia. Złożenie sprzeciwu ma w stosunku do orzeczenia kolegium skutek anulacyjny. Orzeczenie, tracąc swój byt procesowy i materialny, nie wywiera żadnego wpływu na rozstrzygnięcie sądu cywilnego. Gdyby jednak w sprawie wydane zostało wcześniej orzeczenie przez sąd administracyjny, to sąd cywilny nie mógłby już rozstrzygnąć sprawy z jego pominięciem.

Prowadzi to do przekonania, że kolegium nie powinno wydawać rozstrzygnięć kończących w sposób formalny postępowanie aktualizacyjne.

Przeciwko takiemu stanowisku powołuje się argument związany z odpowiednim stosowaniem przepisów k.p.a., w tym tych dotyczących terminów. Uważam, że nie jest on wystarczający. Odesłanie z art. 79 ust. 7 u.g.n. dotyczy bowiem jedynie wybranych, szczególnego rodzaju zagadnień z k.p.a., a nie całej regulacji. Ma ono na celu – w moim przekonaniu – przede wszystkim zapewnienie sprawnego przebiegu etapu postępowania aktualizacyjnego, który toczy się przed kolegium. Decydujące znaczenie ma tu bowiem cywilistyczny charakter sprawy o aktualizację opłaty rocznej.

Ze wszystkich, przedstawionych wyżej względów, prezentuję stanowisko o niezasadności wydawania przez samorządowe kolegium odwoławcze w postępowaniu w sprawie aktualizacji opłaty rocznej rozstrzygnięć kończących je w sposób formalny.

5. WNIOSKI KOŃCOWE

Przedstawiona tu analiza ukazuje złożoność zagadnień pojawiających się w trakcie, toczącego się przed samorządowym kolegium odwoławczym, postępowania w sprawie aktualizacji opłaty rocznej z tytułu użytkowania wieczystego.

Najważniejszy wniosek, jaki z niej wypływa, sprowadza się zaś do stwierdzenia, że mimo to, iż w postępowaniu przed kolegiami odpowiednie zastosowanie znajdują przepisy k.p.a., to sprawa w jakimkolwiek jej stadium nie uzyskuje charakteru sprawy administracyjnej⁶⁴. Nie zmienia swojego cywilnego charakteru nawet mimo to, że w orzecznictwie sądowno-administracyjnym dopuszcza się złożenie skargi na bezczynność lub przewlekłe prowadzenie postępowania przed kolegium w tego rodzaju sprawach, czy skargi na postanowienie o odmowie przywrócenia terminu do złożenia wniosku o ustalenie, że aktualizacja jest nieuzasadniona lub uzasadniona w innej wysokości. Możliwość złożenia skargi do sądu administracyjnego ma tu bowiem charakter wyjątkowy, w szczególności, że uzasadnienia w tym zakresie poszukuje się bezpośrednio w przepisach konstytucyjnych. Tylko bowiem w wyżej wskazanych przypadkach opowiedzenie się za odmową zakwestionowania

⁶⁴ Wyroki NSA: z 7.06.2011 r., I OSK 1457/10, LEX nr 1082652 i z 11.07.2013 r., I OSK 342/12, CBOSA.

w postępowaniu sędow-administracyjnym działania (lub jego braku) organu administracji publicznej zamykałoby użytkownikowi wieczystemu drogę dochodzenia naruszonych wolności i praw przed jakimkolwiek sądem. Stanowiłoby to pogwałcenie prawa do sądu wynikającego z art. 45 ust. 1 i 77 ust. 2 Konstytucji RP i nie mogłoby zyskać usprawiedliwienia w zderzeniu z ideą demokratycznego państwa prawnego.

Ten argument, a także inne przedstawione wcześniej, prowadzą do konkluzji, że w sprawach dotyczących aktualizacji opłaty rocznej nie jest uzasadnione wydawanie przez samorządowe kolegia odwoławcze rozstrzygnięć kończących je w sposób formalny. Przyznanie zaś sądom administracyjnym kompetencji do kontroli aktów i czynności podejmowanych przez kolegium powinno mieć charakter wyjątkowy.

Zawarte w przepisach u.g.n. rozwiązanie przyznające sądom cywilnym prawo do merytorycznej oceny zasadności dokonanego wypowiedzenia dotychczasowej opłaty rocznej i ustalenia jej w nowej wysokości, stanowi – w świetle konstytucyjnej zasady prawa do sądu – wystarczającą ochronę praw jednostki w tego rodzaju sprawach.

Summary

Izabela Oleksy-Piesik, *Fulfilment of the Right to a Fair Trial in Cases of Adjusting the Annual Perpetual Usufruct Fee as Civil Law Cases*

Proceedings relating to adjustment of annual fees for perpetual usufruct of land, which are regulated in the Act of 21 August 1997 on Property Management, have a special nature. Although they concern a civil law phenomenon, that is, perpetual usufruct of land, the power to adjudicate in cases of this kind at the first, administrative, stage of proceedings was vested with local government board of appeals, that is, public administration authorities. It is an exceptional situation in administrative law. Moreover, even at the stage carried out by local government boards of appeals, the proceedings relating to fee adjustment do not have a purely administrative character, but display a mixed, civil and administrative character. This is proven, among other things, by the fact that the right to appeal the board's decision is enjoyed not only by the perpetual usufructuary, but also the owner of the land. For these reasons, the legal construction of annual perpetual usufruct fee adjustment, as adopted in the Act on Property Management, gives rise to a number of doubts relating to its application. They appear both in the practice of local government boards of appeals and in the judgments of civil and administrative courts. The aim of the study is to show how the particularities of this procedure affect one of the fundamental rights of the individual, i.e. the right to a fair trial (before a competent court), and to determine whether the solutions provided by the law give sufficient guarantee of its fulfilment. The answers should be sought mainly in case law of administrative courts. In the author's opinion, an analysis of this case law leads to the conclusion that a case concerning adjustment of the annual fee, despite the particularities of the proceedings, remains a civil case at every stage. This in turn leads to the conclusion that it is unjustified for the local government boards of appeal to issue decisions ending the proceedings in such matters in a formal manner, i.e. decisions of a purely administrative nature.

Keywords: *perpetual usufruct, adjustment of annual fee for perpetual usufruct of land, local government boards of appeals, right to a fair trial (before a competent court), public administration authorities*

Streszczenie

Izabela Oleksy-Piesik, *Realizacja prawa do sądu w sprawach aktualizacji opłaty rocznej z tytułu użytkowania wieczystego jako spraw o charakterze cywilnym*

Postępowanie w sprawie aktualizacji opłaty rocznej z tytułu użytkowania wieczystego nieruchomości gruntowej, uregulowane w przepisach ustawy z 21.08.1997 r. o gospodarce nieruchomościami, ma charakter szczególny. Chociaż dotyczy instytucji prawa cywilnego, jaką jest użytkowanie wieczyste nieruchomości, to kompetencję do orzekania w tego rodzaju sprawach przyznano – w pierwszej tzw. administracyjnej jego fazie – samorządowym kolegiom odwoławczym, czyli organom administracji publicznej. Jest to na gruncie prawa administracyjnego sytuacja wyjątkowa. Co więcej, nawet na etapie prowadzonym przez samorządowe kolegia odwoławcze postępowanie aktualizacyjne nie ma jednolitego, czysto administracyjnego charakteru, lecz wykazuje mieszaną, cywilno-administracyjną naturę. Świadczy o tym m.in. przyznanie prawa do złożenia sprzeciwu od orzeczenia kolegium nie tylko użytkownikowi wieczystemu, lecz także właścicielowi nieruchomości.

Z tych względów, przyjęta w przepisach ustawy o gospodarce nieruchomościami konstrukcja prawna aktualizacji opłaty rocznej z tytułu użytkowania wieczystego nieruchomości wywołuje szereg wątpliwości związanych z jej stosowaniem. Pojawiają się one zarówno w praktyce samorządowych kolegiów odwoławczych, jak i w orzecznictwie sądów cywilnych oraz administracyjnych. Celem opracowania jest ukazanie, jak specyfika tej procedury wpływa na jedno z podstawowych praw jednostki, tj. prawo do (właściwego) sądu, i czy przewidziane w ustawie rozwiązania stanowią wystarczającą gwarancję w zakresie jego realizacji. Odpowiedzi w tym zakresie należy szukać przede wszystkim w orzecznictwie sądowo-administracyjnym. Jego analiza prowadzi – w ocenie autorki – do wniosku, że sprawa dotycząca aktualizacji opłaty rocznej, mimo specyfiki samego postępowania, pozostaje na każdym jej etapie sprawą cywilną. To zaś skutkuje konkluzją, że nie jest uzasadnione wydawanie przez samorządowe kolegia odwoławcze rozstrzygnięć kończących postępowanie w tym przedmiocie w sposób formalny, a więc mających charakter stricte administracyjny.

Słowa kluczowe: użytkowanie wieczyste, aktualizacja opłaty rocznej z tytułu użytkowania wieczystego nieruchomości gruntowej, samorządowe kolegia odwoławcze, prawo do właściwego sądu, organy administracji publicznej

Literatura:

1. Adamiak B., *Skarga i skarga kasacyjna w postępowaniu sądowoadministracyjnym*. Komentarz, Warszawa 2014.
2. Bieniek G., Marmaj Z., *Ustawa o gospodarce gruntami i wywłaszczeniu nieruchomości*. Komentarz, przepisy wykonawcze i związkowe, Warszawa–Zielona Góra 1995.
3. Bończak-Kucharczyk E., Art. 79 [w:] *Ustawa o gospodarce nieruchomościami*. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2020.
4. Dawidowicz W., *Postępowanie administracyjne*. Zarys wykładu, Warszawa 1983.
5. Dawidowicz W., *Zarys procesu administracyjnego*, Warszawa 1989.
6. Giętkowski R., *Kontrola działalności administracji publicznej* [w:] *Leksykon prawa administracyjnego materialnego*, red. T. Bąkowski, K. Żukowski, Warszawa 2016.
7. Hauser R., *Nieporozumienia wokół charakteru orzeczeń sądów administracyjnych* [w:] *Ratio est anima legis. Księga Jubileuszowa profesora Janusza Trzcńskiego*, Warszawa 2007.
8. Jaśkowska M., *Konstytucyjnoprawne podstawy sądownictwa powszechnego i administracyjnego oraz delimitacja właściwości tych sądów* [w:] *Aktualne problemy rozgraniczenia właściwości sądów administracyjnych i powszechnych*, red. M. Blachucki, T. Górzyńska, Warszawa 2011.

9. Miłosz M., *Sprawa administracyjna* [w:] *Leksykon prawa administracyjnego materialnego*, red. T. Bąkowski, K. Żukowski, Warszawa 2016.
10. Romańska M., *Wybrane zagadnienia materialne i procesowe z problematyki opłat rocznych za użytkowanie wieczyste gruntu*, Samorząd Terytorialny 2000, nr 11.
11. Sawuła R., *Postępowanie w sprawach opłaty za użytkowanie wieczyste*, Samorząd Terytorialny 1996, nr 3.
12. Starościak J., *Prawne formy działania administracji*, Warszawa 1957.
13. Tarno J.P., Wrześcińska-Nowacka A., *Postępowanie w sprawach opłaty za użytkowanie wieczyste*, Samorząd Terytorialny 1995, nr 7–8.
14. Wegner-Kowalska J., *Postępowanie sądowoadministracyjne – aktualizacja opłaty rocznej z tytułu użytkowania wieczystego nieruchomości – orzeczenie samorządowego kolegium odwoławczego – skarga na bezczynność. Glosa do uchwały NSA z dnia 25 listopada 2013 r., I OPS 12/13, OSP 2015, nr 5*, <https://sip.lex.pl/#/publication/386131811/wegner-kowalska-joanna-postepowanie-sadowoadministracyjne-aktualizacja-oplaty-rocznej-z-tytulu...?keyword=joanna%20wegner-kowalska%20glosa&cm=STOP>
15. Zimmermann J., *Prawo administracyjne*, Warszawa 2016.

Ewelina Mikołajczuk*

Analiza funkcjonowania portali informacyjnych sądów powszechnych **1

1. WSTĘP

Celem niniejszego opracowania jest analiza funkcjonowania portali informacyjnych sądów powszechnych pod kątem zakresu ich wykorzystania i poziomu satysfakcji użytkowników z uzyskanych za pośrednictwem systemu informacji. Istotnym zagadnieniem jest także zbadanie wpływu portali na ograniczenie osobistych wizyt w sądach, a tym samym odciążenie pracowników zajmujących się bezpośrednią obsługą interesanta.

W pierwszej części opracowania znalazły się informacje na temat podstawowych zasad korzystania z portali informacyjnych sądów powszechnych oraz ich dostępności na stronach internetowych sądów. Zaprezentowano także najistotniejsze dane statystyczne dotyczące systemu, w tym m.in. informacje o użytkownikach, liczbie logowań oraz dostępnych w nim sprawach, dokumentach i protokołach elektronicznych. W drugiej części artykułu zostały natomiast omówione wyniki badania ankietowego przeprowadzonego przez Instytut Wymiaru Sprawiedliwości (IWS) wśród czynnych zawodowo adwokatów na temat zakresu korzystania z portali informacyjnych sądów powszechnych oraz satysfakcji z uzyskanych za ich pośrednictwem informacji. W ostatniej części zostały omówione zmiany w zakresie funkcjonowania portali informacyjnych sądów powszechnych wprowadzone w związku z pandemią COVID-19.

2. INFORMACJE OGÓLNE

Portale informacyjne są jednym z internetowych środków komunikacji sądów powszechnych z obywatelami. Jak czytamy w Podręczniku Użytkownika Portalu Informacyjnego wydanym przez Ministerstwo Sprawiedliwości, Portal Informacyjny Sądów Powszechnych jest to „system umożliwiający dostęp uprawnionym lub upoważnionym podmiotom do informacji o sprawach toczących się przed sądami powszechnymi za pośrednictwem Internetu, do którego posiadaczem autorskich praw majątkowych oraz praw zależnych jest Skarb Państwa”¹.

* Mgr Ewelina Mikołajczuk jest doktorantką w Szkole Doktorskiej Nauk Społecznych, Uniwersytet Warszawski, Polska, ORCID: 0000-0002-2331-5633, e-mail: ewelina.mikolajczuk@wp.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autorkę: 15.03.2021 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 15.10.2021 r.

¹ Podręcznik Użytkownika Portalu Informacyjnego, Ministerstwo Sprawiedliwości, Warszawa 2018, s. 7, https://portal.wroclaw.sa.gov.pl/zalacznik/Instrukcja_PI.pdf (dostęp: 10.12.2020 r.).

Pierwszy portal informacyjny został uruchomiony w 2006 r. w trzech wydziałach gospodarczych Sądu Rejonowego we Wrocławiu². Później system zaczął być stopniowo wdrażany w sądach powszechnych na terenie całego kraju. Pierwszą regulacją prawną umożliwiającą wprowadzenie portalu informacyjnego było zarządzenie Ministra Sprawiedliwości z 27.12.2006 r.³, które wprowadziło zmiany w ówczesnie obowiązującym zarządzeniu Ministra Sprawiedliwości z 12.12.2003 r. w sprawie organizacji i zakresu działania sekretariatów sądowych oraz innych działów administracji sądowej⁴. Paragraf 82g pkt 20 ww. zarządzenia umożliwiał „udostępnianie za pomocą ogólnodostępnych sieci informatycznych osobom biorącym udział w postępowaniu oraz ich pełnomocnikom danych dotyczących ich spraw”. Obecnie podstawą prawną funkcjonowania portali informacyjnych jest § 132 ust. 1–4 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 18.06.2019 r. – Regulamin urzędowania sądów powszechnych⁵. Zgodnie z przepisami prezes sądu może zarządzić udostępnianie danych o sprawie takich jak treści protokołów oraz pism sądowych i procesowych stronom lub uczestnikom postępowania nieprocesowego oraz ich przedstawicielom, pełnomocnikom i obrońcom za pośrednictwem kont w systemie teleinformatycznym. Po uwierzytelnieniu wskazane podmioty mogą uzyskać dostęp do danych o sprawie, a także za pośrednictwem systemu udzielić dostępu do danych o sprawie innym osobom posiadającym konta w tym systemie, jeśli osoby te są uprawnione do ich przeglądania.

Głównym celem wdrożenia portali informacyjnych było przede wszystkim odciążenie sekretariatów sądów i Biur Obsługi Interesantów (BOI). Obowiązek udzielania informacji uczestnikom procesu był bardzo czasochłonny, szczególnie jeśli chodzi o wyszukiwanie akt do osobistego przeglądania, udostępnianie protokołów z rozpraw czy kserowanie poszczególnych kart akt. Wiązało się to również z koniecznością osobistego przyjazdu strony lub jej pełnomocnika do siedziby sądu, uprzedniego zamawiania akt do czytelní, a niejednokrotnie też z ponoszeniem dodatkowych kosztów związanych z ewentualną chęcią uzyskania kserokopii dokumentów. W związku z tym, że korzystanie z portalu jest bezpłatne pozwala na zaoszczędzenie czasu i pieniędzy, które należałoby poświęcić na tradycyjny kontakt z sądem. Utworzenie portali informacyjnych dało możliwość dostępu do sprawy z poziomu ekranu komputera.

3. DOSTĘPNOŚĆ I UŻYTKOWANIE PORTALI INFORMACYJNYCH SĄDÓW POWSZECHNYCH

3.1. Dostępność na stronach internetowych sądów

Aby portale informacyjne spełniały swoją funkcję, informacja o ich istnieniu musi być dostatecznie rozreklamowana. Z informacji uzyskanych z Departamentu Kadr i Organizacji Sądów Powszechnych i Wojskowych Ministerstwa Sprawiedliwości wynika, że podczas wdrożeń systemu wydano rekomendację, aby sądy informowały o możliwości korzystania z portalu poprzez załączenie stosownej informacji w pierwszym piśmie

² W. Łukowski, *Portal informacyjny czar*, „Rzeczpospolita” z 23.04.2020 r., <https://www.rp.pl/Opinie/304239882-Wojciech-Lukowski-Portalu-informacyjnego-czar.html> (dostęp: 15.12.2020 r.).

³ Dz.Urz. MS Nr 8, poz. 137.

⁴ Dz.Urz. MS Nr 5, poz. 22.

⁵ Dz.U. poz. 1141 ze zm.

kierowanym do stron postępowania. Dotychczas nie zbadano jednak, czy wszystkie sądy stosują się do tej rekomendacji. O możliwości korzystania z portalu informować mają również BOI w sądach, a także organizowane były szkolenia skierowane do profesjonalnych pełnomocników, których celem było głównie rozpropagowanie portali informacyjnych, gdyż samo korzystanie z systemu jest dość intuicyjne.

W grudniu 2020 r. została przeprowadzona analiza stron internetowych sądów powszechnych pod kątem łatwości dostępu do portali informacyjnych oraz zakresu publikowanych na ich temat informacji⁶. Okazało się, że link do portalu informacyjnego był dostępny niemalże na wszystkich stronach internetowych sądów powszechnych (99%). Jedynie na stronach 5 sądów rejonowych nie udało się znaleźć odniesienia do systemu. Na 234 spośród 364 stron sądów powszechnych dostęp do strony portalu był możliwy z więcej niż jednego miejsca. Na ponad 80% witryn internetowych polskich sądów powszechnych zamieszczony był specjalny „kafelka” bezpośrednio odsyłający do strony logowania do portalu informacyjnego danej apelacji (zob. rysunek). Na co trzeciej stronie dostęp do dodatkowych informacji na temat portalu był możliwy z poziomu zakładki „Portal Informacyjny”, a w 43% przypadków – z poziomu zakładki „Załatw sprawę przez Internet” (tabela 1). Na części stron, ale już w znacznie mniejszym stopniu, informacje o portalu informacyjnym znajdowały się w zakładkach: „Obsługa przez Internet”, „Usługi Sądowe przez Internet”, „Portale Internetowe”, „Portale Sądowe”, „Dostępne portale elektroniczne”, „Biuro Obsługi Interesantów” czy „Informacje dla Interesantów”. Warto zatem zauważyć, że informacje o systemie są zawarte w różnych miejscach na stronach internetowych sądów. Brakuje w tym zakresie jednolitości, nawet jeżeli chodzi o sądy wchodzące w skład tej samej apelacji czy okręgu.

Rysunek

Odnośnienie do Portali Informacyjnych na stronach sądów powszechnych w formie „kafelka”

The screenshot shows the homepage of the Sąd Okręgowy we Wrocławiu. At the top, there is a search bar and navigation links. The main content area is divided into several sections. On the left, there is a 'Menu główne' (Main Menu) with links to 'Ogłoszenia sądowe', 'Załatw sprawę przez internet', 'Załatw sprawę w sądzie', 'Informacje', 'Ochrona danych osobowych', 'Mediacje', and 'Wideokonferencje'. Below this is a 'Struktura' (Structure) section with links to 'Informacje o podmiocie', 'Informacja o powołaniach sędziów - art. 88b usp', 'Lista sędziów', 'Struktura organizacyjna', and 'Podziały czynności'. The main content area features a 'AKTUALNOŚCI' (News) section with a headline about a public holiday on December 24, 2020, and a 'Posiedzenie Rady Ławniczej' (Judges' Council Meeting) on December 14, 2020. To the right of the news is an 'INFORMACJE' (Information) section with contact details for the court. At the bottom, there is a 'Biuro Obsługi Interesanta' (Public Service Office) section with icons for 'Godziny urzędowania' (Office hours), 'Portal Informacyjny' (Information Portal), 'e-Wokanda' (e-Court), 'Formularz kontaktowy' (Contact form), 'Numer rachunku' (Account number), and 'Deklaracja dostępności' (Accessibility statement).

Źródło: Strona internetowa Sądu Okręgowego we Wrocławiu, <http://www.wroclaw.so.gov.pl/> (dostęp: 17.12.2020 r.).

⁶ Analiza została przeprowadzona w ramach opracowania E. Mikołajczuk, *Analiza...*

Tabela 1.

Miejsce dostępu do Portalu Informacyjnego na stronach internetowych sądów apelacyjnych, okręgowych i rejonowych

	Apelacyjne		Okręgowe		Rejonowe		Łącznie	
Kafelek „Portal Informacyjny”	10	90,00%	38	84,40%	233	73,30%	281	81,00%
Zakładka „Załatw sprawę przez Internet”	7	63,60%	16	35,60%	127	39,90%	150	43,20%
Zakładka „Portal Informacyjny”	0	0,00%	12	26,70%	104	32,70%	116	33,40%
Zakładka „Obsługa przez Internet” lub „Usługi sądowe przez Internet”	0	0,00%	3	6,70%	16	5,00%	19	5,50%
Zakładka „Portale Internetowe”, „Portale Sądowe” itp.	0	0,00%	2	4,40%	11	3,50%	13	3,70%
Inne	4	36,40%	3	6,70%	18	5,70%	25	7,20%
Brak informacji o Portalu Informacyjnym	0	0,00%	0	0,00%	5	1,60%	5	1,40%

* Odsetki nie sumują się do 100% – na niektórych stronach było więcej niż jedno miejsce dostępu do Portalu Informacyjnego.

Źródło: opracowanie własne.

Na 1/5 stron internetowych sądów powszechnych spośród tych, na których udało się zlokalizować informacje o portalu informacyjnym, możliwe było jedynie bezpośrednie przejście na stronę logowania do systemu. W pozostałych przypadkach na stronach znajdowały się różne dodatkowe informacje. Najczęściej były to załączniki zawierające zarządzenie w sprawie utworzenia Internetowego Portalu Informacyjnego danego sądu lub zarządzenia zmieniające (62%) oraz Regulamin Portalu Informacyjnego (51%) (tabela 2). Na mniej niż połowie stron (45%) znajdowała się krótsza lub dłuższa informacja na temat tego, czym jest portal informacyjny, jakie zawiera informacje i/lub instrukcja korzystania z systemu.

Tabela 2.

Informacje o Portalu Informacyjnym dostępne na stronach sądów apelacyjnych, okręgowych i rejonowych

	Apelacyjne		Okręgowe		Rejonowe		Łącznie	
Zarządzenie w sprawie utworzenia Portalu lub zarządzenie zmieniające	9	81,8%	32	71,1%	188	60,1%	229	62,1%
Regulamin	9	81,8%	28	62,2%	151	48,2%	188	50,9%
Dodatkowe informacje (opis zawartości Portalu, instrukcja użytkowania itp.)	7	63,6%	26	57,8%	132	42,2%	165	44,7%
Tylko bezpośrednie przekierowanie na stronę Portalu Informacyjnego danej apelacji	1	9,1%	10	22,2%	80	25,6%	91	24,7%

* Odsetki nie sumują się do 100% – na stronach mogła znajdować się więcej niż jedna informacja.

Źródło: opracowanie własne.

3.2. Użytkownicy

Jak wynika z danych pozyskanych 7.12.2020 r. z Centrum Kompetencji i Informatyzacji Sądownictwa, na wniosek Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości, użytkowników portali informacyjnych sądów powszechnych można podzielić na dwie grupy: użytkowników wewnętrznych i zewnętrznych.

Największy odsetek użytkowników wewnętrznych stanowią pracownicy sekretariatów sądów (72%) (tabela 3). Najwięcej spośród nich jest zarejestrowanych w portalach informacyjnych Apelacji Katowickiej (15%) oraz Apelacji Gdańskiej (13%) (wykres 1). Poza pracownikami sekretariatów dostęp do systemu mają również administratorzy (12%), pracownicy BOI (10%), a także helpdesk i obsługa techniczna (6%).

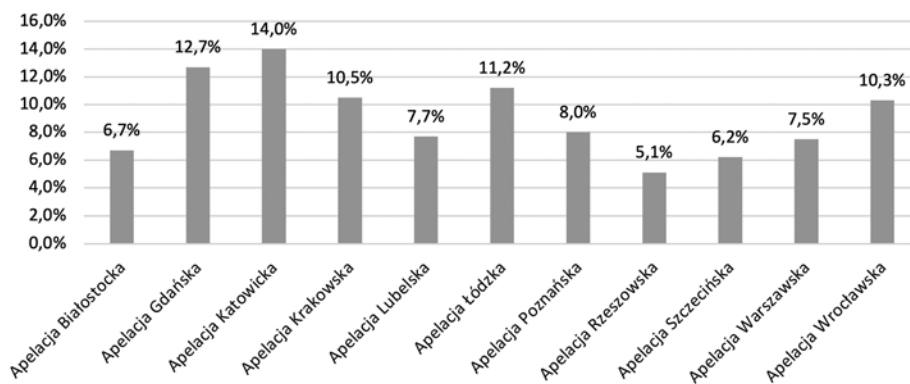
Tabela 3.
Kategorie użytkowników wewnętrznych Portali Informacyjnych Sądów Powszechnych (stan na 30.11.2020 r.)

	Liczba	Procent
Pracownik sekretariatu	8 268	72,0%
Administrator	1 406	12,3%
Pracownik BOI	1 138	9,9%
Helpdesk	602	5,3%
Obsługa techniczna	52	0,5%
łącznie	11 466	100,0%

Źródło: opracowanie własne na podstawie danych uzyskanych z Centrum Kompetencji i Informatyzacji Sądownictwa na wniosek IWS.

Wykres 1.

Użytkownicy wewnętrzni Portali Informacyjnych Sądów Powszechnych z podziałem na apelacje (stan na 30.11.2020 r.)



Źródło: opracowanie własne na podstawie danych uzyskanych z Centrum Kompetencji i Informatyzacji Sądownictwa na wniosek IWS.

Wśród użytkowników zewnętrznych portali informacyjnych sądów powszechnych można wskazać dwie dominujące grupy: użytkowników zwykłych, czyli strony procesu (42%) oraz pełnomocników (tabela 4). Ci drudzy stanowią ponad połowę

ogółu użytkowników zewnętrznych portali (54%), a w Apelacjach Rzeszowskiej, Lubelskiej i Łódzkiej nawet ponad 60% (wykres 3). Więcej zarejestrowanych użytkowników zwykłych niż pełnomocników jest jedynie w Apelacjach Warszawskiej i Poznańskiej (odpowiednio 51% i 49%).

Poza stronami postępowania i pełnomocnikami, ale już w znacznie mniejszym zakresie dostęp do portali mają m.in.: użytkownicy zależni, sędziowie, prokuratorzy, pracownicy Urzędów Skarbowych, Zakładów Ubezpieczeń Społecznych oraz Urzędów Stanu Cywilnego.

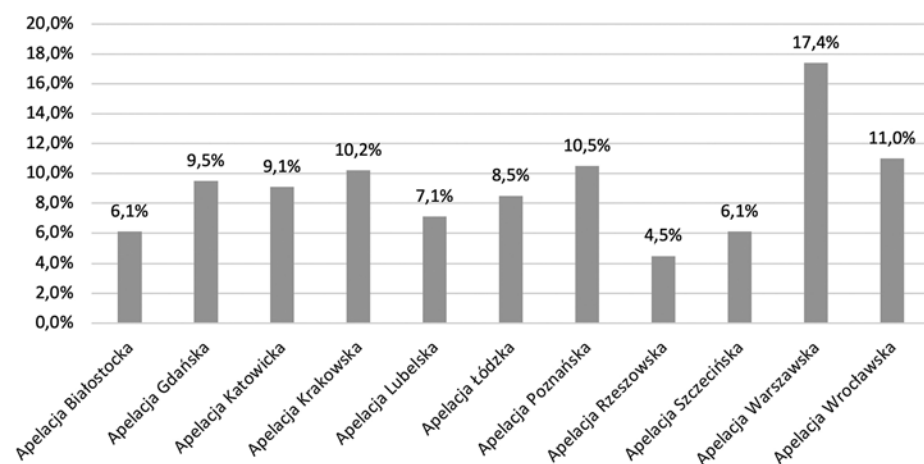
Najwięcej zarejestrowanych użytkowników zewnętrznych jest w portalach Apelacji Warszawskiej (17%), Wrocławskiej (11%), Poznańskiej (11%) oraz Krakowskiej (10%), a najmniej w portalach Apelacji Rzeszowskiej (5%), Białostockiej (6%) i Szczecińskiej (6%) (wykres 2).

Tabela 4. Kategorie użytkowników zewnętrznych Portali Informacyjnych Sądów Powszechnych (stan na 30.11.2020 r.)		
	Liczba	Procent
Użytkownik zwykły	123 413	42,0%
Pełnomocnik	159 006	54,1%
Użytkownik zależny	8 892	3,0%
Sędzia	1 519	0,5%
Prokurator	591	0,2%
Inne	484	0,2%
Łącznie	293 905	100,0%

Źródło: opracowanie własne na podstawie danych uzyskanych z Centrum Kompetencji i Informatyzacji Sądownictwa na wniosek IWS.

Wykres 2.

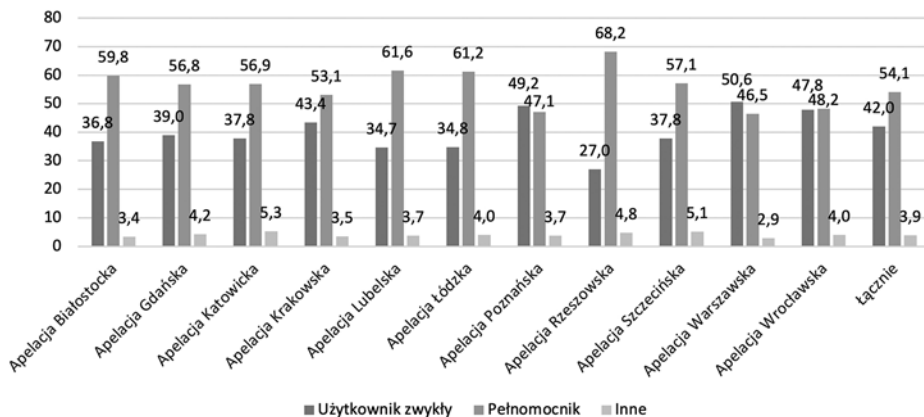
Użytkownicy zewnątrzni Portali Informacyjnych Sądów Powszechnych z podziałem na apelacje (stan na 30.11.2020 r.)



Źródło: opracowanie własne na podstawie danych uzyskanych z Centrum Kompetencji i Informatyzacji Sądownictwa na wniosek IWS.

Wykres 3.

Kategorie użytkowników zewnętrznych Portali Informacyjnych Sądów Powszechnych z podziałem na apelacje (w %) (stan na 30.11.2020 r.)



Źródło: opracowanie własne na podstawie danych uzyskanych z Centrum Kompetencji i Informatyzacji Sądownictwa na wniosek IWS.

3.3. Dostępne informacje o sprawie

Po zalogowaniu do systemu użytkownik ma wgląd do panelu startowego, na którym wyświetlają mu się takie informacje jak:

- aktualne sprawy (do 10 najnowszych, ze wskazaniem nazwy sądu oraz sygnatury i przedmiotu sprawy);
- najbliższe posiedzenia (do 10 najbliższych posiedzeń, ze wskazaniem nazwy sądu, sygnatury sprawy, daty posiedzenia oraz sali, w której ono się odbędzie);
- ostatnie czynności podjęte przez sąd w sprawie (do 10 ostatnich czynności, ze wskazaniem nazwy sądu, sygnatury sprawy, daty wykonania czynności oraz opisu);
- ostatnie dodane dokumenty (do 10 ostatnich dokumentów, ze wskazaniem nazwy sądu, sygnatury sprawy, daty wykonania oraz opisu);
- graficzny kalendarz (na którym zaznaczane są zaplanowane posiedzenia, a także użytkownik może dodawać własne wydarzenia).

Po kliknięciu w sygnaturę interesującej użytkownika sprawy zostaje on przekierowany do zawartych w systemie informacji o sprawie, które zostały podzielone na 7 szczegółowych zakładek takich jak:

- szczegóły sprawy (nazwa sądu i wydziału, sygnatura sprawy, data wpływu, data zakończenia lub informacja, że sprawa jest w toku, przedmiot sprawy, tytuł teczek, dane o wartości przedmiotu sporu oraz o sposobie rozstrzygnięcia sprawy, w przypadku jej zakończenia, możliwość zdefiniowania własnego opisu danej sprawy, który jest indywidualny dla każdego użytkownika i tylko dla niego widoczny);
- podmioty (informacje na temat osób uczestniczących w sprawie, m.in. o stronach postępowania, pełnomocnikach, świadkach);

- posiedzenia (terminy rozpraw przyszłych i historycznych wraz ze wskazaną godziną, salą oraz składem sędziowskim);
- czynności (wykaz czynności, jakich dokonał sąd w danej sprawie);
- dokumenty (wykaz dokumentów, jakie sąd wydał w danej sprawie z możliwością otworzenia pliku i pobrania go na dysk komputera w formacie .docx lub .pdf; w portalu nie są publikowane treści pism przychodzących – zamieszczana jest jedynie informacja o pojawieniu się takiego dokumentu w aktach sprawy);
- powiązane (w przypadku spraw prowadzonych w II instancji wyświetlane są powiązania ze sprawą rozpoznawaną w sądzie I instancji, w której strona dokonała zaskarżenia orzeczenia);
- e-protokół (w czwartym dniu roboczym, licząc od daty sporządzenia protokołu, nagranie powinno zostać opublikowane w portalu; oprócz możliwości pobrania i odsłuchania e-protokołów użytkownik powinien mieć także możliwość z tego poziomu złożyć wniosek o przeprowadzenie rozprawy odmiejscowionej lub wniosek o strumieniowanie online).

Do końca listopada 2020 r. w systemie zostało zarejestrowanych łącznie ponad 63,5 mln spraw, z czego 2,7 mln stanowią sprawy, które wciąż się toczą (tabela 5). Najwięcej spośród dostępnych spraw jest w portalach informacyjnych sądów powszechnych Apelacji Warszawskiej (14%), Wrocławskiej (13%) oraz Gdańskiej (13%), zaś najmniej – w sądach Apelacji Rzeszowskiej (3%), Szczecińskiej (6%) i Lubelskiej (7%) (wykres 4.).

Tabela 5.

Liczba spraw w toku i zakończonych dostępnych w Portalach Informacyjnych Sądów Powszechnych z podziałem na apelacje (stan na 30.11.2020 r.)

	Sprawy w toku		Sprawy zakończone		Łącznie	
Apelacja Białostocka	122 845	4,5%	5 112 253	8,4%	5 235 098	8,2%
Apelacja Gdańska	318 139	11,8%	7 700 052	12,7%	8 017 928	12,6%
Apelacja Katowicka	284 224	10,5%	6 645 281	10,9%	6 930 505	10,9%
Apelacja Krakowska	236 619	8,7%	5 111 842	8,4%	5 348 461	8,4%
Apelacja Lubelska	169 479	6,3%	4 151 643	6,8%	4 321 122	6,8%
Apelacja Łódzka	260 784	9,6%	4 850 723	8,0%	5 111 507	8,0%
Apelacja Poznańska	261 131	9,7%	5 713 041	9,4%	5 974 172	9,4%
Apelacja Rzeszowska	98 605	3,6%	1 913 211	3,1%	2 011 816	3,2%
Apelacja Szczecińska	152 115	5,6%	3 620 307	6,0%	3 772 422	5,9%
Apelacja Warszawska	474 815	17,7%	8 174 716	13,4%	8 649 537	13,7%
Apelacja Wrocławska	325 678	12,0%	7 825 020	12,9%	8 150 698	12,9%
Łącznie	2 704 434	100,0%	60 819 089	100,0%	63 523 266	100,0%

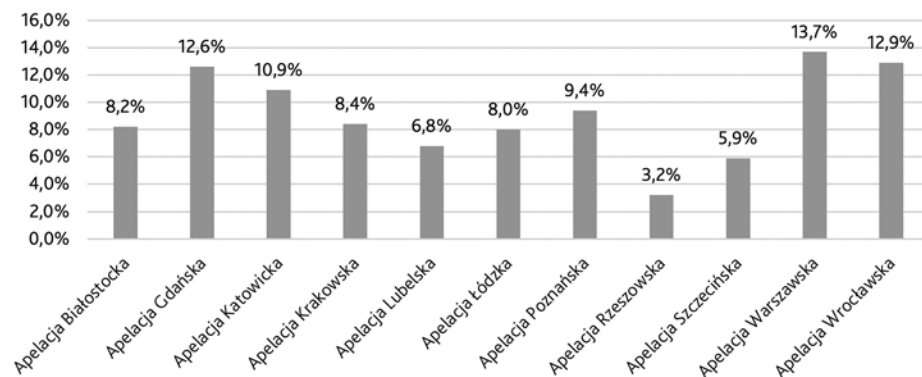
Źródło: opracowanie własne na podstawie danych uzyskanych z Centrum Kompetencji i Informatyzacji Sądowictwa na wniosek IWS.

W portalach informacyjnych sądów powszechnych znajduje się prawie 254 mln dokumentów oraz blisko 8 mln nagrań e-protokołów. Najwięcej dokumentów zostało wgranych w portalach informacyjnych sądów Apelacji Warszawskiej (17%), Wrocławskiej (15%) i Poznańskiej (12%), a najmniej w sądach Apelacji Rzeszowskiej

(3%), Lubelskiej (5%) i Białostockiej (6%) (tabela 6). Jeżeli zaś chodzi o nagrania e-protokołów, to najwięcej ich znajduje się w bazach portali informacyjnych sądów Apelacji Gdańskiej (17%), Krakowskiej (17%) i Wrocławskiej (16%), zaś najmniej w sądach Apelacji Rzeszowskiej (2%), Lubelskiej (2%) i Szczecińskiej (4%).

Wykres 4.

Łączna liczba spraw dostępnych w Portalach Informacyjnych Sądów Powszechnych w poszczególnych apelacjach (stan na 30.11.2020 r.)



Źródło: opracowanie własne na podstawie danych uzyskanych z Centrum Kompetencji i Informatyzacji Sądownictwa na wniosek IWS.

Tabela 6. Dokumenty i nagrania e-Protokołów dostępne w Portalach Informacyjnych Sądów Powszechnych z podziałem na apelacje (stan na 30.11.2020 r.)				
	Dokumenty		Nagrania e-Protokołu	
Apelacja Białostocka	14 331 467	5,6%	604953	7,6%
Apelacja Gdańska	24 898 785	9,8%	1312652	16,6%
Apelacja Katowicka	19 335 798	7,6%	595531	7,5%
Apelacja Krakowska	25 315 855	10,0%	1303171	16,5%
Apelacja Lubelska	11 329 387	4,5%	191034	2,4%
Apelacja Łódzka	22 981 943	9,1%	791042	10,0%
Apelacja Poznańska	29 859 300	11,8%	374741	4,7%
Apelacja Rzeszowska	6 937 502	2,7%	179855	2,3%
Apelacja Szczecińska	17 185 219	6,8%	287660	3,6%
Apelacja Warszawska	44 202 617	17,3%	1051144	13,3%
Apelacja Wrocławska	37 527 115	14,8%	1227104	15,5%
łącznie	253 904 988	100,0%	7 918 887	100,0%

Źródło: opracowanie własne na podstawie danych uzyskanych z Centrum Kompetencji i Informatyzacji Sądownictwa na wniosek IWS.

3.4. Korzystanie z portali informacyjnych

W okresie od 1.12.2019 r. do 30.11.2020 r. odnotowano łącznie ponad 23 mln logowań do portali informacyjnych sądów powszechnych. Najwięcej z nich miało

miejsce w systemach Apelacji Warszawskiej (18%) i Wrocławskiej (12%), a najmniej – w Apelacji Rzeszowskiej (4%) i Białostockiej (5%) (tabela 7). Łącznie z portali informacyjnych wszystkich sądów pobranych lub odczytanych zostało w tym czasie ponad 21 mln dokumentów oraz blisko 0,5 mln protokołów elektronicznych.

Tabela 7.

Statystyka dotycząca logowań do Portali Informacyjnych Sądów Powszechnych oraz pobierania/odczytu dokumentów i pobrania/odtworzenia e-Protokołów w okresie 1.12. 2019 r.–30.11.2020 r. z podziałem na apelacje

	Liczba logowań		Liczba pobranych /odczytanych dokumentów		Liczba pobranych /odtworzonych e-Protokołów	
Apelacja Białostocka	1 234 272	5,3%	908 575	4,2%	24 449	5,3%
Apelacja Gdańska	2 310 608	10,0%	2 261 432	10,4%	54 187	11,7%
Apelacja Katowicka	2 449 873	10,6%	1 918 424	8,8%	43 797	9,4%
Apelacja Krakowska	2 137 590	9,3%	2 113 015	9,7%	55 557	12,0%
Apelacja Lubelska	1 512 278	6,5%	1 038 255	4,8%	20 196	4,4%
Apelacja Łódzka	1 930 254	8,4%	1 752 507	8,1%	36 379	7,8%
Apelacja Poznańska	2 428 275	10,5%	2 626 790	12,1%	35 397	7,6%
Apelacja Rzeszowska	831 148	3,6%	597 041	2,7%	12 006	2,6%
Apelacja Szczecińska	1 410 927	6,1%	1 570 751	7,2%	19 717	4,3%
Apelacja Warszawska	4 036 444	17,5%	4 178 653	19,3%	94 446	20,3%
Apelacja Wrocławska	2 820 044	12,2%	2 762 453	12,7%	67 524	14,6%
Łącznie	23 101 713	100,0%	21 727 896	100,0%	463 655	100,0%

Źródło: opracowanie własne na podstawie danych uzyskanych z Centrum Kompetencji i Informatyzacji Sądownictwa na wniosek IWS.

Dla systemu portali informacyjnych świadczone jest wsparcie przez Centrum Pomocy Systemów Informatycznych. Problem związany z funkcjonowaniem portalu można po zalogowaniu zgłosić za pomocą dostępnego w stopce każdej strony formularza „Zgłoszenie błędu” lub z poziomu zakładki „Pomoc”. Jak wynika z danych Centrum Kompetencji i Informatyzacji Sądownictwa, zgłoszenia dzielone są na trzy główne kategorie: incydenty, wnioski o usługę i wnioski o informację. W okresie od 1.12.2019 r. do 30.11.2020 r. łącznie załatwiono ponad 60 tys. zgłoszeń. Zdecydowaną większość z nich stanowiły zgłoszenia incydentów (97%) (tabela 8). Najczęściej zgłaszanymi incydentami były: brak dokumentu, brak sprawy, problem ze złożonym wnioskiem o dostęp do sprawy, brak e-protokołu oraz problem z logowaniem. Składane wnioski o usługę dotyczyły najczęściej prośby o usunięcie konta, konfigurację importu plików oraz zmianę danych użytkownika. Zaś wnioski o informację kierowane były głównie z prośbą o udzielenie informacji odnoszącej się do dostępu do sprawy, rejestracji użytkownika oraz logowania do systemu.

Tabela 8.

Liczba zgłoszeń załatwionych w okresie 1.12.2019 r.–30.11.2020 r. z podziałem na główne kategorie i rodzaje zgłoszeń

Kategoria	Rodzaj	Liczba	Procent
Incident	Brak dokumentu	30 074	48,6%
	Brak sprawy	14 598	23,6%
	Problem z wnioskiem o dostęp do sprawy	4 588	7,4%
	Brak nagrania e-Protokołu	2 344	3,8%
	Problem z logowaniem	913	1,5%
	Błąd generowania PDF	606	1,0%
	Problem z importem danych	513	0,8%
	Brak czynności w systemie	457	0,7%
	Inne	6 029	9,7%
	łącznie	60 122	97,1%
Wniosek o usługę	Usunięcie konta	425	0,7%
	Konfiguracja importu	168	0,3%
	Zmiana danych użytkownika	84	0,1%
	Inne	97	0,2%
	łącznie	774	1,3%
Wniosek o informację	Dostęp do sprawy	156	0,3%
	Rejestracja użytkownika	133	0,2%
	Logowanie do systemu	95	0,1%
	Inne	613	1,0%
	łącznie	997	1,6%
łącznie		61 893	100,0%

Źródło: opracowanie własne na podstawie danych uzyskanych z Centrum Kompetencji i Informatyzacji Sądownictwa na wniosek IWS.

4. ZAKRES KORZYSTANIA I SATYSFAKCJA Z UZYSKANYCH INFORMACJI – WYNIKI BADANIA ANKIETOWEGO

4.1. Metodologia badania

W okresie od 16–23.11.2020 r. Instytut Wymiaru Sprawiedliwości przeprowadził ankietę na temat wykorzystania portali informacyjnych sądów powszechnych w codziennej pracy kancelarii prawnych. Badanie zostało przeprowadzone metodą CAWI, za pośrednictwem internetowego systemu ankiet LimeSurvey. E-maile z zaproszeniem do udziału w badaniu zostały wysłane do wszystkich adwokatów zarejestrowanych w Krajowym Rejestrze Adwokatów i Aplikantów Adwokackich, o statusie „wykonujący zawód”.

Celem badania było poznanie opinii adwokatów na temat funkcjonowania portali informacyjnych sądów powszechnych. Zebrane informacje pozwalają na zweryfikowanie tego, czy uruchomienie systemu usprawniło wymianę informacji z sądami, oraz czy wpłynęło na ograniczenie osobistych wizyt w BOI i sekretariatach sądów. Wyniki badania zwracają również uwagę na problemy w funkcjonowaniu portali informacyjnych

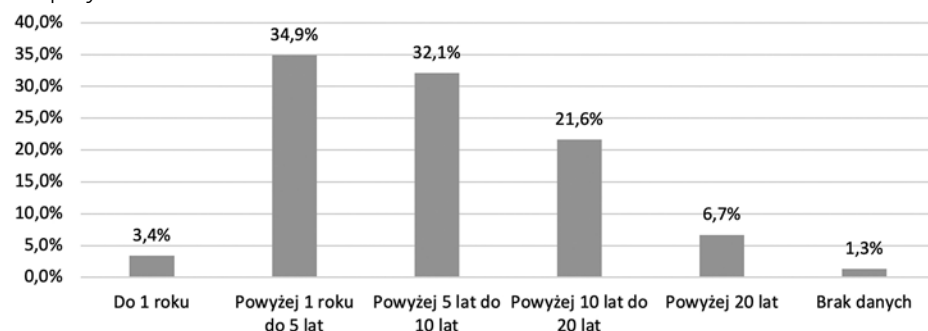
sądów powszechnych, na które natrafiają adwokaci w swojej codziennej pracy, a także na ich oczekiwania co do poczynienia pewnych modyfikacji w działaniu systemu.

4.2. Charakterystyka grupy badawczej⁷

Na przesłaną ankietę odpowiedziało 1356 czynnych zawodowo adwokatów. Większość respondentów stanowili mężczyźni (54%). Blisko 35% badanych określiło, że posiada staż w zawodzie adwokata od roku do 5 lat, a niewiele mniej, bo 32% – od 5–10 lat. Co piąty badany (22%) był czynnym zawodowo adwokatem już od 10 do 20 lat (wykres 5).

Wykres 5.

Staż pracy w zawodzie adwokata



Źródło: opracowanie własne.

Blisko połowa kancelarii, których przedstawiciele wzięli udział w badaniu, ma swoją siedzibę w dużych miastach powyżej 500 tys. mieszkańców (tabela 9). W miastach od 100 do 500 tys. mieszkańców ma swoje siedziby zawodowe ponad 1/5 badanych (27%), a po ok. 8% respondentów odpowiedziało, że pracuje w miejscowościach od 50 do 100 tys. mieszkańców lub od 20 do 50 tys. mieszkańców.

Tabela 9. Siedziba kancelarii		
	Liczba	Procent
W mieście powyżej 500 tys. mieszkańców	652	48,1%
W mieście powyżej 100 tys. do 500 tys. mieszkańców	362	26,7%
W mieście powyżej 50 tys. do 100 tys. mieszkańców	113	8,3%
W mieście powyżej 20 tys. do 50 tys. mieszkańców	115	8,5%
W mieście do 20 tys. mieszkańców	77	5,7%
Na wsi	11	0,8%
Brak danych	26	1,9%
Łącznie	1 356	100,0%

Źródło: opracowanie własne.

⁷ Z bardziej szczegółową charakterystyką grupy badawczej można się zapoznać w pełnym raporcie z tego badania w: E. Mikołajczuk, *Analiza...*

4.3. Ogólna ocena portali informacyjnych sądów powszechnych

Można stwierdzić, że portale informacyjne sądów powszechnych stały się nieodłącznym elementem pracy adwokatów. Zdecydowana większość respondentów wskazała, że korzysta z nich codziennie (70%), a więcej niż co czwarty badany – że kilka razy w tygodniu. Raz w tygodniu lub rzadziej portale informacyjne sądów powszechnych odwiedza 3,5% badanych, a 0,5% nigdy nie korzystało z nich w swojej pracy (tabela 10).

Tabela 10. Odpowiedzi na pytanie: Jak często korzysta Pan/i z Portali Informacyjnych Sądów Powszechnych?		
	Liczba	Procent
Codziennie	947	69,9%
Kilka razy w tygodniu	354	26,1%
Raz w tygodniu	19	1,4%
Kilka razy w miesiącu	21	1,5%
Raz w miesiącu	3	0,2%
Rzadziej niż raz w miesiącu	5	0,4%
Nigdy nie korzystałem/korzystałam	7	0,5%
łącznie	1 356	100,0%

Źródło: opracowanie własne.

Spośród badanych adwokatów, którzy w swojej pracy korzystali kiedykolwiek z portali informacyjnych sądów powszechnych, blisko 95% ma ogólnie pozytywne zdanie na ich temat, w tym ponad 28% ocenia je zdecydowanie pozytywnie (tabela 11). Jedynie 4% respondentów jest odmiennego zdania w tej kwestii, w tym 1% ocenia je zdecydowanie negatywnie.

Tabela 11. Odpowiedzi na pytanie: Jakie jest Pana/i ogólne zdanie o Portalach Informacyjnych Sądów Powszechnych?		
	Liczba	Procent
Zdecydowanie pozytywne	382	28,3%
Raczej pozytywne	890	65,9%
Raczej negatywne	40	3,0%
Zdecydowanie negatywne	13	1,0%
Trudno powiedzieć	21	1,6%
Brak danych	3	0,2%
łącznie	1 349	100,0%

Źródło: opracowanie własne.

Jeszcze większy odsetek badanych uważa, że wprowadzenie portali informacyjnych sądów powszechnych zdecydowanie poprawiło wymianę informacji z sądami (60%). Co trzeci z nich nie jest o tym przekonany, ale myśli, że raczej miało to pozytywny wpływ. Natomiast 6% respondentów albo uważa, że uruchomienie

portali informacyjnych nie wpłynęło na lepszą komunikację z sądami, albo nie ma w tej kwestii zdania (tabela 12).

Tabela 12. Odpowiedzi na pytanie: Czy wprowadzenie Portali Informacyjnych Sądów Powszechnych poprawiło Pana/i wymianę informacji z sądami?		
	Liczba	Procent
Zdecydowanie tak	808	59,9%
Raczej tak	456	33,8%
Raczej nie	50	3,7%
Zdecydowanie nie	10	0,7%
Trudno powiedzieć	21	1,6%
Brak danych	4	0,3%
Łącznie	1 349	100,0%

Źródło: opracowanie własne.

Więcej niż 2/3 respondentów (69%) uważa, że wprowadzenie portali informacyjnych sądów powszechnych w dużym stopniu ograniczyło ich kontakty z BOI i sekretariatami sądów (tabela 13). Co czwarty badany (26%) jest zdania, że ograniczyło to ich bezpośrednie wizyty w sądach, ale tylko w niewielkim zakresie. Zdaniem 4% badanych portale informacyjne w żaden sposób nie ograniczyły ich wizyt w sądzie, a 2% nie ma w tej kwestii zdania.

Tabela 13. Odpowiedzi na pytanie: Czy wprowadzenie systemu Portali Informacyjnych Sądów Powszechnych ograniczyło Pana/i kontakty z Biurami Obsługi Interesantów i sekretariatami sądów?		
	Liczba	Procent
Tak w dużym stopniu	924	68,5%
Tak, ale w niewielkim stopniu	344	25,5%
Nie ograniczyło	58	4,3%
Trudno powiedzieć	21	1,6%
Brak danych	2	0,1%
Łącznie	1 349	100,0%

Źródło: opracowanie własne.

4.4. Zakres korzystania z portali informacyjnych sądów powszechnych

Badani adwokaci spośród informacji o prowadzonych sprawach zawartych w portalach informacyjnych sądów powszechnych najczęściej (84%) wyszukują protokoły z rozpraw (tabela 14 i wykres 5). Prawie taki sam odsetek respondentów wyszukuje także wyroki, postanowienia, zarządzenia oraz uzasadnienia. Więcej niż 2/3 badanych (68%) najczęściej wyszukuje dokumenty w sprawie wygenerowanych przez sąd w formie elektronicznej takie jak np. pisma wychodzące, a ponad połowa (55%) – wyznaczone terminy posiedzeń. W mniejszym stopniu wyszukiwane są protokoły elektroniczne (13%) oraz informacje o czynnościach wykonywanych przez sąd wraz z określeniem osoby odpowiedzialnej za jej wykonanie (8%).

Tabela 14.

Odpowiedzi na pytanie: Których z informacji o prowadzonych sprawach, dostępnych w Portalach Informacyjnych Sądów Powszechnych, najczęściej Pan/i szuka?

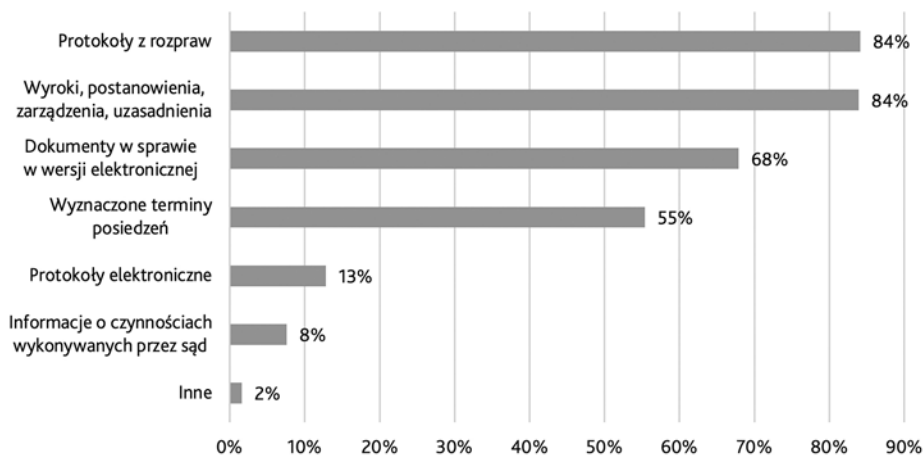
	Liczba	Procent*
Wyznaczone terminy posiedzeń	747	55,4%
Dokumenty w sprawie wygenerowane przez sąd w postaci elektronicznej (np. pisma wychodzące)	916	67,9%
Wyroki, postanowienia, zarządzenia, uzasadnienia	1 132	83,9%
Protokoły z rozpraw	1 135	84,1%
Protokoły elektroniczne	172	12,8%
Informacje o czynnościach wykonywanych przez sąd wraz z określeniem osoby odpowiedzialnej za jej wykonanie	103	7,6%
Inne	21	1,6%

* Odsetki nie sumują się do 100% – możliwość wskazania 3 najczęściej wyszukiwanych informacji.

Źródło: opracowanie własne.

Wykres 5.

Odpowiedzi na pytanie: Których z informacji o prowadzonych sprawach, dostępnych w Portalach Informacyjnych Sądów Powszechnych, najczęściej Pan/i szuka?



* Odsetki nie sumują się do 100% – możliwość wskazania 3 najczęściej wyszukiwanych informacji.

Źródło: opracowanie własne.

Odpowiadając na pytania otwarte, badani adwokaci mieli możliwość wskazania, jakich informacji o prowadzonych sprawach najbardziej brakuje im w systemie portali informacyjnych sądów powszechnych oraz jakie dodatkowe możliwości techniczne ich zdaniem uatrakcyjniłyby działanie systemu i wpłynęłyby na jeszcze lepszą komunikację z sądami.

Blisko 40% badanych wymieniło wśród dotychczas brakujących, a ich zdaniem niezbędnych informacji o danej sprawie, treści pism przychodzących do sądu od stron postępowania, osób trzecich i instytucji, np. w formie skanów (tabela 15). Zdaniem

prawie co piątego badanego (18%) istotne byłoby też zamieszczenie informacji o dacie wysłania korespondencji przez sąd oraz potwierdzenie jej odbioru przez strony postępowania lub informacji o awizowaniu przesyłki. Prawie co dziesiąty badany (9%) chciałby, aby całe akta spraw były dostępne w portalach informacyjnych sądów powszechnych w formie zdigitalizowanej. Ponadto respondenci w różnym stopniu wskazywali na brak we wszystkich lub w części spraw takich informacji jak: treści orzeczeń wraz z uzasadnieniami i datą uprawomocnienia; opinii biegłych; protokołów; zarządzeń; planowanego terminarzu rozpraw w danej sprawie wraz z informacją o ewentualnej zmianie terminu lub odwołaniu oraz przewidywanej długości rozprawy lub posiedzenia. Część adwokatów zwróciła także uwagę na potrzebę precyzyjniejszego opisywania zamieszczanych w systemie dokumentów.

Jeżeli zaś chodzi o brakujące – zdaniem adwokatów uczestniczących w badaniu – możliwości techniczne portali informacyjnych sądów powszechnych, to najwięcej z nich wskazywało na składanie wniosków technicznych i dowodowych w sprawie (23%) oraz na składanie pism procesowych (18%). Część respondentów wskazywała również, że w systemie brakuje im możliwości bezpośredniego kontaktu z sądem (BOI, sekretariatem, protokolantem itp.), zamawiania akt do czytelní, synchronizacji kalendarza z zewnętrznymi kalendarzami (np. Google Calendar) oraz udostępniania go dla sądu w celu zaznaczania nieobecności w danym dniu (tabela 16).

Tabela 15.

Odpowiedzi na pytanie: Jakich informacji o prowadzonych sprawach najbardziej Panu/i brakuje w systemie Portalu Informacyjnych Sądów Powszechnych?

	Liczba	Procent*
Treść pism przychodzących od stron postępowania, osób trzecich i instytucji	530	39,3%
Data wysłania korespondencji przez sąd i potwierdzenie jej odbioru przez strony i świadków lub informacja o awizowaniu	244	18,1%
Całe akta spraw w formie zdigitalizowanej	123	9,1%
Treść orzeczeń wraz z uzasadnieniem i datą uprawomocnienia	88	6,5%
Opinie biegłych	80	5,9%
Protokoły wraz z transkrypcją lub nagraniem	65	4,8%
Zarządzenia	53	3,9%
Terminarz rozpraw z informacją o ewentualnej zmianie terminu lub odwołaniu	51	3,8%
Planowana długość rozprawy lub posiedzenia	49	3,6%
Precyzyjne opisywanie dokumentów	45	3,3%
Treść wszystkich pism wychodzących (np. w formie skanów)	38	2,8%
Wykaz wszystkich czynności podejmowanych w danej sprawie wraz z terminarzem	31	2,3%
Informacje o sprawach z repetytoriów nieuwzględnionych w portalu (np. Ko, Kp)	27	2,0%
Wykaz osób wezwanych na rozprawę lub posiedzenie	23	1,7%
Powiązanie spraw I i II instancji	11	0,8%
Wywiady środowiskowe	10	0,7%
Inne	25	1,9%

* Odsetki nie sumują się do 100% – możliwość wymienienia dowolnej liczby brakujących informacji.

Źródło: opracowanie własne.

Tabela 16.

Odpowiedzi na pytanie: Jakich innych technicznych możliwości, Pana/i zdaniem, najbardziej brakuje w Portalach Informacyjnych Sądów Powszechnych?

	Liczba	Procent*
Składanie wniosków technicznych i dowodowych	307	22,8%
Składanie pism procesowych	236	17,5%
Bezpośredni kontakt z sądem	113	8,4%
Zamawianie akt do czytelní	45	3,3%
Synchronizacja kalendarza z innymi kalendarzami oraz udostępnianie go sądowi	42	3,1%
Automatyczne podpinanie spraw do danego pełnomocnika, bez konieczności składania wniosku	36	2,7%
Połączenie wszystkich portali w jeden bez konieczności uzyskiwania nowego dostępu do portali innych apelacji	27	2,0%
Dokonywanie opłat	20	1,5%
Rozprawa online	20	1,5%
Aplikacja na smartfona z funkcją alertów (np. o terminie rozprawy)	16	1,2%
Samodzielne usuwanie sprawy z portalu lub możliwość rezygnacji z dostępu do sprawy	12	0,9%
Funkcja wyszukiwania wg różnych fraz	10	0,7%
Możliwość samodzielnej zmiany danych adresowych i/lub kontaktowych	10	0,7%
Inne	49	3,6%

* Odsetki nie sumują się do 100% – możliwość wymienienia dowolnej liczby brakujących informacji.

Źródło: opracowanie własne.

4.5. Problemy podczas korzystania z systemu

Respondenci zostali zapytani również o to, czy podczas korzystania z portali informacyjnych sądów powszechnych zdarzyło im się spotkać z jakimiś problemami technicznymi. Ponad 70% z nich odpowiedziało w tej kwestii twierdząco, blisko co czwarty badany (23%) wskazał, że nie zdarzyły mu się sytuacje problemowe podczas korzystania z systemu, a 7% uczestników nie miało w tej kwestii zdania (tabela 17).

Tabela 17.

Odpowiedzi na pytanie: Czy spotkał/a się Pan/i z jakimiś problemami technicznymi podczas korzystania z Portalu Informacyjnych Sądów Powszechnych?

	Liczba	Procent
Tak	948	70,3%
Nie	308	22,8%
Trudno powiedzieć	88	6,5%
Brak danych	5	0,4%
łącznie	1 349	100,0%

Źródło: opracowanie własne.

Spośród respondentów, którzy wskazali, że spotykali się z problemami technicznymi podczas użytkowania portali informacyjnych sądów powszechnych ponad połowa (54%) zaznaczyła, iż zdarzają się one raz w miesiącu lub rzadziej, a blisko co trzeci

badany (31%) wskazał, że zdarza się to średnio kilka razy w tygodniu (tabela 18). Raz w tygodniu lub częściej na problemy techniczne narzeka co dziesiąty badany (11%).

Tabela 18.

Odpowiedzi na pytanie: Jeżeli spotkał/a się Pan/i z jakimiś problemami technicznymi podczas korzystania z Portali Informacyjnych Sądów Powszechnych, to jak często się to zdarzało?

	Liczba	Procent
Codziennie	8	0,8%
Kilka razy w tygodniu	52	5,5%
Raz w tygodniu	44	4,6%
Kilka razy w miesiącu	297	31,3%
Raz w miesiącu	134	14,1%
Rzadziej niż raz w miesiącu	380	40,2%
Trudno powiedzieć	2	0,2%
Inne	28	3,0%
Brak danych	3	0,3%
Łącznie	948	100,0%

Źródło: opracowanie własne.

Najczęściej wskazywanymi przez respondentów problemami podczas użytkowania systemu były opóźnienia w udostępnianiu w systemie dokumentów powstałych w sprawie (np. protokołu rozprawy, postanowienia), w stosunku do faktycznego czasu jego wydania (96%) oraz całkowity brak udostępniania w systemie dokumentu powstałego w sprawie (np. protokołu elektronicznego rozprawy, zarządzenia) mimo jego faktycznego sporządzenia w sprawie (85%) (tabela 19). Istotnym problemem dla ponad połowy badanych jest również zbyt długi czas rozpatrywania wniosku o udzielenie dostępu do sprawy w systemie. Ponad 40% adwokatów, którzy natrafiają na problemy w systemie, skarżyło się na brak dostępu do sprawy mimo otrzymania informacji o pozytywnym rozpatrzeniu wniosku o jego udzielenie. Spośród odpowiedzi udzielonych w kategorii „Inne” najczęściej powtarzały się: brak dostępu do portalu z powodu zbyt dużej liczby użytkowników, częste zawieszanie się systemu oraz znikanie spraw z systemu mimo posiadanego wcześniej dostępu.

Tabela 19.

Odpowiedzi na pytanie: Jeżeli spotkał/a się Pan/i z jakimiś problemami technicznymi podczas korzystania z Portali Informacyjnych Sądów Powszechnych, to jakie najczęściej były to problemy?

	Liczba	Procent*
Opóźnienie w udostępnieniu w systemie dokumentu powstałego w sprawie	905	95,5%
Brak udostępnienia w systemie dokumentu powstałego w sprawie	803	84,7%
Długi czas rozpatrzenia wniosku o udzielenie dostępu do sprawy w systemie	499	52,6%
Brak dostępu do sprawy mimo otrzymania informacji o pozytywnym rozpatrzeniu wniosku o jego udzielenie	413	43,6%
Inne	95	10,0%
Brak danych	4	0,4%

* Odsetki nie sumują się do 100% – możliwy wybór wielokrotny.

Źródło: opracowanie własne.

5. ZMIANY W ZWIĄZKU Z PANDEMIĄ COVID-19

Dostęp do sądów za pośrednictwem internetu zdaje się być szczególnie istotny w kontekście sytuacji, z jaką przyszło nam się mierzyć w ostatnich miesiącach. Pandemia COVID-19 i związane z nią ograniczenia w zakresie gromadzenia się i przemieszczania rzuciły wyzwanie dla wielu instytucji, w tym również dla wymiaru sprawiedliwości⁸. Można powiedzieć, że ta nieprzewidziana i dynamicznie zmieniająca się sytuacja w dużym stopniu zweryfikowała zakres wykorzystywanych rozwiązań teleinformatycznych służących zarówno do komunikacji wewnątrz instytucji, pomiędzy pracownikami (np. wyposażenie sądów w narzędzia służące do wideokonferencji oraz poziom kompetencji technicznych koniecznych do obsługi urządzeń i aplikacji⁹), jak i do komunikacji zewnętrznej, z interesantami i innymi instytucjami.

Jak wynika z raportów Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka pt. „Dostęp do sądu w dobie pandemii. Analiza – część pierwsza”¹⁰ oraz „Dostęp do sądu w dobie pandemii. Analiza – część druga”¹¹, w pierwszym okresie trwania pandemii bezpośrednia obsługa interesantów została wstrzymana praktycznie we wszystkich sądach rejonowych w całym kraju. Zaburzone zostało też funkcjonowanie Biur Podawczych w sądach powszechnych wszystkich szczebli. Ogromne zróżnicowanie występowało szczególnie w zakresie zasad dotyczących przyjmowania korespondencji – „od możliwości składania pism procesowych bezpośrednio w Biurach Podawczych, poprzez składanie ich w specjalnie przygotowanych pojemnikach (w tym również i kopertach wręczanych przez pracowników służby ochrony), przesyłanie ich pocztą elektroniczną czy korzystanie z pośrednictwa innego Biura Podawczego znajdującego się w tym samym okręgu, aż do wyłącznej konieczności korzystania z usług operatora pocztowego”¹².

Niektóre sądy podjęły działania wychodzące naprzeciw petentom. Przykładowo, Sąd Rejonowy dla Łodzi-Śródmieścia pod koniec sierpnia 2020 r. uruchomił internetowy czat umożliwiający komunikację z pracownikami sądu, z podziałem na cztery działy: Biuro Obsługi Interesantów; Zapytania o karalność; Krajowy Rejestr Sądowy, Rejestr Zastawów, Upadłości i restrukturyzacje oraz Księgi wieczyste. Podobne rozwiązanie dwa miesiące później postanowił wdrożyć także Sąd Rejonowy w Białymstoku. Jak czytamy na stronie internetowej sądu, „rozwiązanie to jest alternatywą zarówno dla osobistej wizyty w Sądzie, jak i prób nawiązania kontaktu telefonicznego z pracownikami Biura Obsługi Interesanta. Informacje udzielane z wykorzystaniem czatu nie mogą wykraczać poza zakres informacji udostępnianych drogą telefoniczną, czy elektroniczną”¹³.

⁸ B. Pilitowski, *Sądy dostępne przez Internet* [w:] *Sądy dostępne przez Internet. Lekcje z Polski i 12 krajów świata*, Fundacja Court Watch Polska, red. B. Pilitowski, B. Kociolowicz-Wisniewska, Toruń 2020, s. 6, <https://www.oirp.warszawa.pl/wp-content/uploads/2020/09/S%C4%85dy-dost%C4%99pne-przez-Internet-Raport-FCWP-wersja-0.9.pdf> (dostęp: 15.12.2020 r.).

⁹ B. Pilitowski, *Sądy...* [w:] *Sądy dostępne...*

¹⁰ K. Jarzmus, *Dostęp do sądu w dobie pandemii. Analiza – część pierwsza*, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Warszawa 2020, <https://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2020/04/Dost%C4%99p-do-s%C4%85du-w-dobie-pandemii-16-04.pdf> (dostęp: 15.12.2020 r.).

¹¹ K. Jarzmus, *Dostęp do sądu w dobie pandemii. Analiza – część druga*, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Warszawa 2020, <https://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2020/04/Dostep-do-sadu-w-dobie-pandemii2-FIN.pdf> (dostęp: 15.12.2020 r.).

¹² K. Jarzmus, *Dostęp..., część druga*, s. 3.

¹³ *Usługa Czat na stronie internetowej*, Sąd Rejonowy w Białymstoku, <https://www.bialystok.sr.gov.pl/aktualnosci/541-usluga-czat-na-stronie-internetowej-sadu> (dostęp: 15.12.2020 r.).

W sytuacji przedłużającej się pandemii braku w niektórych obszarach komunikacji elektronicznej zaczęły być bardziej dostrzegane, również przez ustawodawcę. W ustawie z 2.03.2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych¹⁴ znalazły się m.in. przepisy regulujące przeprowadzanie rozpraw odmiejscowionych. Zgodnie z art. 15zsz¹ dodanym do ustawy antykryzysowej przez art. 46 pkt 21 ustawy z 14.05.2020 r. o zmianie niektórych ustaw w zakresie działań osłonowych w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2¹⁵ w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID-19 oraz w ciągu roku od odwołania możliwe jest przeprowadzenie rozprawy lub posiedzenia jawnego przy użyciu urządzeń technicznych umożliwiających przeprowadzanie ich na odległość, z tym że osoby w nich uczestniczące nie muszą przebywać w budynku sądu. W związku z tym możliwe stało się to, czego dotychczas nie udało się uregulować prawnie, a mianowicie łączenie się za pomocą urządzeń komunikowania się na odległość z osobami znajdującymi się w swoim miejscu zamieszkania lub w pracy. Jako pierwszy z takiej możliwości skorzystał już w kwietniu 2020 r. Sąd Okręgowy we Wrocławiu¹⁶.

W obecnej sytuacji szczególnie brakowało też niewdrożonego dotychczas w sądach powszechnych Elektronicznego Biura Podawczego. W reakcji na wybuch pandemii pomysł umożliwienia m.in. sędziom, stronom postępowania i pełnomocnikom przysyłania pism za pomocą systemu ePUAP, portalu informacyjnego lub zwykłej poczty elektronicznej kilkakrotnie trafiał do projektów nowelizacji ustawy antykryzysowej, ale za każdym razem z wprowadzenia zmiany wycofywano się na etapie prac parlamentarnych. Ostatecznie na mocy nowelizacji ustawy, która weszła w życie 3.07.2021 r.¹⁷ został wprowadzony art. 15zsz⁹ ustawy antykryzysowej regulujący kwestię e-doręczeń za pośrednictwem portali informacyjnych sądów powszechnych. Nowo wprowadzony przepis stanowi, że: „w braku możliwości wykorzystania systemu teleinformatycznego obsługującego postępowanie sądowe, sąd doręcza adwokatowi, radcy prawnemu, rzecznikowi patentowemu lub Prokuratorii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej pisma sądowe poprzez umieszczenie ich treści w systemie teleinformatycznym służącym udostępnianiu tych pism (portal informacyjny)” (ust. 2). Zmiana ta ma jednak tymczasowy charakter i podobnie, jak w przypadku rozpraw odmiejscowionych, będzie obowiązywała jedynie w okresie stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID-19 oraz w ciągu roku od odwołania ostatniego z nich. Zmiana dotycząca e-doręczeń za pośrednictwem portali informacyjnych odnosi się do spraw rozpoznawanych według przepisów Kodeksu postępowania cywilnego¹⁸. Zgodnie z ww. regulacją – co do zasady – całość korespondencji kierowanej przez sąd do profesjonalnych pełnomocników w tych sprawach będzie doręczana drogą elektroniczną poprzez portal informacyjny. Wyjątek stanowią pisma, które podlegają doręczeniu wraz z odpisami pism procesowych stronom

¹⁴ Dz.U. poz. 1842 ze zm. – dalej ustawa antykryzysowa.

¹⁵ Dz.U. poz. 875 ze zm.

¹⁶ J. Gołaczyński, A. Zalesińska, *Nowe technologie w sądach na przykładzie wideokonferencji i składania pism procesowych i doręczeń elektronicznych w dobie pandemii COVID-19*, „Monitor Prawniczy” 2020/12, s. 638.

¹⁷ Ustawa z 28.05.2021 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2021 r. poz. 1090).

¹⁸ Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 1805).

lub innymi dokumentami nie pochodzącymi od sądu, np. zobowiązanie do ustosunkowania się do opinii biegłego przesłane wraz opinią. Zgodnie z art. 15zzs⁹ ust. 3 ustawy antykrzysowej „datą doręczenia jest data zapoznania się przez odbiorcę z pismem umieszczonym w portalu informacyjnym”. Poprzez „zapoznanie się” rozumie się pobranie treści pisma, co oznacza, że samo zalogowanie się na konto w portalu informacyjnym nie będzie skutkowało doręczeniem¹⁹. W dalszej części przepis określa, że: „w przypadku braku zapoznania się pismo uznaje się za doręczone po upływie 14 dni od dnia umieszczenia pisma w portalu informacyjnym”.

6. PODSUMOWANIE

Choć Polska ma już kilkunastoletnie doświadczenie we wdrażaniu technologii umożliwiających komunikację na odległość z wymiarem sprawiedliwości, to niezmiennie zdecydowana większość spraw toczących się przed polskimi sądami rozpatrywana jest w sposób tradycyjny, tj. w oparciu na aktach w wersji papierowej, korespondencji za pośrednictwem tradycyjnej poczty oraz posiedzeniami wymagającymi osobistego stawiennictwa uczestników na sali rozpraw²⁰. Problemem jest również brak jednolitości w stosowanych rozwiązaniach informatycznych w poszczególnych sądach. Nawet scentralizowane w obszarze sądownictwa powszechnego usługi dostępne przez internet takie jak Elektroniczne Postępowanie Upominawcze, Krajowy Rejestr Sądowy czy Księgi Wieczyste „są rozproszone, a ich interfejsy i zasady użytkowania znacznie się od siebie różnią”²¹.

Niewątpliwie utworzenie portali informacyjnych sądów powszechnych było ważnym krokiem w kierunku usprawnienia komunikacji sądu z obywatelami. System umożliwia użytkownikom samodzielny dostęp do informacji o stanie sprawy, w tym m.in. wgląd do informacji o podmiotach występujących w sprawie, monitorowanie czynności wykonywanych przez sąd, śledzenie terminarza rozpraw oraz zapoznanie się z udostępnianymi dokumentami i protokołami elektronicznymi. Dodatkowo, strony postępowań oraz pełnomocnicy mogą skorzystać z możliwości wnioskowania za pośrednictwem systemu np. o udostępnienie nagrania wideo z rozprawy, udziału w rozprawie odmiejscowionej czy udostępnienie wglądu do sprawy, jeśli nie pojawiła się ona automatycznie na koncie użytkownika.

Z przeprowadzonego badania na grupie pełnomocników wynika, że mimo ogólnie pozytywnego zdania na temat portali informacyjnych większość użytkowników jest zdania, że połączenie wszystkich portali w jeden, większa systematyczność i dokładność w publikowaniu informacji oraz poszerzenie zakresu funkcjonalności systemu mogłoby w znacznym stopniu ułatwić komunikację z sądami, skrócić czas prowadzenia postępowań oraz obniżyć ich koszty. Największy niedosyt budzi ciągły brak możliwości składania wniosków i pism procesowych za pośrednictwem portalu, brak możliwości bezpośredniego kontaktu z sądem z poziomu systemu oraz brak dostępu do całych akt sprawy w formie zdigitalizowanej. Na poszerzenie zakresu funkcjonalności portali informacyjnych wpłynęła sytuacja pandemiczna wywołana COVID-19. Utrudniona w tym czasie komunikacja bezpośrednia wpłynęła

¹⁹ *E-doręczenia przez Portal Informacyjny Sądu*, https://www.adwokatura.pl/admin/wgrane_pliki/file-e-doreczenia-przez-portal-informacyjny-sadu-31354.pdf (dostęp: 23.09.2021 r.).

²⁰ B. Pilitowski, *Sądy...* [w:] *Sądy dostępne...*, s. 86.

²¹ B. Pilitowski, *Sądy...* [w:] *Sądy dostępne...*, s. 86.

na wprowadzenie, choć na razie tylko tymczasowo, przepisów umożliwiających e-doręczenia pism sądowych za pośrednictwem portalu.

Warto jednak w tym miejscu zwrócić też uwagę na fakt, że oprócz szans związanych z działaniem portali informacyjnych sądów powszechnych mogą one rodzić także pewne obawy o zachowanie prywatności stron postępowania i bezpieczeństwo danych sądowych, dlatego system ten wymaga stałego monitorowania i dalszego rozwoju.

Summary

Ewelina Mikołajczuk, *Analysis of the Functioning of Ordinary Courts' Information Portals*

The main purpose of this study is to analyse the functioning of Ordinary Courts' Information Portals in terms of the scope of their use and the level of user satisfaction with the information obtained through the system. An important issue is also to examine the impact of the Portals on limiting personal visits to courts, and thus relieving employees from dealing with direct customer service.

Keywords: *General Courts' Information Portal, Customer Service Office, access to courts, survey research*

Streszczenie

Ewelina Mikołajczuk, *Analiza funkcjonowania portali informacyjnych sądów powszechnych*

Głównym celem niniejszego opracowania jest analiza funkcjonowania portali informacyjnych sądów powszechnych pod kątem zakresu ich wykorzystania i poziomu satysfakcji użytkowników z uzyskanych za pośrednictwem systemu informacyjnego. Istotnym zagadnieniem jest także zbadanie wpływu portali na ograniczenie osobistych wizyt w sądach, a tym samym odciążenie pracowników zajmujących się bezpośrednią obsługą interesanta.

Słowa kluczowe: *portal informacyjny sądów powszechnych, Biuro Obsługi Interesantów, dostęp do sądów, badanie ankietowe*

Literatura:

1. Gołaczyński J., Zalesińska A., *Nowe technologie w sądach na przykładzie wideokonferencji i składania pism procesowych i doręczeń elektronicznych w dobie pandemii COVID-19*, Monitor Prawniczy 2020, nr 12.
2. Jarzmus K., *Dostęp do sądu w dobie pandemii. Analiza – część pierwsza*, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Warszawa 2020, <https://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2020/04/Dost%C4%99p-do-s%C4%85du-w-dobie-pandemii-16-04.pdf>
3. Jarzmus K., *Dostęp do sądu w dobie pandemii. Analiza – część druga*, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Warszawa 2020, <https://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2020/04/Dostep-do-sadu-w-dobie-pandemii2-FIN.pdf>
4. Łukowski W., *Portal informacyjny czar*, Rzeczpospolita z 23.04.2020 r., <https://www.rp.pl/Opinie/304239882-Wojciech-Lukowski-Portalu-informacyjnego-czar.html>
5. Pilitowski B., Kociolowicz-Wisniewska B. [red.] *Sądy dostępne przez Internet. Lekcje z Polski i 12 krajów świata*, Fundacja Court Watch Polska, Toruń 2020, <https://www.oirp.warszawa.pl/wp-content/uploads/2020/09/S%C4%85dy-dost%C4%99pne-przez-Internet-Raport-FCWP-wersja-0.9.pdf>
6. *Podręcznik Użytkownika Portalu Informacyjnego*, Ministerstwo Sprawiedliwości, Warszawa 2018, https://portal.wroclaw.sa.gov.pl/zalacznik/Instrukcja_PL.pdf

Marcin Białecki*

Zakaz wyrokowania ponad żądanie

– uwagi do wyroku Sądu Najwyższego

– Izba Cywilna z 23.11.2018 r., II CNP 54/17**1

1. ZAGADNIENIA WSTĘPNE

Celem niniejszego opracowania jest omówienie zagadnienia zakazu wyrokowania ponad żądanie w kontekście orzekania o sposobie spełnienia świadczenia żądanego od kilku osób i kwestii związania żądaniem pozwu z perspektywy wyroku Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z 23.11.2018 r. wydanego w sprawie II CNP 54/17, w związku z rozpoznaniem skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia.

2. OPIS STANU FAKTYCZNEGO I PRAWNEGO POSTĘPOWANIA PRZED SĄDAMI I I II INSTANCJI

Pozwem wniesionym w postępowaniu uproszczonym i upominawczym powód wniósł o zasądzenie solidarnie od pozwanych małżonków kwoty 10.000 zł wpłaconej im tytułem zadatku przy zawieraniu umowy przedwstępnej sprzedaży nieruchomości z ustawowymi odsetkami wraz z kosztami postępowania. Ostatecznie nie doszło do zawarcia umowy przyrzeczonej i powstał obowiązek zwrotu kwoty przekazanej zgodnie z art. 394 § 1 Kodeksu cywilnego². Wyrokiem z 7.10.2015 r. Sąd I instancji zasądził od pozwanych na rzecz powoda kwoty po 5.000 zł z ustawowymi odsetkami wraz z kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa adwokackiego, oddalając powództwo w pozostałym zakresie. Sąd I instancji uwzględniając powództwo stwierdził, że powództwo jest zasadne w całości w zakresie żądania zasądzenia sumy pieniężnej. Zdaniem Sądu I instancji należało jednak oddalić żądanie w zakresie elementu solidarności i zasądzić świadczenie w częściach równych

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

** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 30.09.2021 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 13.10.2021 r.

¹ LEX nr 2583141; www.sn.pl (dostęp: 15.01.2021 r.). Z uwagi na zasadę anonimizacji danych, w treści tekstu będę się posługiwać pojęciami Sądu I instancji i Sądu II instancji.

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

od pozwanych. Faktycznie zatem oddalenie powództwa nastąpiło jedynie w zakresie żądania zasądzenia dochodzonej kwoty solidarnie. Sąd ten stanął na stanowisku, że na uwzględnienie w całości zasługiwało żądanie w zakresie zasądzenia kwoty 10.000 zł (po 5.000 zł od każdego z pozwanych) z tytułu zwrotu zadatku, stosownie do treści art. 394 § 3 k.c. Sąd I instancji oddalił żądanie zasądzenia 10.000 zł solidarnie od pozwanych, uznając, że solidarności nie domniemywa się i musi ona wynikać jednoznacznie z treści czynności prawnej lub z ustawy. W omawianej sprawie – zdaniem Sądu I instancji – taka sytuacja nie zachodziła. Sąd uznał, że dochodzone przez powoda roszczenie jest świadczeniem pieniężnym i jako takie pozostaje świadczeniem podzielnym, i w związku z powyższym od obojga pozwanych, czyli stron umowy, należało zasądzić po połowie całości podlegającego zwrotowi zadatku. Istotne w niniejszej sprawie było rozstrzygnięcie w zakresie kosztów postępowania, albowiem o kosztach procesu Sąd orzekł na podstawie art. 98 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego³, uznając, że powód wygrał sprawę niemalże w całości, a dla rozstrzygnięcia kwestii kosztów nie miało znaczenia oddalenie żądania w zakresie solidarności.

W konsekwencji zatem powód, wygrywając sprawę przed Sądem I instancji, nie zdecydował się na zaskarżenie niniejszego orzeczenia, uznając, że zasądzenie kwoty dochodzonej pozwem w całości od pozwanych, jedynie w inny sposób, bo *pro rata parte*, a nie solidarnie nie uzasadniało potrzeby wywiedzenia apelacji do Sądu II instancji. W doktrynie prawa procesowego cywilnego wprowadzie sporna jest konieczność istnienia pokrzywdzenia (*gravamen*), czy też interesu prawnego w zaskarżeniu orzeczenia, niemniej jednak niewątpliwy jest pogląd, zgodnie z którym apelację może wnieść strona niezadowolona z rozstrzygnięcia wydanego przez Sąd I instancji, inaczej mówiąc strona, której żądania i wnioski nie zostały uwzględnione. Zdaniem Tadeusza Erecińskiego byłoby absurdem, gdyby strona mogła żądać zmiany lub uchylecia wyroku dla niej korzystnego, a takim wyrokiem dla powoda było przecież rozstrzygnięcie Sądu I instancji⁴. Rozważania powyższe odnoszą się do jednego z wymogów formalnych skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia, a mianowicie do wykazania, że wzruszenie zaskarżonego wyroku w drodze innych środków prawnych nie było i nie jest możliwe, o czym będzie jeszcze mowa w dalszej części opracowania przy okazji omawiania wymogu skargi zawartego w art. 424⁵ § 1 pkt 5 k.p.c.

Orzeczenie Sądu I instancji zostało zaskarżone w całości przez pozwanych, którzy jako jeden z zarzutów apelacyjnych podnieśli naruszenie przez Sąd I instancji przepisu art. 321 § 1 k.p.c. poprzez zasądzenie od pozwanych na rzecz powoda kwoty roszczenia niezgodnie z żądaniem pozwu, które nie zawierało alternatywnego żądania zasądzenia od pozwanych na rzecz powoda kwoty po 5.000 zł wraz z ustawowymi odsetkami, stanowiącego treść rozstrzygnięcia Sądu I instancji. Abstrahując od innych zarzutów stawianych pod adresem orzeczenia Sądu I instancji, Sąd II instancji rozpoznając apelację skupił się jedynie na zarzucie naruszenia art. 321 § 1 k.p.c., stwierdzając, że apelacja pozwanych była zasadna, co skutkowało zmianą zaskarżonego orzeczenia w części uwzględniającej powództwo poprzez oddalenie powództwa w całości.

³ Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 1805) – dalej k.p.c.

⁴ T. Ereciński, *Apelacja w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2009, s. 69.

Zdaniem Sądu II instancji zarzut naruszenia przez Sąd I instancji przepisu art. 321 § 1 k.p.c. był zasadny. Zgodnie z powoływanym przepisem sąd nie może wyrokować co do przedmiotu, który nie był objęty żądaniem ani zasądzać ponad żądanie. Sąd II instancji stanął na stanowisku, że w niniejszej sprawie to związanie dotyczyło roszczenia sformułowanego jako zasądzenie dochodzonej należności solidarnie. Sąd II instancji stwierdził ponadto, że jeżeli w ocenie Sądu I instancji brak było podstaw do uwzględnienia powództwa poprzez zasądzenie kwoty objętej pozwem od pozwanych jako dłużników solidarnych ani też nie było możliwości określenia ich odpowiedzialności jako *in solidum*, co – w zasadzie z punktu widzenia zaspokojenia interesu wierzyciela – miałoby skutek zbliżony do solidarności, to nie było tym bardziej podstaw do zasądzenia od każdego z pozwanych kwot po 5.000 zł. Ponieważ powód wskazał, że dochodzi kwoty 10.000 zł solidarnie od obojga pozwanych, to brak było też możliwości przyjęcia, iż zgłoszone roszczenie może być dochodzone w niniejszej sprawie podzielnie od każdego z nich. Nawet w przypadku przyjęcia, że taka podzielnosc jest możliwa, nie było merytorycznych podstaw do dokonania samodzielnie przez Sąd wyboru, w jaki sposób ma być zaspokojona wierzytelność. Konkludując, Sąd II instancji stwierdził, że z uwagi na żądanie solidarnej zapłaty trzeba było przyjąć, iż w istocie odmienne zasądzenie dochodzonej kwoty 10.000 zł (po 5.000 zł od każdego z pozwanych) nie znajdowało uzasadnienia w powołanym stanie faktycznym i stanowiło orzeczenie sprzeczne z art. 321 § 1 k.p.c.

Na potwierdzenie powyższego stanowiska Sąd II instancji przywołał uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego (dalej SA) w Warszawie z 31.03.2015 r. wydanego w sprawie o sygn. akt VI ACa 741/14. Już na tym etapie należy wskazać, że uzasadnienie powyższego wyroku dotyczyło zupełnie innego stanu faktycznego i prawnego, a tym samym nie mogło znajdować jurydycznego zastosowania w sprawie, o czym będzie mowa w dalszej części⁵. Zdaniem Sądu II instancji brak było możliwości powołania przez Sąd I instancji przepisu art. 379 § 1 k.c. i uwzględnienia powództwa poprzez zasądzenie kwoty po 5.000 zł od każdego z pozwanych z uwagi na treść art. 321 k.p.c. Według Sądu II instancji, Sąd I instancji w istocie sam dokonał wyboru, którego dłużnika obciążyć w jakim zakresie – do czego nie był uprawniony. Sąd II instancji uznał ponadto, że solidarność zobowiązania pozwanych wynikała z art. 370 k.c.⁶

Na marginesie poczynionych dotychczas rozważań zauważyć należy, że Sąd Apelacyjny w Warszawie rozpoznający apelację w sprawie VI ACa 741/14⁷ stwierdził, że Sąd I instancji wskazał, iż zgodnie z art. 369 k.c. zobowiązanie jest solidarne, gdy wynika to z ustawy lub z czynności prawnej. Tymczasem powód, domagając się od pozwanych solidarnej zapłaty, nie przedstawił żadnych okoliczności, które uzasadniałyby taką ich odpowiedzialność, brak było ponadto jakiegokolwiek czynności prawnej, która pozwalałaby na stwierdzenie, że odpowiedzialność dłużników była solidarna. Nie można było zatem poszukiwać podstawy solidarności w przepisach ustawy. W ocenie Sądu

⁵ Orzeczenie wraz z uzasadnieniem dostępne pod adresem: <http://orzeczenia.waw.sa.gov.pl> (dostęp: 15.01.2021 r.).

⁶ Por. wyrok Sądu Najwyższego (dalej SN) z 27.12.1979 r., I CR 408/79, OSNC 1980/6, poz. 126. Powód nie zaskarżył wyroku Sądu I instancji z przyczyn, o których wspominałem, a zatem Sąd II instancji był związany granicami apelacji określonymi przez pozwanych, co oznaczało w konsekwencji, że wyrok Sądu I instancji co do oddalenia powództwa w zakresie solidarności roszczenia uprawomocnił się i nie mógł być poddany kontroli apelacyjnej przez Sąd II instancji.

⁷ Wyrok SA w Warszawie z 31.03.2015 r., VI ACa 741/14, [http://orzeczenia.waw.sa.gov.pl/details/\\$N/154500000003003_VI_ACa_000741_2014_Uz_2015-03-31_002](http://orzeczenia.waw.sa.gov.pl/details/$N/154500000003003_VI_ACa_000741_2014_Uz_2015-03-31_002) (dostęp: 15.01.2021 r.).

I instancji nie budziła wątpliwości natomiast podzielność świadczenia dochodzonego pozwem. W tym miejscu należy podnieść, że świadczenie ma taki charakter, jeżeli jest kilku dłużników lub wierzycieli. Jednakże z uwagi na to, że powód domagał się zapłaty od pozwanych kwot należnych z tytułu hipotek obciążających różne nieruchomości, dochodzona od nich kwota nie mogła być uznana za świadczenie podzielne, wobec tego, iż wierzytelności wobec każdej z osób po stronie pozwanej wynikały w istocie z różnych praw rzeczowych. Zdaniem Sądu I instancji brak było także podstaw do uznania, że pozwani odpowiadali za zapłatę dochodzonej kwoty *in solidum*. Słusznie zauważył Sąd I instancji, że zgodnie z art. 321 § 1 k.p.c. Sąd nie może wyrokować co do przedmiotu nieobjętego żądaniem ani zasądzać ponad żądanie, a związanie Sądu dotyczyło żądania sformułowanego jako zasądzenie dochodzonej należności solidarnie. Zdaniem tego Sądu brak było podstaw do uwzględnienia powództwa poprzez zasądzenie kwoty objętej pozwem od pozwanych, jako dłużników solidarnych ani też nie było możliwości określenia ich odpowiedzialności jako *in solidum*. To co zasługuje na uwagę, to okoliczność, że właśnie z uwagi na powołane podstawy odpowiedzialności pozwanych, zgłoszone roszczenie nie mogło być dochodzone podzielnie od każdego z nich. Wobec żądania solidarnej zapłaty trzeba było przyjąć, że w istocie odmienne zasądzenie dochodzonej kwoty nie znajdowało uzasadnienia w powołanym stanie faktycznym i tylko z tych względów stanowiło orzeczenie sprzeczne z art. 321 k.p.c. Analizując szczegółowo uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie sporządzone w sprawie VI ACa 741/14, można zauważyć, że zgodnie z powszechnie przyjętymi poglądami podział długu i wierzytelności zgodnie z art. 379 § 1 k.c. dotyczy jedynie takiego przypadku, gdy świadczenie podzielne wynika z jednego stosunku zobowiązaniowego. Z powyższego natomiast wynikało, że uwzględnienie powództwa i zasądzenie należności od jednego z pozwanych nie zwolniłoby z długu drugiego pozwanego, w szczególności z uwagi na wysokość wierzytelności i wysokość zabezpieczenia hipotecznego. Brak było zatem możliwości zastosowania przez Sąd I instancji przepisu art. 379 § 1 k.c. i uwzględnienia powództwa z uwagi na treść art. 321 k.p.c., bowiem Sąd ten w istocie sam musiałby dokonać wyboru, którego dłużnika obciążyć i w jakim zakresie – do czego nie był uprawniony ze względów powyżej przeze mnie opisanych.

Odnosząc powyższe na grunt skarżonego orzeczenia Sądu II instancji, którym zajmował się Sąd Najwyższy, z całą mocą należy podkreślić, że Sąd ten w sposób rażąco błędny, przy zastosowaniu wnioskowania *per analogiam*, powołał wspomniane wyżej orzeczenie w sprawie VI ACa 741/14, które nie mogło mieć zastosowania w świetle powyżej przytoczonych argumentów jurydycznych. Skoro zatem w rozpoznawanej sprawie przed Sądem I instancji mieliśmy do czynienia ze świadczeniem podzielnym, bo wynikało ono z jednego stosunku zobowiązaniowego, to Sąd ten był uprawniony – wbrew twierdzeniom Sądu II instancji – do swobodnego zastosowania przepisu art. 379 § 1 k.c., nawet w sytuacji niezgłoszenia przez powoda roszczenia alternatywnego dla solidarności z art. 369 k.c. Podsumowując tę część rozważań, nie ulega wątpliwości, że z uwagi na powołane podstawy odpowiedzialności pozwanych zgłoszone roszczenie mogło być dochodzone podzielnie od każdego z nich, o czym ostatecznie zdecydował Sąd I instancji i na co przystał powód, który orzeczenia nie zaskarżył apelacją, a z czym ostatecznie nie zgodził się Sąd II instancji, uznając takie działanie za sprzeczne z treścią art. 321 § 1 k.p.c. Z uwagi na wynikającą z petitum pozwu wartość przedmiotu sporu, orzeczenie

Sądu II instancji nie mogło być poddane kontroli przez Sąd Najwyższy w ramach rozpoznania skargi kasacyjnej. Wzruszenie zaskarżonego wyroku w drodze innych środków prawnych nie było możliwe, albowiem od zaskarżonego wyroku nie przysługiwała skarga kasacyjna z uwagi na niedopuszczalność wniesienia skargi kasacyjnej w sprawach rozpoznawanych w postępowaniu uproszczonym zgodnie z art. 398² § 2 pkt 3 k.p.c., ale dodatkowo od zaskarżonego wyroku nie przysługiwała także skarga o wznowienie postępowania wobec niedopuszczalności skargi o wznowienie postępowania zgodnie z art. 401, 401¹, 403 k.p.c. Od zaskarżonego wyroku nie przysługiwały ponadto inne środki prawne pozwalające na uchylenie lub zmianę wyroku, i wobec powyższego powód zdecydował się na wniesienie skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia⁸.

3. PODSTAWY SKARGI O STWIERDZENIE NIEZGODNOŚCI Z PRAWEM PRAWOMOCNEGO ORZECZENIA NA PODSTAWIE PRZEPISU ART. 424⁵ § 1 PKT 2 K.P.C.

Stosownie do wymogu wynikającego z art. 424⁵ § 1 pkt 2 k.p.c., jako podstawy skargi wskazane zostały przepisy art. 321 § 1 k.p.c. oraz art. 379 § 1 k.c. poprzez ich niewłaściwą wykładnię, polegającą na przyjęciu przez Sąd II instancji, że żądanie powoda sformułowane w pozwie jako zasądzenie dochodzonej należności od pozwanych solidarnie, bez wskazania alternatywnego żądania nie pozwalało Sądowi I instancji na uwzględnienie powództwa poprzez zasądzenie kwoty objętej pozwem podzielnie od każdego z pozwanych i stanowiło *de facto* ingerencję w sferę procesową niezgodną z art. 321 § 1 k.p.c., i zastrzeżoną jedynie dla stron i pełnomocników w sytuacji, gdy odpowiedzialność *pro rata parte*, o której mowa w art. 379 § 1 k.c. jest kwestią samodzielnego wyboru przez Sąd prawa materialnego, które to stanowi jedynie podstawę wskazania sposobu zaspokojenia wierzytelności, nie jest zaś samodzielną postawą uwzględnienia powództwa.

Sąd Najwyższy po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Cywilnej 23.11.2018 r. skargi powoda o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego wyroku Sądu II instancji stwierdził, że zaskarżony wyrok jest niezgodny z prawem, co otworzyło powodowi możliwość wystąpienia przeciwko Skarbowi Państwa z roszczeniem odszkodowawczym.

4. OCENA JURYDYCZNA DOKONANA PRZEZ SN – IZBA CYWILNA W WYROKU Z 23.11.2018 R., II CNP 54/17, W KONTEKŚCIE ZASADY DYSPOZYCYJNOŚCI I NIEDOPUSZCZALNOŚCI ORZEKANIA CO DO PRZEDMIOTU, KTÓRY NIE BYŁ OBJĘTY ŻĄDANIEM ANI PONAD ŻĄDANIE

Oparcie skargi na stwierdzeniu niezgodności z prawem wyroku Sądu II instancji na obydwu podstawach wskazanych w art. 424⁴ k.p.c., obliowało SN

⁸ Dla jasności wyводу zaznaczę jedynie, że uwagi niniejszego i dwóch poprzedzających akapitów dotyczą uzasadnienia wspomnianego wyroku SA w Warszawie z 31.03.2015 r., VI ACa 741/14, i wprawdzie nie odnoszą się bezpośrednio do omawianego orzeczenia, ale zostały przytoczone przez Sąd II instancji, którego orzeczenie zostało zaskarżone skargą o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia.

do odniesienia się do naruszenia prawa materialnego, czyli niewłaściwej wykładni art. 379 § 1 k.c., która nie uwzględniała, że przepis ten reguluje sposób zaspokojenia wierzytelności, a nie podstawę rozstrzygnięcia, i mógł być zastosowany przez Sąd bez inicjatywy ze strony powoda z uwagi na niezwiązanie Sądu przepisami prawa materialnego wskazanymi przez stronę. W ramach drugiej podstawy Sąd Najwyższy odniósł się do uchybienia art. 321 § 1 k.p.c., polegającego na przyjęciu niemożności zmiany przez Sąd sposobu realizacji wierzytelności (solidarnie albo w częściach równych) bez zgłoszenia żądania ewentualnego. Niezgodność z art. 321 § 1 k.p.c. sprowadzała się do tego, że zasądzenie świadczenia podzielnego w częściach równych, mimo iż powód nie zgłosił żądania alternatywnego, stanowiło dopuszczalną ingerencję Sądu w sferę prawa materialnego, a zatem dokonanie wyboru przez Sąd sposobu zaspokojenia świadczenia powoda nie było sprzeczne z art. 321 § 1 k.p.c. Nie doszło bowiem do wyrokowania co do przedmiotu, który nie był objęty żądaniem ani też do zasądzenia roszczenia ponad żądanie. W konsekwencji oznacza to, że SN zajmował się zagadnieniem interferencji przepisów prawa materialnego i procesowego w ramach przywołanych podstaw skargi.

Sąd Najwyższy uznał, że Sąd II instancji rozpoznający apelację dokonał oczywiście błędnej wykładni art. 321 § 1 k.p.c., która była podstawą zmiany wyroku Sądu I instancji i oddalenia powództwa. Trafnie odwołał się SN do art. 187 § 1 k.p.c., zgodnie z którym na powodzie ciąży obowiązek dokładnego określenia zgłoszonego żądania i przedstawienia okoliczności faktycznych uzasadniających to żądanie. Bardzo istotne jest podniesienie w tym miejscu, że w toku postępowania nie doszło do zmiany podstawy faktycznej powództwa. Oznacza to, że związanie Sądu przy wyrokowaniu żądaniem, zgodnie z art. 321 § 1 k.p.c., stanowi wyraz obowiązywania zasady dyspozycyjności i oznacza niedopuszczalność orzekania co do przedmiotu, który nie był objęty ani żądaniem, ani ponad żądanie. Związanie Sądu granicami żądania łączy się ściśle z zasadą autonomii woli, zgodnie z którą każdy ma swobodę kształtowania swojej sytuacji prawnej⁹. Powód nie ma obowiązku przytaczania w pozwie podstawy prawnej dochodzonego roszczenia. W świetle zasad prawa procesowego cywilnego dopuszczalne jest uwzględnienie roszczenia, wynikającego z przedstawionej przez powoda podstawy faktycznej przy zastosowaniu prawa materialnego będącego konsekwencją dokonania właściwej subsumcji przepisów.

Aprobuując stanowisko SN w przywołanym orzeczeniu należy uznać, że przyjęcie przez Sąd innej podstawy prawnej niż wskazana przez powoda nie stanowi wyjścia poza granice żądania określone w art. 321 § 1 k.p.c. Taki pogląd jest jednolicie przyjmowany nie tylko w orzecznictwie SN, ale jest też akceptowany w doktrynie¹⁰. Skoro zatem powództwo o zasądzenie świadczenia ma charakter ogólny, na co zwraca uwagę Witold Broniewicz, to podstawą faktyczną tego powództwa są przytoczone przez powoda okoliczności faktyczne, a ściślej rzecz ujmując twierdzenia powoda o tego rodzaju okolicznościach. Powinność przytoczenia w powództwie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie stanowi ciężar procesowy

⁹ Por. wyrok SN z 18.03.2005 r., II CK 556/04, OSNC 2006/2, poz. 39.

¹⁰ Por. wyroki SN: z 15.04.2003 r., V CKN 115/01, LEX nr 407051; z 15.09.2004 r., III CK 352/03, LEX nr 589984; z 6.12.2006 r., IV CSK 269/06, LEX nr 233045; z 24.05.2007 r., V CSK 25/07, OSNC -ZD 2008/2, poz. 32; z 27.03.2008 r., II CSK 524/07, LEX nr 465998; z 20.02.2008 r., II CSK 449/07, LEX nr 442515. H. Pietrkowski, *Metodyka pracy sędziego w sprawach cywilnych*, Warszawa 2009, s. 401.

nazywany tzw. ciężarem przytoczenia (*onus proferendi*)¹¹. W ramach tego ciężaru przytoczenia, który ma charakter formalny (procesowy), nie mieści się obowiązek ewentualnego bądź alternatywnego zgłaszania roszczeń w petitum pozwu, gdyż wybór prawa materialnego należy każdorazowo do Sądu. Na marginesie należy tylko zauważyć, że tzw. ciężar przytoczenia spoczywa nie tylko na powodzie, ale także na pozwanym w razie zgłaszania przez niego jakichkolwiek zarzutów.

5. OCENA JURYDYCZNA DOKONANA PRZEZ SN – IZBA CYWILNA W WYROKU Z 23.11.2018 R., II CNP 54/17, W KONTEKŚCIE UPRAWNIENIA POWODA DO WYBORU STRONY POZWANEJ, OD KTÓREJ ŻĄDA SPEŁNIENIA ŚWIADCZENIA. INTERFERENCJA PRZEPISÓW PRAWA MATERIALNEGO I PROCESOWEGO

Przejawem zasady dyspozycyjności stron w postępowaniu cywilnym będzie także kwestia swobodnego wyboru podstawy prawnej dochodzonego roszczenia, która, jak już wspomniałem, nie będzie wiążąca dla Sądu orzekającego w sprawie. Zgodnie z art. 366 § 1 k.c. odpowiedzialność solidarna dłużników polega na tym, że powód (wierzyciel) może żądać całości lub części świadczenia od wszystkich pozwanych (dłużników) łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna. Wybór ten jest uprawnieniem powoda (wierzyciela), na co wielokrotnie zwracał uwagę Sąd Najwyższy¹². Uprawnienie powoda (wierzyciela) do wyboru pozwanego (dłużnika), od którego może on żądać spełnienia świadczenia w całości lub w części nie podlega żadnym ograniczeniom z perspektywy zasad prawa procesowego cywilnego i moim zdaniem trafnie implikuje SN, że wybór ten nie może być zakwestionowany przez pozwanych (dłużników) dodając, że wybór ten dotyczy również żądania zasądzenia świadczenia od każdego z pozwanych (dłużników) w częściach równych. Sąd I instancji, dokonując oceny roszczenia powoda, uznał za uzasadnione na podstawie art. 394 § 3 k.c. i przywołanych okoliczności faktycznych żądanie zwrotu przekazanego zadatku. Sąd ten stwierdził jednocześnie, że zobowiązanie pozwanych nie miało charakteru zobowiązania solidarnego i zgodnie ze swoją prerogatywą zastosował przepis prawa materialnego w postaci art. 379 § 1 k.c. przywołując zasadę podziału w równych częściach świadczenia podzielnego.

Sąd Najwyższy zauważył ponadto, że orzeczenie Sądu według zasad prawa procesowego może nie być zgodne z żądaniem strony powodowej, co niejednokrotnie jest konsekwencją przyjęcia za podstawę orzekania innej podstawy prawa materialnego. Przywołana przeze mnie interferencja przepisów prawa materialnego i procesowego, czyli ich wzajemnego przenikania stanowi wyraz obowiązywania wiążącej Sąd zasady dyspozycyjności przewidzianej w art. 321 § 1 k.p.c. Chodzi tu zdaniem SN o zakaz orzekania o czymś innym niż żądał powód, w innym rozmiarze oraz na innej podstawie faktycznej niż przedstawiona przez powoda. W prawie procesowym – zauważa SN – nie ma jednak bliższych reguł o charakterze podstawowym, odnoszących się do orzekania o sposobie spełnienia świadczenia żadanego w pozwie od kilku osób i to właśnie orzecznictwo dopuszcza ingerencję

¹¹ Por. W. Broniewicz, *Postępowanie cywilne w zarysie*, Warszawa 1999, s. 174, 176.

¹² Por. wyroki SN: z 22.06.1998 r., I CKN 757/97, LEX nr 1219555; z 6.12.2000 r., III CKN 1352/00, Legalis nr 108976.

prawną Sądu w odniesieniu do np. *in solidum* w miejsce solidarnie i zamiennie rozłożenia świadczenia na raty czy odroczenia terminu płatności. Trzeba zatem przyjąć za Sądem Najwyższym, że do sfery prawa materialnego należy określenie charakteru zobowiązania kilku pozwanych względem powoda – solidarnie, czy w określonych częściach, a zatem dopuszczalna jest ingerencja Sądu w treść żądania w odniesieniu do tej kwestii i co najważniejsze – będzie to ingerencja o charakterze procesowym, która moim zdaniem nie narusza zasady z art. 321 § 1 k.p.c. Niemniej jednak – zauważa SN – z punktu widzenia zasady dyspozycyjności istotne jest, aby została zachowana tożsamość przedmiotu żądania, jego zakresu i podstawy faktycznej uzasadniającej jego uwzględnienie.

Nie ulega bowiem wątpliwości, że wyrokiem Sądu I instancji zasądzono na rzecz powoda żądane świadczenie pieniężne z tytułu zwrotu zadatku i co najważniejsze, uczyniono to w jego granicach, i na podstawie faktycznej wskazanej w pozwie, niezmodyfikowanej w toku przeprowadzonego postępowania. Została zatem w pełni zachowana tożsamość przedmiotu żądania i jego podstawy faktycznej. W następstwie zmiany podstawy prawnej sposobu realizacji zobowiązania pozwanych Sąd I instancji uznał jedynie, że powinni oni spełnić to świadczenie w częściach równych zgodnie z art. 379 § 1 k.c., nie zaś solidarnie w oparciu na art. 366 k.c., zasądzając w konsekwencji całą sumę zadatku od pozwanych wynikającą z żądania pozwu wraz z odsetkami.

Sąd Najwyższy stanął na w pełni aprobowanym przeze mnie stanowisku, że nie było podstaw do uznania, iż doszło do naruszenia zasady dyspozycyjności przewidzianej w art. 321 § 1 k.p.c. Sama redakcja tenoru wyroku prowadząca do przyznania powodowi dochodzonego świadczenia na innej podstawie prawa materialnego nie doprowadziła bowiem do zmiany przedmiotu jego żądania. Dokonana przez Sąd II instancji wykładnia art. 321 § 1 k.p.c. była w konsekwencji oczywiście nieprawidłowa, gdyż błędnie zostało przyjęte, że doszło do zmiany przedmiotu żądania. Zmiana wyroku Sądu I instancji dokonana w ramach kontroli instancyjnej i oddalenie powództwa doprowadziły *de facto* i *de iure* do niemożności uzyskania przez powoda ochrony prawnej, co było związane z uchyleniem się przez Sąd rozpoznający apelację od zbadania zgłoszonych w apelacji wniesionej przez pozwanych zarzutów naruszenia prawa materialnego, i ograniczeniem się jedynie do badania zarzutu naruszenia prawa procesowego.

6. SKARGA O STWIERDZENIE NIEZGODNOŚCI Z PRAWEM PRAWOMOCNEGO ORZECZENIA JAKO ŚRODEK PRZESĄDZAJĄCY JEDNĄ Z PRZESŁANEK DELIKTOWEJ ODPOWIEDZIALNOŚCI ODSZKODOWAWCZEJ SKARBU PAŃSTWA

Konkludując, Sąd Najwyższy stwierdził w uzasadnieniu analizowanego wyroku, że skarga o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia jest środkiem prawnym mającym na celu, poprzez zakwestionowanie zgodności z prawem orzeczenia, przesądzić jedną z przesłanek deliktowej odpowiedzialności odszkodowawczej Skarbu Państwa, o której mowa w art. 417¹ § 2 k.c. W orzecznictwie SN jednolicie przyjmuje się, że niezgodność z prawem prawomocnego wyroku w rozumieniu art. 424¹ k.p.c. zachodzi wtedy, gdy zaskarżony wyrok

można uznać za niewątpliwie sprzeczny z zasadniczymi i niepodlegającymi różnej wykładni przepisami z ogólnie przyjętymi standardami rozstrzygnięć, gdy był on wynikiem szczególnie rażąco błędnej wykładni lub niewłaściwego zastosowania prawa¹³. Na taką wadliwość zaskarżonego wyroku wskazywała oczywiście błędna wykładnia art. 321 § 1 k.p.c., która była przyczyną niedokonania oceny merytorycznej żądania powoda oraz wszystkich zarzutów zgłoszonych przez pozwanych i w konsekwencji wydania wyroku niezgodnego z prawem.

7. UWAGI KOŃCOWE

Zgodnie z przepisem art. 321 § 1 k.p.c. Sąd nie może wyrokować co do przedmiotu, który nie był objęty żądaniem ani zasądzać ponad żądanie (zasada *ne eat iudex ultra petita partium et ultra petita non cognoscitur*). Przepis ten określa granice wyrokowania i wprowadza zasadę, zgodnie z którą Sąd jest związany żądaniem i jego podstawą faktyczną, nie wiąże go natomiast kwalifikacja prawna podana przez powoda¹⁴. W przypadku sformułowania żądania w sposób niewyraźny lub niewłaściwy, Sąd może je odpowiednio zmodyfikować, jednakże zgodnie z wolą powoda¹⁵. Zmieniając w sentencji wyroku tylko brzmienie tego żądania, Sąd nie narusza art. 321 § 1 k.p.c., gdyż odstąpienie od stylizacji żądania zgłoszonego w pozwie, jeżeli Sąd stylizację tę uważa za wadliwą jest możliwe¹⁶. Naruszeniem art. 321 § 1 k.p.c. byłoby z pewnością oparcie wyroku na podstawie faktycznej niepowołanej przez powoda, tymczasem zasądzenie *pro rata parte* w miejsce żądanego solidarnego sposobu zasądzenia roszczenia nie stanowi ingerencji w sferę prawa procesowego, lecz w sferę prawa materialnego i w żaden sposób nie zmienia charakteru samego żądania z *petitum* pozwu, bo nie ulega zmianie podstawa faktyczna dochodzonego roszczenia.

W pełni akceptuję stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w komentowanym orzeczeniu, zgodnie z którym ocena, czy doszło do naruszenia art. 321 § 1 k.p.c. wymaga określenia stosunku, w jakim pozostaje rozstrzygnięcie Sądu do zgłoszonego przez powoda żądania. Z tego punktu widzenia powinna istnieć zgodność między przedmiotem procesu, czyli tym, co stanowi przedmiot rozpoznania a przedmiotem orzekania¹⁷. Niedopuszczalne zdaniem SN byłoby zasądzenie przez Sąd czegokolwiek na podstawie innego stanu faktycznego niż ten, który jest podstawą powództwa, a jak już wcześniej wywoziliśmy – z taką sytuacją nie mieliśmy do czynienia w postępowaniu przed Sądami I i II instancji¹⁸. Do zakresu kognicji

¹³ Por. wyroki SN: z 4.01.2007 r., V CNP 132/06, OSNC 2007/11, poz. 174; z 7.07.2006 r., I CNP 33/06, OSNC 2007/2, poz. 35; z 31.03.2006 r., IV CNP 25/05, OSNC 2007/1, poz. 17.

¹⁴ Por. wyrok SN z 27.03.2008 r., II CSK 524/07.

¹⁵ Por. wyrok SN z 19.01.2006 r., IV CK 376/05, LEX nr 170325; por. także M. Jędrzejewska, J. Gudowski, (aktualizacja), T. Ereciński [red.] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Postępowanie rozpoznawcze*, t. II, Warszawa 2012, s. 38–39; K. Weitz, *Skutki naruszenia art. 321 par. 1 k.p.c.* [w:] *Proces cywilny. Nauka – kodyfikacja – praktyka. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Feliksowi Zedlerowi*, red. P. Grzegorzczak, K. Knoppek, M. Walasik, Warszawa 2012, s. 349–376; K. Weitz, *Związanie sądu granicami żądania w procesie cywilnym* [w:] *Aurea praxis aurea theoria. Księga pamiątkowa Profesora Tadeusza Erecińskiego*, t. I, J. Gudowski, K. Weitz, Warszawa 2011, s. 679–715.

¹⁶ Por. H. Pietrzkowski, *Metodyka...*, s. 401.

¹⁷ Por. wyroki SN: z 12.10.2016 r., II CSK 14/16, LEX nr 2142552; z 28.03.2014 r., III CSK 156/13, LEX nr 1489247.

¹⁸ Por. wyrok SN z 29.10.1993 r., I CRN 156/93, LEX nr 518175.

Sądu II instancji należy zatem dokonanie samodzielnie oceny jurydycznej dochodzonego żądania i ustalenia podstawy prawnej orzeczenia, niezależnie od zarzutów podniesionych w apelacji¹⁹.

Summary

Marcin Bialecki, *Prohibition of Awarding Beyond the Pursued Claim. Comments on Judgment of the Supreme Court – Civil Chamber of 23 November 2018, II CNP 54/17*

The purpose of this study is to discuss the issue of the prohibition of courts awarding beyond the pursued claim in the context of adjudicating on the manner of making a performance sought from several persons and the issue of the binding nature of the pursued claim from the perspective of judgment of the Supreme Court – Civil Chamber of 23 November 2018, issued in case II CNP 54/17, which involved examination of an appeal whereby the appellant sought declaration of a final judgment illegal. The research methodology applied here boils down to a dogmatic and juridical analysis of the cited judgment from the perspective of the views expressed in legal literature and case law in the form of a commentary. The main conclusions of this publication oscillate around the juridical assessment carried out by the Supreme Court in the judgment in point from the perspective of the dispositive principle (the principle that the parties themselves are to determine the subject matter of proceedings) and the inadmissibility of adjudicating on what was not covered by the claim or awarding beyond what was pursued as well as the claimant's right to choose the defendant from whom he/she claims the performance. The discussed subject of the dispositive principle applicable to parties in civil proceedings and its confrontation with the principle of autonomy of will also refers to the mechanism of interference of substantive and procedural law provisions in adjudication. To sum up, in the light of principles of civil procedural law it is admissible to issue a judgment for the claimant whose claim results from the facts presented thereby, while applying substantive law resulting from a proper subsumption of the provisions of law. Meanwhile the Court's adoption of a different legal basis than that indicated by the claimant does not mean going beyond the limits of the pursued claim, as set out in Article 321(1) of the Code of Civil Procedure.

Keywords: prohibition of awards in excess of the claim, court being bound by the pursued claim, alternative and optional nature of the pursued claim, severability of obligations and joint and several liability, dispositive principle

Streszczenie

Marcin Bialecki, *Zakaz wyrokowania ponad żądanie – uwagi do wyroku Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z 23.11.2018 r., II CNP 54/17*

Celem niniejszego opracowania jest omówienie zagadnienia zakazu wyrokowania ponad żądanie w kontekście orzekania o sposobie spełnienia świadczenia wymaganego od kilku osób i kwestii związania roszczeniem pozwu z perspektywy wyroku Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z 23.11.2018 r. wydanego w sprawie II CNP 54/17, w związku z rozpoznaniem skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia. Zastosowana przeze mnie metodologia badań sprowadza się do analizy dogmatycznej i jurydycznej przywołanego orzeczenia z perspektywy poglądów wyrażonych w doktrynie i orzecznictwie.

¹⁹ Uchwała siedmiu sędziów SN z 31.01.2008 r., III CZP 49/07, OSNC 2008/6, poz. 55.

Główne wnioski prezentowanej publikacji oscylowały wokół oceny jurydycznej dokonanej przez Sąd Najwyższy w przywołanym we wstępie orzeczeniu z perspektywy zasady dyspozycyjności i niedopuszczalności orzekania co do przedmiotu, który nie był objęty żądaniem ani ponad żądanie oraz uprawnienia powoda do wyboru strony pozwanej, od której żąda spełnienia świadczenia. Poruszana tematyka zasady dyspozycyjności stron w postępowaniu cywilnym i zestawienie jej z zasadą autonomii woli odnosiła się także do mechanizmu interferencji przepisów prawa materialnego i procesowego w ramach wyrokowania. Konkludując, w świetle zasad prawa procesowego cywilnego dopuszczalne jest uwzględnienie roszczenia wynikającego z przedstawionej przez powoda podstawy faktycznej przy zastosowaniu prawa materialnego będącego konsekwencją dokonania właściwej subsumcji przepisów, zaś przyjęcie przez SN innej podstawy prawnej niż wskazana przez powoda nie stanowi wyjścia poza granice żądania, określone w art. 321 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego.

Słowa kluczowe: zakaz wyrokowania ponad żądanie, związanie sądu żądaniem pozwu, alternatywność i ewentualność żądania pozwu, świadczenie podzielne i solidarność zobowiązania, zasada dyspozycyjności

Literatura:

1. Broniewicz W., *Postępowanie cywilne w zarysie*, Warszawa 1999.
2. Ereciński T., *Apelacja w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2009.
3. Jędrzejewska M., Gudowski J. (aktualizacja), Ereciński T. [red.] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Postępowanie rozpoznawcze*, t. II, Warszawa 2012.
4. Pietrkowski H., *Metodyka pracy sędziego w sprawach cywilnych*, Warszawa 2009.
5. Weitz K., *Skutki naruszenia art. 321 par. 1 k.p.c.* [w:] *Proces cywilny. Nauka – kodyfikacja – praktyka. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Feliksowi Zedlerowi*, red. P. Grzegorzczak, K. Knoppek, M. Walasik, Warszawa 2012.
6. Weitz K., *Związanie sądu granicami żądania w procesie cywilnym* [w:] *Aurea praxis aurea theoria. Księga pamiątkowa Profesora Tadeusza Erecińskiego*, t. I, red. J. Gudowski, K. Weitz, Warszawa 2011.

Michał Skwarzyński*

Podmiotowe granice wolności słowa w wypowiedziach publicznych**

1. WSTĘP

Niniejsza opinia¹ dotyczy niezwykle ważkiego i trudnego w praktyce do realizacji zagadnienia, bowiem korzystanie z wolności słowa, zwłaszcza publicznie, może godzić w prawa innych osób (zarówno prawa indywidualne, jak i dobra wspólnotowe). Niestety, obecnie często nadużywa się wolności wypowiedzi, maskując nią celowe i ewidentne naruszanie praw innych osób, jednocześnie domagając się wręcz cenzury poglądów przeciwnych. Wynika to z głębokiego niezrozumienia, czym jest demokracja i konsekwencji pluralizmu² poglądów.

W demokratycznym państwie prawa normalne jest spotykanie się z poglądami, których nie uznajemy, z którymi się nie zgadzamy. Na tym polega działanie zasad demokracji, ale także np. nauki, że różnica poglądów pozwala dojść do prawdy. Różnica poglądów w demokracji pozwala społeczeństwu wybrać dobrą drogę dla swojego rozwoju, a w nauce umożliwia postęp. Oczywista jest przy tym konstatacja, że skoro dochodzi do starcia przeciwnych poglądów, to jeden z nich musi być prawdziwy, a drugi błędny. Jest to o tyle ważne, że uznając pogląd za błędny, wiele osób automatycznie zabrania go głosić, co jest sprzeczne z istotą praw człowieka. Podobnie jest zarówno z głoszeniem poglądów, jak i z przekazywaniem informacji. Nośniki, jakie chroni wolność słowa są dwa: informacja i idea. Jedna i druga zasługują na ochronę, choć mają inny charakter, skutek i cel. Dlatego też ważne jest omówienie praw grup uprzywilejowanych, tj. takich, które realizując istotne dla społeczeństwa wartości mogą w ramach swobody ekspresji „więcej”, właśnie w celu ochrony jakiegoś dobra. Jako przykład można wskazać dziennikarzy, którzy realizują prawo człowieka, jako jednostki i społeczeństwa, jako całości

* Dr Michał Skwarzyński jest adiunktem w Katedrze Praw Człowieka i Prawa Humanitarnego, Wydział Prawa, Prawa Kanonicznego i Administracji, Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II oraz adwokatem, Polska, ORCID: 0000-0002-4357-8035, e-mail: adw.org.pl@gmail.com

** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 21.03.2020 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 15.10.2021 r.

¹ Opinia została przygotowana w październiku 2019 r. na zlecenie Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości.

² Zob. szerzej K. Orzeszyna, *Podstawy relacji między państwem a kościołami w konstytucjach państw członkowskich i traktatach Unii Europejskiej: studium prawnoporównawcze*, Lublin 2007, s. 23–34. Na temat zorganizowanego społeczeństwa obywatelskiego zob. szerzej K. Orzeszyna, *Spółeczeństwo obywatelskie w Unii Europejskiej, Teka Komisji Prawniczej Polskiej Akademii Nauk Oddział w Lublinie*, t. II, Lublin 2009, s. 94–108; A. Kość, *Relacja prawa i wartości w społeczeństwie otwartym* [w:] *Prawo a wartość. Księga jubileuszowa Profesora Józefa Nowackiego*, red. I. Bogucka, Z. Tobor, Kraków 2003, s. 135.

do informacji. Podobnie można wskazać na naukowców, którzy prowadząc badania mogą przedstawiać różne efekty i oceny, co musi być szczególnie chronione, bowiem historia wskazuje, że często poglądy uznane za absurdalne (choćby kwestia odkrycia Mikołaja Kopernika) zapewniały postęp. Jeśli zaś chodzi o przekazywanie idei, to uprzywilejowanymi grupami są osoby ze związków wyznaniowych i artyści.

Z uwagi na objętość opinii zrezygnowano z opisanie kwestii bluźnierstwa i praw artysty, bowiem wymagałoby to samodzielnego opracowania. Podobnie jest z politykami i konsekwencjami wykonywania działalności politycznej w ramach demokracji pośredniej i przedstawicielskiej, gdzie także występuje specyfika ochrony takich osób, wyrażająca się choćby poprzez posiadanie immunitetu.

Także politycy są w pewnych ramach szczególnie uprzywilejowani, zwłaszcza w ramach funkcji kontrolnej władzy wykonawczej czy sądowniczej. To zagadnienie również wymagałoby jednak odrębnego opracowania.

W niniejszej opinii zatem omówiono trzy grupy uprzywilejowane: dziennikarzy, naukowców i przedstawicieli związków wyznaniowych, jako szczególnie uprzywilejowanych w przekazywaniu informacji oraz idei. Oczywiście jest przy tym, że każdego prawa człowieka można nadużyć, każde zachowanie można próbować „ubrać” w pozorną ochronę praw człowieka. Skłania to do próby wyznaczania granic wolności wypowiedzi, która musi uwzględniać możliwości przekazania informacji czy idei w sposób, który nie narusza praw innych lub czyni to w minimalnym stopniu, co z reguły będzie możliwe.

2. CHARAKTERYSTYKA PRAWA CZŁOWIEKA DO SWOBODY EKSPRESJI

Analizę należy rozpocząć od przedstawienia roli wolności słowa w systemie praw człowieka. Występują tu problemy terminologiczne wynikające z tłumaczenia Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności³. Kwestia ta została dostrzeżona w doktrynie i uważam, że istotę tego prawa człowieka oddaje termin określający ją jako „wolność ekspresji”⁴, choć w doktrynie wskazuje się również na „swobodę wypowiedzi”⁵. Sam art. 10 EKPC określa ją jako „wolność wyrażania opinii”. To prawo człowieka uznaje się za jedno z najważniejszych w Konwencji. Jego celem jest zapewnienie społeczeństwu prawa do realizacji zasad demokracji, jak i szeregu innych praw człowieka. To wolność przekazywania idei i informacji jest nośnikiem realizacji także wolności religii, prawa człowieka do nauki czy rozwoju.

3. ISTOTA PRAWA DO OTRZYMYWANIA ORAZ PRZEKAZYWANIA INFORMACJI I IDEI BEZ INGERENCJI WŁADZY PUBLICZNEJ

Podstawowym źródłem w systemie praw człowieka chroniącym dostęp do informacji jest prawo do wolności słowa, czy tzw. swoboda ekspresji. W doktrynie bezsporne

³ Sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r., następnie zmieniona Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.) – dalej EKPC lub Konwencja.

⁴ R. Mizerski [w:] *Prawa człowieka i ich ochrona – podręcznik dla studentów prawa i administracji*, red. T. Jasudowicz, B. Gronowska, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski, Toruń 2005, s. 328.

⁵ M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2009, s. 413.

jest to, że normy wyrażające wolność słowa/swobodę ekspresji są źródłem swobody artystycznej, satyry czy krytyki, ale także prawa do otrzymywania i przekazywania idei i informacji. Trafnie przy tym zauważono, że w przypadku art. 10 ust. 1 EKPC nie istnieje w zasadzie kategoria „wypowiedzi niechronionych” tym przepisem⁶. Rozwijając tę myśl na potrzeby opinii, należy stwierdzić, że istnieją także informacje czy idee, które nie podlegają ochronie, co nie oznacza, iż nie można mówić o ograniczeniach w ich przekazywaniu. Wiąże się z tym właśnie klauzula limitacyjna, która określa, gdzie i w jakim wymiarze dopuszczana jest ingerencja władzy publicznej w swobodę obrotu ideą i informację, co jest przedmiotem kolejnego punktu opinii. W tym miejscu należy wskazać wprost, że w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka art. 10 ust. 1 „obejmuje wolność posiadania poglądów oraz otrzymywania i przekazywania informacji i idei bez ingerencji władz publicznych i bez względu na granice państwowe”.

Z kolei Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych⁷ w art. 19 ust. 1 stanowi, że: „każdy człowiek ma prawo do posiadania bez przeszkód własnych poglądów”, zaś art. 19 ust. 2 mówi, że: „każdy człowiek ma prawo do swobodnego wyrażania opinii; prawo to obejmuje swobodę poszukiwania, otrzymywania i rozpowszechniania wszelkich informacji i poglądów, bez względu na granice państwowe, ustnie, pismem lub drukiem, w postaci dzieła sztuki bądź w jakikolwiek inny sposób według własnego wyboru” (wszystkie pogrubienia – M.S.).

Znaczenie ma tu także treść art. 11 ust. 1 Karty Praw Podstawowych⁸, która – co prawda – w Polsce nie jest bezpośrednim źródłem prawa, ponieważ zgodnie z art. 1 ust. 1 Protokołu „brytyjskiego” załączonego do Traktatu z Lizbony⁹ zarówno wobec Polski, jak i Zjednoczonego Królestwa nie można skutecznie powołać się na jej treść¹⁰, to jednak „standardy zawarte w KPP w Polsce obowiązują, bądź jako standardy konstytucyjne, bądź jako obowiązujące nas standardy międzynarodowe”¹¹.

Standard ochrony wolności słowa wiąże Polskę zarówno na podstawie Konstytucji RP¹², jak i EKPC oraz MPPOiP, więc rygory KPP wydają się mieć tu także zastosowanie. Zgodnie z poglądem doktryny terminologia i praktyka stosowania EKPC oznaczają, że: „wolność otrzymywania informacji i idei ma przede wszystkim wymiar negatywny: władze publiczne nie mogą przeszkadzać czy utrudniać tego

⁶ L. Garlicki, *Komentarz do art. 10 EKPCz* [w:] *Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Komentarz do artykułów 1–18*, red. L. Garlicki, P. Hofmański, A. Wróbel, t. I, Warszawa 2010, s. 594, pkt 15.

⁷ Otwarty do podpisu w Nowym Jorku 19.12.1966 r. (załącznik do Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167) – dalej MPPOiP.

⁸ „Każdy ma prawo do wolności wypowiedzi. Prawo to obejmuje wolność posiadania poglądów oraz otrzymywania i przekazywania informacji i idei bez ingerencji władz publicznych i bez względu na granice państwowe”. Wersja skonsolidowana Dz.Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 389 – dalej KPP.

⁹ Traktat z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską, sporządzony w Lizbonie 13.12.2007 r. (Dz.U. z 2009 r. Nr 203, poz. 1569 ze zm.).

¹⁰ Zob. szerzej A. Wyrozska, *Ochrona praw podstawowych w Unii Europejskiej* [w:] *Obywatel Unii*, t. VI. *Traktat z Lizbony*, I. Skomerska-Muchowska, A. Wyrozska, Warszawa 2010, s. 219 i n. oraz K. Kowalik-Bañczyk, *Konsekwencje przyjęcia protokołu polsko-brytyjskiego dotyczące stosowania Karty Praw Podstawowych* [w:] *Karta Praw Podstawowych w europejskim i krajowym porządku prawnym*, red. A. Wróbel, Warszawa 2009, s. 136–138.

¹¹ R. Wieruszewski, *Postanowienia Karty Praw Podstawowych w świetle wiążących Polskę umów międzynarodowych i postanowień Konstytucji RP z 1997 r.* [w:] *Ochrona praw podstawowych w Unii Europejskiej*, red. J. Barcz, Warszawa 2008, s. 143.

¹² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.) – dalej Konstytucja RP.

otrzymywania”¹³, natomiast wolność przekazywania (*communiquer; impart*) informacji i idei zajmuje w praktyce orzeczniczej miejsce wiodące i na jej tle ukształtowała się rzeczywista treść art. 10 Konwencji. W najogólniejszym ujęciu obejmuje ona swobodę komunikowania odbiorcom zewnętrznym tego wszystkiego, co autor przekazu uważa za zasługujące na takie zakomunikowanie – można ją też określić mianem „wolności wypowiedzi”¹⁴.

4. GRANICE PRAWA DO POSIADANIA POGLĄDÓW I ICH GŁOSZENIA

Zrozumieniem istoty prawa człowieka do publicznego rozpowszechniania wszelkich informacji, idei i poglądów jest analiza tzw. klauzul limitacyjnych prawa człowieka do wolności ekspresji. Truizmem jest twierdzenie, że nie ma praw nieograniczonych, a w systemie praw człowieka prawodawca konwencyjny wielokrotnie określa wprost zakres dopuszczalnych ograniczeń¹⁵.

Kluczowe w tym zakresie jest porównanie nie tylko norm określających prawa człowieka, ale także klauzul limitacyjnych dotyczących wolności słowa. W przypadku wolności słowa art. 10 ust. 2 EKPC określa, że: „korzystanie z tych wolności pociągających za sobą obowiązki i odpowiedzialność **może podlegać** takim wymogom formalnym, warunkom, **ograniczeniom** i sankcjom, jakie są przewidziane przez ustawę i niezbędne w społeczeństwie demokratycznym **w interesie bezpieczeństwa państwowego, integralności terytorialnej lub bezpieczeństwa publicznego** ze względu na konieczność zapobieżenia zakłóceniu porządku lub przestępstwu, z uwagi na ochronę zdrowia i moralności, ochronę dobrego imienia i praw innych osób oraz ze względu na zapobieżenie ujawnieniu informacji poufnych **lub na zagwarantowanie powagi i bezstronności władzy sądowej**”.

Natomiast MPPOiP wskazuje w art. 19 ust. 3, że: „realizacja praw przewidzianych w ustępie 2 niniejszego artykułu pociąga za sobą specjalne obowiązki i specjalną odpowiedzialność. Może ona w konsekwencji podlegać pewnym ograniczeniom, które powinny być jednak wyraźnie przewidziane przez ustawę i które są niezbędne w celu: a) poszanowania praw i dobrego imienia innych; b) **ochrony bezpieczeństwa państwowego lub porządku publicznego albo zdrowia lub moralności publicznej**”.

Te klauzule limitacyjne silnie akcentują obowiązki podmiotu korzystającego z tej wolności, co nie ma aż tak zwerbalizowanego miejsca w przypadku innych praw człowieka. Klauzule limitacyjne podają, że korzystanie z wolności słowa nie może służyć naruszaniu praw innych osób oraz moralności publicznej, nie może też zmierzać do zakłócania porządku publicznego.

Odnosnie do stosowania tych norm w praktyce pomocny jest wyrok Sądu Najwyższego (dalej SN) z 6.04.2004 r. w sprawie I CK 484/03¹⁶, gdzie odnoszono się np. do art. 53 Konstytucji RP, więc wolności sumienia i wyznania, czy wyrok Sądu Apelacyjnego (dalej SA) w Warszawie z 12.03.2013 r., w sprawie I ACa 1034/12¹⁷, gdzie wprost zauważo-

¹³ L. Garlicki, *Komentarz do art. 10 EKPCz* [w:] *Konwencja...*, t. I, s. 592, pkt 12.

¹⁴ L. Garlicki, *Komentarz do art. 10 EKPCz* [w:] *Konwencja...*, t. I, s. 593, pkt 14.

¹⁵ Zob. M. Skwarzyński, *Specyfika prawa człowieka do własności intelektualnej*, Lublin 2012, s. 17 i n. oraz 221–225, 248–278, 184–215, 280.

¹⁶ OSNC 2005/4, poz. 69.

¹⁷ LEX nr 1448652.

no, że: „istnieje bowiem oczywista kolizja zasad prawnych w postaci prawa jednostki do ochrony czci i dobrego imienia oraz prawa do swobody wypowiedzi i wolności słowa (swoboda wypowiedzi obejmuje również wypowiedzi komercyjne). Obydwie wskazane zasady są chronione zarówno na podstawie Konstytucji RP (art. 14 i art. 54 ust. 1 oraz art. 30, art. 31 ust. 3 i art. 47), umów międzynarodowych (art. 10 ust. 1 i 2 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, art. 19 powszechnej deklaracji praw człowieka, art. 17 i 19 międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych)”.

Należy również pamiętać o art. 17 EKPC, który w sposób ogólny zakazuje powoływania się na treść Konwencji w celu niweczenia praw innych osób. Co prawda, art. 17 EKPC nie ma znaczenia samodzielnego¹⁸, ale wzmacnia ochronę wolności słowa wobec realizacji wolności religijnej, rozwoju naukowego czy przekazu dziennikarskiego informacji.

Rozstrzygnięcie kolizji praw i dóbr jest istotą systemu prawnego. To na poziomie praw jednostek należy rozpatrywać sytuacje graniczne i sporne. Dlatego też opinia wskazuje, podmioty szczególnie uprzywilejowane.

5. SPECYFIKA WYPOWIEDZI PUBLICZNEJ PODMIOTÓW SZCZEGÓLNYCH, T.J. NAUKOWCÓW ORAZ WYPOWIEDZI W ZWIĄZKU Z DZIAŁALNOŚCIĄ ZWIĄZKÓW WYZNANIOWYCH (AUTONOMIA ZWIĄZKÓW WYZNANIOWYCH), A TAKŻE DZIENNIKARZY

Omówione zostaną tu podmioty szczególne, którym pod pewnymi warunkami „wolno więcej”, niż w normalnym dyskursie publicznym, co wynika z dóbr i wartości jakie realizują takie osoby.

5.1. Dziennikarze

Pierwszą i oczywistą grupą uprzywilejowaną są dziennikarze. Realizują bowiem nie tylko swoje własne prawo do rozpowszechniania informacji czy idei, ale także realizują prawa społeczeństwa, które są niezbędne dla realizacji zasad demokracji. Demokracja wymaga dostępu do rzetelnej informacji. W demokracji to dziennikarz zapewnia dostęp do informacji i idei. Dlatego też dziennikarz podlega szerszej ochronie na podstawie art. 10 EKPC. Ingerencja przez państwo, poprzez odpowiedzialność karną czy cywilną, może wywołać w ramach tego zawodu ograniczenie wolności słowa i „efekt hamujący «mrożący» dla swobody debaty publicznej”¹⁹. Ingerencja państwa jest tu mocno ograniczona. Co więcej, sama skala odpowiedzialności karnej za wypowiedzi publiczne w większości przypadków jest sprzeczna z art. 10 ust. 1 i 2 EKPC. Największa liczba takich naruszeń dotyczy właśnie dziennikarzy.

5.2. Naukowcy

Drugą uprzywilejowaną, lecz mniej oczywistą grupą są naukowcy. Należy podkreślić, że w art. 2 Protokołu Nr 1 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych

¹⁸ L. Garlicki, *Komentarz do art. 17 EKPCz* [w:] *Konwencja...*, t. I, s. 814, pkt 3.

¹⁹ Zdanie odrębne sędziego Trybunału Konstytucyjnego, Marka Safjana do wyroku z 30.10.2006 r., P 10/06, OTK-A 2006/9, poz. 128, pkt 5.

wolności, sporządzonego w Paryżu 20.03.1952 r.²⁰, zawarto prawo człowieka do nauki²¹. Wiąże się ono z prawem człowieka do kultury i rozwoju, co widać w art. 13 Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych, otwartego do podpisu w Nowym Jorku 19.12.1966 r.²² Jego treść polega na zapewnieniu każdemu człowiekowi możliwości nauki, którego nie można ograniczać, a więc rozwoju wiedzy, ale także kultury, bez której nie można zrozumieć społeczeństwa (art. 15 MPPGSiK). Brak ograniczenia jest determinowany faktem, że w Europie prawo do nauki ma charakter prawa człowieka pierwszej generacji²³. Inaczej ujmując, prawo człowieka do nauki, zgodnie z art. 2 Protokołu 1 EKPC, ma charakter realny i efektywny²⁴.

W polskim porządku prawnym prawo do nauki ma także charakter powszechny – art. 70 ust. 1 zd. 1 Konstytucji RP zawiera wyrażenie: „każdy ma prawo do nauki”²⁵. Takie sformułowanie determinuje dane prawo jako prawo człowieka²⁶. Prawo to znajduje się także w art. 13 MPPGSiK, gdzie jednak ma charakter prawa drugiej generacji. W tym kontekście istotny jest art. 13 KPP określający wolność sztuki i nauki, którą chroni poprzez treść przepisu, zgodnie z którym: „Sztuka i badania naukowe są wolne od ograniczeń. Wolność akademicka jest szanowana”. Natomiast art. 14 KPP określa wprost prawo do nauki.

W art. 15 ust. 1 lit. b i ust. 2, 3 i 4 MPPGSiK określono istnienie prawa człowieka do rozwoju. W związku z tym należy przyjąć, że art. 15 MPPGSiK jest źródłem prawa człowieka do korzystania z dobrodziejstw postępu naukowego i jego zastosowań²⁷.

²⁰ Dz.U. z 1995 r. Nr 36, poz. 175/1 ze zm. – dalej Protokół 1 EKPC.

²¹ Zob. L. Garlicki, *Komentarz do art. 2 Protokołu 1 EKPC* [w:] *Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Komentarz do artykułów 19–59 oraz Protokołów dodatkowych*, red. L. Garlicki, Warszawa 2010, pkt 2.

²² Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz. 169 – dalej MPPGSiK.

²³ Zob. szerzej o generacjach praw człowieka w: K. Vasak, *A 30-year struggle Thesustained efforts to give force of law to the Universal Declaration of Human Rights*, “The UNESCO Courier: a window open on the world” 1977/11, s. 29, 32; K. Vasak, *Human Rights: As a Legal Reality* [w:] *The International dimensions of human rights*, red. K. Vasak, UNESCO, Paryż–Westport 1982, s. 3–9; K. Vasek, *Part II: International Institutions for the protection and promotion of human rights. The Distinguishing Criteria of Institutions* [w:] *The International...*, s. 215–230; K. Vasak, *Sub-part II: Regional Institutions for the promotion and protection of human rights. Introduction* [w:] *The International...*, s. 451–456; K. Vasak, *Sub-part II: Regional Institutions for the promotion and protection of human rights. The Council of Europe* [w:] *The International...*, s. 457–542; M. Piechowiak, *Filozofia praw człowieka*, Lublin 1999, s. 74–76; S. Ruchala, *Współczesne filozoficzne spory o ugruntowanie praw człowieka*. Rozprawa doktorska napisana pod kierunkiem prof. dra hab. Kazimierza Ślęczki, Katowice 2006 r., Uniwersytet Śląski w Katowicach, Wydział Nauk Społecznych, Instytut Filozofii, s. 93–129, <http://www.sbc.org.pl/Content/4445/doktorat2680.pdf> (dostęp: 3.05.2011 r.); B. Banaszak, *Ogólne wiadomości o prawach człowieka. Geneza praw człowieka i ewolucja systemów ich ochrony* [w:] *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, red. B. Banaszak, A. Preisner, Warszawa 2002, s. 29; P. Kowalski, „Nowe prawa człowieka” *perspektywy i zagrożenia*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1988/2, s. 58 i n.

²⁴ Zob. T. Jasudowicz [w:] *Prawa człowieka i ich ochrona – podręcznik dla studentów prawa i administracji*, red. T. Jasudowicz, B. Gronowska, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski, Toruń 2005, s. 379 i n. Taki wniosek zdaje się wynikać także z analizy Leszka Garlickiego w: L. Garlicki, *Komentarz do art. 2 Protokołu 1 EKPC* [w:] *Konwencja...*, pkt 2.

²⁵ Zob. O.M. Rudak, *Prawo do nauki* [w:] *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, red. B. Banaszak, A. Preisner, Warszawa 2002, s. 493.

²⁶ Zob. B. Banaszak, *Ogólne wiadomości o prawach człowieka. Geneza praw człowieka i ewolucja systemów ich ochrony* [w:] *Prawa i wolności...*, s. 27. Tak samo wobec art. 73 Konstytucji RP – prawa do wolności twórczej – argumentuje Jacek Sobczak w: J. Sobczak, *Wolność ekspresji artystycznej. Standardy europejskie i rzeczywistość polska* [w:] *Rada Europy, a przemiany demokratyczne w państwach Europy Środkowej i Wschodniej w latach 1989–2009*, red. J. Jaskiernia, Toruń 2010, s. 612.

²⁷ Zob. szerzej A.R. Chapman, *A human rights perspective on intellectual property, scientific progres, and access to the benefits of science*, www.wipo.int/tk/en/hr/paneldiscussion/papers/pdf/chapman.pdf (dostęp: 1.06.2015 r.), pkt 2 (ii) oraz pkt 2 (iii) a. Podano tam trzy elementy prawa każdego do: dostępu do osiągnięć naukowych i technologicznych; do decyzji i priorytetów w zakresie rozwoju technologicznego i naukowego; do ochrony przed negatywnymi skutkami postępu naukowo-technicznego. Podobnie M.K. Kolański, *Ochrona własności intelektualnej a prawa człowieka*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2008/3, s. 745 i n.

5.3. Osoby duchowne i wyznawcy związków wyznaniowych

Kolejną grupą, która jest uprzywilejowana w ramach korzystania ze swobody ekspresji są osoby duchowne i wyznawcy związków wyznaniowych. Wynika to z faktu, że realizują oni swoje własne prawa zarówno jako przedstawiciele związku, jak i prawa związku. Wolność sumienia i religii ma dwa elementy: wewnętrzny i zewnętrzny (*forum internum* i *forum externum*). Element wewnętrzny tej wolności na gruncie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka to **swoboda** nie tylko myśli, sumienia, przekonań, ale także wyznania²⁸.

Forum internum ma znaczenie dla argumentacji opinii, bowiem polega ona na realizacji własnych praw duchownego²⁹, czy wierzącego, a nie tylko prawa do publicznego głoszenia kultu. Jest to więc także podmiotowe prawo człowieka.

Wewnętrzna sfera funkcjonowania człowieka ma charakter pierwotnie naturalny i intymny³⁰, a także „bezwzględnie autonomiczny i – w ostatecznej instancji – może zależeć tylko od woli jednostki”³¹. Natomiast Trybunał Konstytucyjny (dalej TK) określił, że to „intymna sfera sumienia jednostki traktowana (...) jako refleks uniwersalnej idei godności osoby ludzkiej”³².

W doktrynie wskazano, że: „obszar wewnętrznej wolności myśli, sumienia i religii, rozumianej jako kształtowanie, posiadanie i zmiana przekonań religijnych bądź światopoglądowych, **nie może podlegać jakimkolwiek ingerencjom ze strony władz publicznych**”³³. Tym samym ten element ochrony sumienia i wyznania jest objęty istotą ochrony wolności, bowiem państwo nie może określać ograniczeń poglądów i przekonań, zwłaszcza religijnych.

Należy podkreślić, że konstytucyjnie ujęta „wolność religii to wolność wyznawania lub przyjmowania religii według własnego uznania. Obejmuje ona także wolność uzewnętrznienia swych przekonań religijnych indywidualnie lub grupowo, publicznie lub prywatnie”³⁴. Ma to znaczenie dla opinii, bowiem nie sposób przyjąć prawa państwa do regulacji postanowień nauczania religijnego, teologicznego, antropologicznego, społecznego związków wyznaniowych. Pewne ograniczenia byłyby dopuszczalne przy głoszeniu takich nauk, ale wyłącznie w zgodzie z klauzulami limitacyjnymi w ekstremalnie rzadkich przypadkach działalności sekt.

Większe znaczenie ma *forum externum*, które polega na swobodzie uzewnętrzniania³⁵, w czterech określonych w art. 9 ust. 1 EKPC formach: uprawiania kultu, **nauczania, praktykowania i czynności rytualnych**³⁶, gdzie kolejność nie ma charakteru przypadkowego i wraz z nią zwiększa się zakres dopuszczalnej ingerencji³⁷. Należy zatem szczególnie podkreślić, że art. 9 ust. 1 EKPC pozwala zachować

²⁸ Zob. szerzej L. Garlicki, *Komentarz do art. 9 EKPCz* [w:] *Konwencja...*, t. I, s. 556–559, pkt 11–14.

²⁹ Zob. szerzej M. Skwarzyński, *Spowiedź jako przedmiot ochrony prawa człowieka do wolności sumienia i religii spowiednika* [w:] *Prawo do prywatności w Kościołach i innych związkach wyznaniowych. Od tajemnicy duszpasterskiej do ochrony danych osobowych*, red. T.J. Zieliński, M. Hucal, Warszawa 2019, s. 223–238.

³⁰ L. Bosek, *Komentarz do art. 53 Konstytucji RP* [w:] *Konstytucja RP*, t. I. *Komentarz do art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s. 1262–1263, zwłaszcza pkt 48.

³¹ L. Garlicki, *Komentarz do art. 9 EKPCz* [w:] *Konwencja...*, t. I, pkt 16.

³² Wyrok TK z 7.10.2015 r., K 12/14, pkt III.3.3.1, OTK-A 2015/9, poz. 143.

³³ I.C. Kamiński, *Komentarz do art. 10 KPP* [w:] *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz*, red. A. Wróbel, Warszawa 2012, pkt 20.

³⁴ W. Skrzydło, *Komentarz do art. 53 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej* [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, wyd. 4, LEX/el. 2013.

³⁵ L. Garlicki, *Komentarz do art. 9 EKPCz* [w:] *Konwencja...*, t. I, pkt 23.

³⁶ L. Garlicki, *Komentarz do art. 9 EKPCz* [w:] *Konwencja...*, t. I, pkt 26.

³⁷ I.C. Kamiński, *Komentarz do art. 10 KPP* [w:] *Karta...*, pkt 26.

całkowitą niezależność w sferze wewnętrznej/duchowej i wolność ta nie może podlegać jakimkolwiek ograniczeniom, „nie oznacza to jednak, że tak samo chronione jest uzewnętrznianie wyznania lub przekonań”³⁸, które jest objęte *forum externum*.

Zasada autonomii związków wyznaniowych zakłada, że wymiar duchowy czy dogmaty religijne związku są objęte jego prawem wewnętrznym i autonomią związku, więc to związek określa, co jest np. grzechem, czego robić w zgodzie z nauczaniem związku nie wolno.

Słusznie zauważono w doktrynie, że orzecznictwo strasburskie pozwala wskazać na sferę ochrony swobody grup wyznaniowych w postaci jej autonomii³⁹, która także zawiera autonomię nauczania. Natomiast zgodnie z art. 8 ust. 2 Konkordatu między Stolicą Apostolską i Rzeczpospolitą Polską, podpisanego w Warszawie 28.07.1993 r.⁴⁰: „organizowanie **kultu publicznego** należy do władzy kościelnej zgodnie z przepisami prawa kanonicznego i z zachowaniem odpowiednich przepisów prawa polskiego”.

Stosowanie „odpowiednio” przepisów prawa polskiego nie może np. dotyczyć treści nauczania, więc treści kazania, treści dogmatów wiary, treści nauki społecznej, bowiem w istocie autonomii realizuje się właśnie prawo do prezentowania własnego nauczania. Stanowiłoby to ingerencję w wolność religijną związku, ale przede wszystkim w wolność religijną duchownego.

6. ROLA TZW. KONCEPCJI MARGINESU OCENY I JEJ WPŁYW NA PRAWO POLSKIE

Powstaje problem, jak zastosować normy prawa międzynarodowego wobec przypadków zdarzających się w różnych państwach, które mają różne doświadczenia historyczne czy społeczne.

W państwach postkomunistycznych szczególnie istotne znaczenie ma obawa przed cenzurą, zwalczaniem religii czy nauki. Dlatego należy wskazać na tzw. koncepcję marginesu oceny.

Jest ona teoretycznym i praktycznym modelem „pozwalającym na uwzględnianie specyfiki społecznego i kulturowego kontekstu poszczególnych państw. Jest oczywiste, że specyfika ta rysuje się ze szczególną wyrazistością w kwestiach moralnych czy religijnych i dlatego Trybunał w Strasburgu przy stosowaniu art. 9 posługuje się koncepcją «marginesu oceny» w sposób nieco odmienny niż w odniesieniu do innych «przepisów wolnościowych»”⁴¹. Nie zmienia to jednak faktu, że ten model normatywny stosowany jest przy innych prawach i wolnościach człowieka. Wydaje się, że zyskuje on zwłaszcza na znaczeniu, gdy dochodzi do kolizji praw i wolności człowieka, i należy dać któremuś z nich pierwszeństwo. Z pomocą w tej kwestii przychodzi wówczas orzecznictwo ETPC oraz koncepcja marginesu oceny, która w uproszczeniu polega na swobodzie, jaką ETPC pozostawia organom krajowym w stosowaniu EKPC⁴². To stanowisko Trybunału strasburskiego, poparte

³⁸ M.A. Nowicki, *Komentarz do art. 9 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności* [w:] *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, LEX/el. 2017.

³⁹ L. Garlicki, *Komentarz do art. 9 EKPCz* [w:] *Konwencja...*, t. I, pkt 40, 42.

⁴⁰ Dz.U. z 1998 r. Nr 51, poz. 318.

⁴¹ L. Garlicki, *Komentarz do art. 9 EKPCz* [w:] *Konwencja...*, t. I, s. 552, pkt 4; tak samo cytowany tam A. Wiśniewski, *Koncepcja marginesu oceny w orzecznictwie ETPCz*, Gdańsk 2008, s. 130–131, 136, 187.

⁴² A. Wiśniewski, *Koncepcja...*, s. 27, 272.

w literaturze, zasługuje na pełną akceptację. Z punktu widzenia uniwersalnego systemu praw człowieka, należy stwierdzić, że Komitet Praw Człowieka przyznaje „margines swobody oceny” państwowemu na wzór ETPC⁴³.

Trybunał w Strasburgu stwierdził, że wolność wypowiedzi, nawet jeśli jest fundamentem społeczeństwa demokratycznego, to „logika Konwencji” nakazuje ochronę innych praw⁴⁴. W związku z tym to doświadczenia społeczno-historyczne i system prawny państw członkowskich będzie determinował zakres i sposób rozwiązywania kolizji praw, wynikających z korzystania z wolności wypowiedzi.

7. PODSUMOWANIE

Na podstawie przeprowadzonej analizy prawa międzynarodowego należy wskazać poniższe wnioski.

Odpowiedzialność karna za publiczne wypowiedzi jest z zasady niedopuszczalna w świetle art. 10 ust. 1 i 2 EKPC. Jedyne wyjątkowo odpowiedzialność karna byłaby dopuszczalna.

Zgodnie z koncepcją marginesu oceny w polskim porządku prawnym wolność wypowiedzi ma również istotne i fundamentalne znaczenie. Kryminalizowanie wypowiedzi publicznych jest możliwe, ale na zasadzie wyjątku. Należy w pierwszej kolejności stwierdzić, czy wypowiedź nie była realizacją innego prawa człowieka. Dany sposób korzystania ze swobody ekspresji mógł być dokonany przez podmiot uprzywilejowany. Może być bowiem tak, że sama wypowiedź publiczna służy realizacji innych ważkich praw człowieka. Należy więc określić, czy taka wypowiedź nie realizuje np. prawa do nauki, swobody religii itd. Oczywiście jest przy tym, że każdego prawa człowieka można nadużyć, a nadużycie nie podlega ochronie.

Odpowiedzialność karna nie jest zatem wykluczona, ale dotyczy wyłącznie ostrych i skrajnych form wypowiedzi publicznych. Zakres ten determinują klauzule limitacyjne. W tym miejscu pojawia się zasadniczy powód innych standardów ochrony przed cenzurą, ochrony religii, nauki w Europie Środkowej i wynikający z tego brak europejskiego standardu, i inny zakres dopuszczalnego marginesu oceny. Jest nim głębsze czy dłuższe doświadczenie nazizmu i komunizmu.

Dobra, które są chronione tymi prawami człowieka zasługują na szczególną ochronę. Jako przykład dopuszczalnej kryminalizacji można wskazać kwestię bluźnierstwa, które przekracza rażąco granicę poszanowania cudzych przekonań w zakresie religii czy sumienia i w istocie służy celowi, jakim jest eskalacja przemocy w społeczeństwie⁴⁵.

Podobnie będzie z destrukcyjną działalnością sekt, czy wykorzystywaniem działalności dziennikarskiej do obrażania innych, bez celu przekazania informacji czy idei. Każdy taki przypadek musi być jednak ewidentny i ostry, aby Polska nie narażała się na odpowiedzialność przed sądami międzynarodowymi.

⁴³ Human Rights Committee, *Hertzberg et al. v. Finland*, Communication No. 61/1979, 2 April 1982, pkt 10.3; A. Gliszyńska-Grabias, *Komentarz do art. 19 MPPOiP* [w:] *Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich (osobistych) i Politycznych*, red. R. Wieruszewski, Warszawa 2012, s. 489.

⁴⁴ Wyrok ETPC z 20.09.1994 r., skarga nr 13470/87, Otto-Preminger-Institut przeciwko Austrii, pkt 47.

⁴⁵ Zob. szerzej M. Skwarzyński, *Blasphemy in Poland and the standards of Protection of human rights. The Perspective of a Central-European Country* [w:] *EU migration policy and the internal security of the member states*, red. E. Krzysztofik, E. Tuora-Schwierskott, Berlin 2016, s. 211–235.

Summary

Michał Skwarzyński, *Entity-Related Limits of Freedom of Speech in Public Statements*

The present opinion concerns the role of freedom of speech in the system of human rights and the essence of the right to receive and impart information and ideas without interference from public authority. Particularities of public statements made by special persons, i.e. journalists, scientists and statements made in connection with the activity of religious associations are pointed out, in which cases, subject to certain conditions, 'more is permitted' than in normal public discourse. This is due to the interests and values that such individuals pursue. The author discusses the so-called limitation clauses, which indicate that freedom of speech must not serve to violate the rights of others, public morality or aim to disturb public order. He draws attention to lack of a uniform European standard of protection against censorship, protection of religion and science, considering the particular historical experience of people from post-communist countries. In the case law of the European Court of Human Rights the particular social and cultural context of individual states is taken into account by applying the so-called margin of appreciation. The author of the opinion considers the permissibility of criminal liability for public statements, pointing out that it is in principle not permissible under Article 10(1) and (2) of the European Convention on Human Rights. Criminal liability could be permitted in exceptional cases of extreme forms of public statements. As an example of permissible criminalization, the author of the opinion points to blasphemy, which blatantly crosses the boundary of respect for other persons' religious beliefs or conscience, the destructive activities of sects, the use of journalistic activities to offend other persons, without the purpose of conveying information or ideas. He stresses, however, that any case of possible criminal liability would have to be evident and grave so that Poland does not expose itself to liability before international courts.

Keywords: democratic rule-of-law state, limitation clauses, idea, information, pluralism of views, human rights, freedom of expression, freedom of [artistic] expression, freedom of speech

Streszczenie

Michał Skwarzyński, *Podmiotowe granice wolności słowa w wypowiedziach publicznych*

Przedmiotem opinii jest rola wolności słowa w systemie praw człowieka oraz istota prawa do otrzymywania i przekazywania informacji, i idei bez ingerencji władzy publicznej. Wskazano na specyfikę wypowiedzi publicznej podmiotów szczególnych, tj. dziennikarzy, naukowców oraz wypowiedzi w związku z działalnością związków wyznaniowych, którym pod pewnymi warunkami „wolno więcej” niż to ma miejsce w normalnym dyskursie publicznym. Wynika to z dóbr i wartości, jakie realizują takie osoby. Autor omówił tzw. klauzule limitacyjne wskazujące, że korzystanie z wolności słowa nie może służyć naruszaniu praw innych osób, moralności publicznej ani nie może zmierzać do zakłócania porządku publicznego. Zwrócił uwagę na brak jednolitego europejskiego standardu ochrony przed cenzurą, ochrony religii i nauki, zważywszy na szczególne doświadczenia historyczne ludności państw postkomunistycznych. Uwzględnienie specyfiki społecznego i kulturowego kontekstu poszczególnych państw jest realizowane przez stosowanie tzw. koncepcji marginesu oceny w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. W opinii rozważano dopuszczalność odpowiedzialności karnej za publiczne wypowiedzi, wskazując, że jest ona z zasady niedopuszczalna w świetle art. 10 ust. 1 i 2 Europejskiej Konwencji

Praw Człowieka. Odpowiedzialność karna mogłaby być dopuszczalna wyjątkowo, wyłącznie w przypadkach skrajnych form wypowiedzi publicznych. Jako przykład dopuszczalnej kryminalizacji autor opinii wskazał bluźnierstwo, które przekracza rażąco granicę poszanowania cudzych przekonań w zakresie religii czy sumienia, destrukcyjną działalność sekt, wykorzystywanie działalności dziennikarskiej do obrażania innych, bez celu przekazania informacji czy idei. Zaznaczył jednak, że każdy przypadek ewentualnej odpowiedzialności karnej musiałby być ewidentny i ostry, aby Polska nie narażała się na odpowiedzialność przed sądami międzynarodowymi.

Słowa kluczowe: demokratyczne państwo prawa, klauzule limitacyjne, idea, informacja, pluralizm poglądów, prawa człowieka, wolność ekspresji, swoboda wypowiedzi artystycznej, wolność słowa, wolność wypowiedzi

Joanna Siekiera*

Instytucja azylu w Norwegii**1

I. WSTĘP

Instytucja azylu w prawie międzynarodowym polega na udzieleniu schronienia (prawa wjazdu wraz z możliwością osiedlenia się) cudzoziemcowi ściganemu w kraju ojczystym lub w państwie trzecim za popełnienie przestępstwa politycznego lub z innych powodów politycznych. Udzielenie azylu wiąże się nierozzerwalnie z odmową wydania (ekstradycji) cudzoziemca do państwa pochodzenia lub innego, które o to zabiega. Jeżeli umowy międzynarodowe wiążące państwo nie stanowią inaczej, to udzielenie azylu należy do jego kompetencji własnej, co wynika z zasady suwerenności państw. Prawo międzynarodowe wyróżnia dwa rodzaje azylu: terytorialny oraz dyplomatyczny. Niniejsza analiza dotyczy azylu terytorialnego, który został wprowadzony w 1967 r. przez Zgromadzenie Ogólne Organizacji Narodów Zjednoczonych na podstawie Deklaracji w sprawie azylu terytorialnego². Udzielenie azylu jest aktem pokojowym i humanitarnym, a akt jednostronny, przez który dane państwo udziela azylu, powinien być respektowany przez inne państwa. Wyjątkiem są osoby ścigane za zbrodnie przeciwko ludzkości, zbrodnie wojenne oraz zbrodnie przeciwko pokojowi. Im prawo azylu nie przysługuje. Przedmiotem niniejszego artykułu jest instytucja prawna, jaką jest azyl w systemie prawnym Królestwa Norwegii. Jest ona regulowana postanowieniami Ustawy migracyjnej z 2008 r. (*Utlendingsloven, Nr 35 av 2008*)³. Obowiązująca obecnie ustawa została przyjęta 15.05.2008 r., a jej pełna nazwa brzmi: Ustawa dotycząca dostępu cudzoziemców do Królestwa i ich pobytu w nim (*Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her*).

Choć prezentacja porządku prawnego Norwegii w zakresie licznych administracyjnych rozwiązań dotyczących przyjmowania imigrantów, wydawania pozwoleń na pracę pracownikom z państw członkowskich Unii Europejskiej oraz Europejskiego Obszaru Gospodarczego⁴ lub spoza tych obszarów wykracza

* Dr Joanna Siekiera jest adiunktem na Wydziale Prawa, Uniwersytet w Bergen, Norwegia, ORCID: 0000-0003-0125-9121, e-mail: joanna.siekiera@uib.no, <https://www.uib.no/en/persons/Joanna.Siekiera>

** Data zgłoszenia tekstu przez autorkę: 11.01.2021 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 15.10.2021 r.

¹ Niniejszy tekst stanowi skróconą wersję opinii prawnej sporządzonej dla Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości.

² UN General Assembly, Declaration on Territorial Asylum, 14 December 1967, A/RES/2312(XXII).

³ *Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (Utlendingsloven)*, LOV-2008-05-15-35. Cała ustawa wraz z odesłaniami do historii jej nowelizacji dostępna jest w bazie ustaw norweskich: <https://lovdata.no/dokument/NL/lov/2008-05-15-35> (dostęp: 11.01.2021 r.) – dalej ustawa migracyjna.

⁴ Celowe rozróżnienie stosowane w oficjalnej dokumentacji prawnej i urzędowej w Norwegii, jako że państwo to nie jest członkiem Unii Europejskiej.

poza treść artykułu, należy odnotować, że Polonia stanowi największą mniejszość narodową w Norwegii. Państwo to liczy 5 374 807 mieszkańców⁵, zaś imigranci stanowią 14,7% populacji, przy czym od lat w czołówce znajdują się Polacy⁶. W Norwegii mieszka ponad 105 tys. Polaków i osób polskiego pochodzenia⁷. Stanowi to ogółem 18% z ponad 584 tys. zamieszkałych tu cudzoziemców⁸. Co roku rośnie liczba napływowych pracowników z Polski, plasując się zwykle na poziomie ok. 3,4 tys. osób. W pierwszej połowie 2020 r. zarejestrowało się 2,5 tys. polskich pracowników⁹. Trend ten odwrócił ekonomiczną migrację z sąsiedniej Szwecji. Obserwuje się wędrowki Rosjan wzdłuż szlaku arktycznego, przykładowo jesienią 2015 r. 5,5 tys. osób złożyło wnioski o polityczny azyl w Królestwie Norwegii¹⁰.

Przeważająca większość pracowników polskich pracuje fizycznie, w tym przy robotach sezonowych. Znacznie mniej jest pracowników wykwalifikowanych (są to głównie lekarze, naukowcy czy architekci) cenionych za etos pracy¹¹.

Norwegowie są świadomi zastępowalności grup narodowych na rynku pracy, w tym Polaków, którzy często nie asymilują się ze społeczeństwem, nie uczą się języka norweskiego, obracając się jedynie w polskich kręgach¹². Tylko mała grupa pracowników z Polski, głównie średniego szczebla, biegle posługuje się językiem norweskim i uczestniczy w życiu społecznym Norwegii¹³.

Do 30.09.2020 r. Królestwo Norwegii nigdy nie przyznało żadnemu Polakowi prawa azylu na terytorium swojego państwa. Sprawa Rafała Gawła, który przybył do Norwegii 7.01.2020 r. była bezprecedensowa, zgromadzony materiał obszerny, a linia argumentacji przekonała urzędy i opinię publiczną¹⁴. Należy zatem spodziewać się kolejnych wniosków o azyl składanych przez Polaków.

⁵ Dane na drugą połowę roku 2020 r. zgodnie z danymi Centralnego Biura Statystycznego Norwegii: <https://www.ssb.no/befolkning/statistikker/folkemengde> (dostęp: 11.01.2021 r.).

⁶ Pierwsi liczni imigranci z Polski zaczęli przybywać do Norwegii w latach 80. XX w. Por. M. Jurgo-Puszczyński: *Polske politiske flyktninger til Norge på 1980-tallet*, Mińsk 2011.

⁷ Do 1.01.2020 r. obowiązywała zasada wyłączności obywatelstwa, dlatego wielu Polaków, głównie przez wzgląd na urodzone już w Norwegii potomstwo, rezygnowało z polskiego obywatelstwa przyjmując tym samym obywatelstwo norweskie.

⁸ <https://www.ssb.no/befolkning/artikler-og-publikasjoner/vi-naer-mar-oss-5-33-millioner> (dostęp: 11.01.2021 r.).

⁹ <https://www.ssb.no/befolkning/artikler-og-publikasjoner/nesten-15-prosent-er-innvandrere> (dostęp: 11.01.2021 r.).

¹⁰ A. Moe, L. Rowe, *Asylstrømmen fra Russland til Norge i 2015: Bevisst russisk politikk?*, „Nordisk østforum” 2016/30(2), s. 1–18.

¹¹ Artykuły z prasy norweskiej (tłum. – J.S.): „Kto wybuduje nasze domy, jak Polacy wyjadą?” (*„Hvem skal bygge husene våre om polakkene drar hjem?”*), <https://forskning.no/innvandring/hvem-skal-bygge-husene-vare-om-polakkene-drar-hjem/1339975> oraz „Polacy na szczycie imigracji w zeszłym roku” (*„Polakker på innvandrer-toppen i fjor”*), <https://velferd.no/velferd/2020/polakker-pa-innvandrer-toppen-i-fjor> (dostęp: 11.01.2021 r.).

¹² Obserwacje autorki oraz wnioski z rozmów z przedstawicielami akademickimi, urzędnikami oraz zwykłymi Norwegami.

¹³ Przekaz medialny dotyczący Polonii i państwa polskiego oraz ich obraz w środowisku akademickim jest wyraźnie jednostronny, ukazujący Polskę w negatywnym świetle. Mogą o tym świadczyć m.in. stroniczne reportaże okolicy wyborów prezydenckich w Norwegii w 2020 r., opisy publicznych protestów z Polski z ewidentnie jednostronną narracją, publiczne seminaria, jak np. na Uniwersytecie w Bergen *„Where is Poland headed?”* (dostęp: 5.05.2020 r.).

¹⁴ O przyznaniu azylu na okres 1 roku z możliwością podjęcia pracy oraz ochrony prawnej dla całej rodziny wnioskodawcy informowały wszystkie media w Norwegii. Zob. np. NRK: <https://www.nrk.no/nyheter/polsk-statsborger-har-fatt-asyl-1.15192054>; Aftenposten: <https://www.aftenposten.no/norge/politikk/i/zgZlZr/polsk-statsborger-har-fatt-asyl-i-norge>; VG: <https://www.vg.no/nyheter/utenriks/i/mBRP4E/hevder-seg-forfulgt-av-polske-myndigheter-fikk-politisk-asyl-i-norge>; Resett: <https://resett.no/2020/10/08/polsk-statsborger-har-fatt-asyl-i-norge/> (dostęp: 11.01.2021 r.).

II. USTAWA MIGRACYJNA Z 2008 R.

Założeniem legislatury przy przyjmowaniu podstawy prawnej stosowania azylu na terenie Królestwa Norwegii było dostosowanie dynamicznych warunków społeczno-ekonomicznych na obszarze UE/EOG do stanu prawnego Norwegii. Poprzednia ustawa migracyjna uchwalona została w 1988 r. Obecnie obowiązuje wspomniana na początku ustawa migracyjna z 2008 r.¹⁵

Rozdział 4 ustawy migracyjnej nosi nazwę „Ochrona” (*Beskyttelse*). Definiuje on pojęcie i przesłanki stosowania azylu. Paragraf 28 opisuje azyl jako „zezwolenie na pobyt dla cudzoziemców potrzebujących ochrony”. Widać tu wyraźnie, że status osoby ubiegającej się o azyl, a następnie azylanta został obwarowany warunkiem pierwotnego uzyskania statusu uchodźcy (*flyktning*). „Cudzoziemiec, który przebywa na terytorium kraju lub na granicy norweskiej, po złożeniu wniosku, zostanie uznany za uchodźcę, jeżeli taki cudzoziemiec:

- a) ma uzasadnioną obawę przed prześladowaniem z powodu rasy, religii, narodowości, przynależności do określonej grupy społecznej lub z powodu poglądów politycznych i nie jest w stanie, lub z powodu takiej obawy nie może, powołać się na ochronę w swoim kraju ojczystym, (...) lub
- b) (...) w przypadku powrotu do kraju pochodzenia istnieje realne zagrożenie objęcia tego cudzoziemca karą śmierci, torturami lub innym niehumanitarnym lub poniżającym traktowaniem.”¹⁶

Cudzoziemcowi, który został uznany za uchodźcę na podstawie paragrafu 1 ustawy migracyjnej przysługuje zezwolenie na pobyt (azyl). Tak szeroki zakres podmiotowy ustawy został doprecyzowany w dalszej części paragrafu, w którym racjonalny ustawodawca stanowi, że wnioskodawca jest uznawany za uchodźcę, nawet jeśli potrzeba ochrony pojawiła się po opuszczeniu przez niego kraju ojczystego „i wynika z jego własnych działań”¹⁷.

Urzędnicy oceniający, czy należy uczynić jakikolwiek wyjątek od głównej zasady przyznania statusu azylanta, muszą położyć szczególny nacisk na to, czy potrzeba ochrony wynika z czynów podlegających karze na mocy wewnętrznego prawa norweskiego, czy też wnioskodawca próbuje bezprawnie uzyskać zezwolenia na pobyt w Norwegii. Stąd też prawo do uznania statusu uchodźcy, a później azylanta nie ma zastosowania, jeśli cudzoziemiec może otrzymać skuteczną ochronę w innych częściach kraju pochodzenia niż obszar, z którego wnioskodawca uchodził, i nie jest nierozsądne skierowanie wnioskodawcy do poszukiwania ochrony w tych częściach kraju pochodzenia¹⁸. Dodatkowo przyznano w tym miejscu możliwość prerogatywy króla Norwegii, który może wydać niezależną decyzję w sprawach uregulowanych w paragrafach 28–30.

Sam termin „prześladowanie”, na podstawie zaistnienia którego możliwe jest wnioskowanie do organów norweskich o przyznania statusu ochronnego, został enumeratywnie wymieniony w ustawie migracyjnej.

¹⁵ *Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (Utlendingsloven)*, LOV-2008–05–15–35. Cała ustawa wraz z odesłaniami do historii jej nowelizacji dostępna jest w bazie ustaw norweskich: <https://lovdata.no/dokument/NL/lov/2008-05-15-35> (dostęp: 11.01.2021 r.) – dalej ustawa migracyjna.

¹⁶ Ustawa migracyjna, § 28.

¹⁷ Ustawa migracyjna, § 28.

¹⁸ Ustawa migracyjna, § 28.

Aby czyny zostały uznane za prześladowanie muszą stanowić poważne naruszenie podstawowych praw człowieka, zgodnie z normami wynikającymi z Europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności¹⁹.

Prześladowanie może obejmować przemoc fizyczną lub psychiczną, w tym przemoc seksualną, stosowanie dyskryminującego ustawodawstwa oraz środków administracyjnych, policyjnych i sądowych, nakładanie kar, które są nieproporcjonalne lub dyskryminujące, brak dostępu do kontroli sądowej, który skutkuje nieproporcjonalną lub dyskryminującą karą, ścigania za odmowę odbycia służby wojskowej w konflikcie, działania skierowane przeciwko płci (*kjønn*)²⁰ lub przeciwko dzieciom²¹.

Wśród podmiotów dopuszczających się prześladowania zostało wymienione nie tylko państwo, ale także organizacje lub grupy kontrolujące aparat państwa oraz podmioty niepaństwowe, w tym organizacje międzynarodowe, które nie są w stanie lub nie chcą wdrożyć rozsądnych środków w celu zapobiegania prześladowaniom, w tym za pomocą skutecznego systemu wykrywania, ścigania i karania czynów stanowiących prześladowanie. Widać tu zatem jednoznacznie rozróżnienie na aktywne i pasywne prześladowanie, przy czym są one traktowane równoważnie przez norweskiego ustawodawcę.

Ustaleniom przesłanek zaistnienia prześladowania poświęcony jest kolejny § 30 ustawy migracyjnej. Prześladowanie religijne występuje wtedy, gdy wnioskodawca nie może swobodnie praktykować swoich przekonań, w tym uczestniczyć w formalnych nabożeństwach lub wyrażać opinii związanych z religią. Prześladowanie etniczne wskazuje na prześladowanie w związku z przynależnością do grupy określonej przez jej tożsamość kulturową, etniczną lub językową, pochodzenie geograficzne lub polityczne albo pokrewieństwo z ludnością innego państwa. Wreszcie prześladowanie społeczne dotyczy czynów względem osób z grupy, która wyróżnia się cechą wspólną od ogółu społeczeństwa, która jest wrodzona bądź tak fundamentalna, że nie można oczekiwać, iż osoba taka się tej cechy wyrzeknie. Prześladowanie polityczne dotyczy natomiast kar za wyrażenie opinii o prześladowcach lub ich polityki czy metodach, niezależnie od tego, czy wnioskodawca działał zgodnie z taką opinią²².

Przesłankami wyłączającymi rozpatrywanie wniosku osoby ubiegającej się o azyl (*asylsøker*) i ochronę prawną wprowadzoną w ramach ustawy migracyjnej są uznanie cudzoziemca za winnego popełnienia zbrodni lub istnieją poważne powody uznania go za winnego zbrodni przeciwko pokojowi, zbrodni wojennej lub zbrodni przeciwko ludzkości bądź gdy popełnił on poważne przestępstwo o charakterze innym niż polityczny poza granicami Norwegii, przed przyjazdem do Norwegii jako uchodźca lub jest winny czynów sprzecznych z celami i zasadami Organizacji Narodów Zjednoczonych. Prawo do bycia uznanym za uchodźcę nie ma również zastosowania, gdy cudzoziemiec został prawomocnym wyrokiem skazany za szczególnie poważne przestępstwo, a z tego powodu stanowi zagrożenie dla społeczeństwa norweskiego²³. Dodatkowo, prawo do uznania za uchodźcę nie ma również zastosowania, jeżeli cudzoziemiec opuścił swój kraj pochodzenia wyłącznie w celu uniknięcia sankcji

¹⁹ Sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r., następnie zmieniona Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.).

²⁰ A zatem nie tylko płci biologicznej.

²¹ Ustawa migracyjna, § 29 lit. a–f.

²² Ustawa migracyjna, § 30 lit. a–d.

²³ Ustawa migracyjna, § 31.

karnych za jeden lub więcej czynów przestępczych, które mogłyby podlegać karze pozbawienia wolności, gdyby czyny te zostały popełnione w Norwegii.

Współpraca międzynarodowa przy rozpatrywaniu wniosków o pobyt ze względów ochronnych, a zatem perspektywa przyznania azylu, daje jeszcze większe prawne możliwości zrewidowania zasadności składanego wniosku. Wniosek o zezwolenie na pobyt może zostać odrzucony, gdy wnioskodawcy udzielono azylu lub innej formy ochrony w innym państwie, ale on wolałby, aby miejscem azylu było Królestwo Norwegii lub gdy przebywał on w sposób swobodny w innym państwie zanim wjechał na terytorium Norwegii w celu ubiegania się o azyl.

Norwegia może także, w drodze współpracy dublińskiej²⁴ bądź Nordyckiej umowy o kontroli paszportowej²⁵ zażądać, aby wnioskodawca został przyjęty przez inne państwo uczestniczące w danej współpracy²⁶. Istnieje też możliwość prerogatywy króla, który może samodzielnie podjąć decyzję w sprawie nadania azylu, jeśli nie obraduje wówczas parlament (*Stortinget*).

Także w przypadku, gdy widoczne są perspektywy poprawy sytuacji na obszarze, z którego pochodzi osoba ubiegająca się o zezwolenie na pobyt, Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej (*Arbeids- og sosialdepartementet*) może postanowić o zawieszeniu rozpatrywania wniosków osób z tego obszaru na czas nieokreślony²⁷.

W przypadku masowego wychodźstwa, jak podczas konfliktu zbrojnego czy prześladowania danej grupy etnicznej, możliwe jest przydzielenie cudzoziemcowi ochrony i zgody na pobyt czasowy (do roku z możliwością przedłużenia na maksymalnie 3 lata) w ramach ochrony zbiorowej, którą może zarządzić król. Takie zezwolenie nie stanowi podstawy do uzyskania zezwolenia na pobyt stały. Zezwolenie w przypadku masowego wychodźstwa stanowi decyzję administracyjną wydaną przez Urząd do spraw cudzoziemców²⁸ (*Utlendingsdirektoratet*, UDI).

III. URZĄD DO SPRAW CUDZOZIEMCÓW

Utlendingsdirektoratet, działający w ramach Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej, to główny organ stosujący ustawę migracyjną. W jego kompetencjach leży wydawanie zgód na pobyt, przyjmowanie wniosków zagranicznych pracowników oraz koordynowanie przekazywania dokumentów między norweskimi pracodawcami, Urzędem podatkowym (*Skatteetaten*), Policją (*Politiet*) oraz powiązanymi instytucjami, jak chociażby Ministerstwo Sprawiedliwości. To właśnie UDI odpowiedzialne jest za przyjmowanie wniosków azylowych, a następnie za ich rozpatrywanie²⁹.

²⁴ Tzw. rozporządzenie Dublin III. Pełna nazwa: Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 604/2013 z 26.06.2013 r. w sprawie ustanowienia kryteriów i mechanizmów ustalania państwa członkowskiego odpowiedzialnego za rozpatrzenie wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej złożonego w jednym z państw członkowskich przez obywatela państwa trzeciego lub bezpaństwowca (Dz.Urz. UE L 180, s. 31–59).

²⁵ *Den nordiske passkontrolloverenskomsten*, 12.07.1957 r. Umowa w swojej aktualnej wersji z 18.09.2000 r. obejmuje współpracę transgraniczną pomiędzy jej sygnatariuszami: Danią, Finlandią, Islandią, Szwecją i Norwegią. Treść umowy międzynarodowej jest dostępna na stronie: <https://www.norden.org/no/treaties-and-agreements/den-nordiske-passkontrolloverenskomsten> (dostęp: 11.01.2021 r.).

²⁶ Ustawa migracyjna, § 32 lit. a–d.

²⁷ Ustawa migracyjna, § 33.

²⁸ Ustawa migracyjna, § 34.

²⁹ Procedura azylowa, jak wszystkie inne procedury administracyjne, rozpoczyna się po wypełnieniu wniosku elektronicznego na stronie: <https://www.udi.no/skal-soke/beskyttelse/beskyttelse-i-norge/> (dostęp: 11.01.2021 r.).

Poza wyjątkami, które są rozpatrywane indywidualnie³⁰, procedura azylowa wymaga, aby złożyć wniosek będąc już na terenie lub na granicy Królestwa Norwegii. Konieczne jest bezzwłoczne udanie się na policję w celu uzyskania prawnej i faktycznej ochrony. Policja rejestruje wniosek, pobiera odciski palców oraz wydaje specjalną kartę osoby ubiegającej się o azyl, podczas gdy to UDI prowadzi sprawę i zbiera powody, dla których wnioskodawca ubiega się o azyl w Norwegii.

Zanim wnioskodawca zostanie wysłany do ośrodka dla uchodźców³¹, musi spędzić kilka pierwszych dób w ośrodku przejściowym (*Ankomstsenter Østfold*), gdzie dokonują się oględziny medyczne, w tym test na gruźlicę, i dalszy wywiad osobowy³².

Specjalna organizacja państwowa *Norsk organisasjon for asylsøkere* (NOAS), informuje wnioskodawcę o przysługujących mu prawach, a także obowiązkach jako osoby przebywającej na terytorium Królestwa Norwegii na specjalnych zasadach. Pomaga ona także w przygotowaniach do rozmowy w sprawie przyznania azylu³³.

Decyzją UDI wnioskodawcy zostaje przyznany azyl, co jest potwierdzone wydaniem Karty azylanta lub jego wniosek jest odrzucany. W drugim przypadku cudzoziemiec ma prawo odwołać się od tej administracyjnej decyzji, co zostanie rozwinięte w dalszej części artykułu. Jeśli jednak taki wniosek zostanie ponownie odrzucony, wówczas wnioskodawca ma obowiązek opuścić Norwegię. Jeżeli nie zrobi tego dobrowolnie, to policja dokona deportacji pod przymusem i na koszt państwa³⁴. Zanim jednak zostanie wydana decyzja, wnioskodawca ma obowiązek co pół roku stawiać się na policji w celu przedłużenia karty osoby ubiegającej się o azyl. To właśnie policja wraz z UDI mają w swojej kompetencji kontrolę stosowania procedury o udzielenie statusu uchodźcy, a następnie azylu.

IV. USTANIE OCHRONY PRAWNEJ

Wygaśnięcie i cofnięcie zezwolenia na pobyt na podstawie paragrafu 28 (azyl) lub paragrafu 34 (ochrona zbiorowa) ustawy migracyjnej następuje w pierwszej kolejności, gdy cudzoziemiec świadomie podał nieprawdziwe informacje lub nie ujawnił spraw o istotnym znaczeniu dla decyzji administracyjnej³⁵.

Kolejną przesłanką dla wydalenia cudzoziemca, któremu wydano zgodę na pobyt w ramach uzyskania statusu uchodźcy, azylanta bądź osoby czekającej na decyzję w sprawie azylu jest szeroko pojęty interes narodowy Norwegii, która w paragrafie 126 ustawy migracyjnej zastrzega swoje suwerenne prawo do takiej decyzji, bez tłumaczenie jej szczegółów.

³⁰ Tak jest m.in. w przypadku udzielania azylu osobie małoletniej, czego procedura w ramach UDI wygląda inaczej. Nie będzie to jednak omawiane w niniejszym artykule. Więcej informacji na ten temat: <https://asylbarn.no/> (dostęp: 11.01.2021 r.).

³¹ M. Valenta, B. Berg, *User involvement and empowerment among asylum seekers in Norwegian reception centres: Brukermedvirking blant beboere i norske asylmottak*, "European journal of social work" 2010/13(4), s. 483–501; <https://www.udi.no/asylmottak/bor-eller-onsker-a-bo-i-et-asylmottak/> (dostęp: 11.01.2021 r.).

³² <https://www.politiet.no/tjenester/opphold-i-norge-og-asyl/soke-asyl-beskyttelse-i-norge/> (dostęp: 11.01.2021 r.).

³³ <https://www.noas.no/om/> (dostęp: 11.01.2021 r.).

³⁴ <https://www.politiet.no/tjenester/opphold-i-norge-og-asyl/soke-asyl-beskyttelse-i-norge/> (dostęp: 11.01.2021 r.).

³⁵ Ustawa migracyjna, § 63.

Ustanie ochrony prawnej następuje też, gdy cudzoziemiec dobrowolnie ponownie skorzystał z ochrony państwa, którego jest obywatelem; utraciłszy swoje obywatelstwo dobrowolnie ponownie je przyjął; uzyskał nowe obywatelstwo i korzysta z ochrony państwa, którego jest obywatelem; dobrowolnie ponownie zamieszkał w państwie trzecim, które opuścił lub poza którym przebywał obawiając się prześladowań; okoliczności, w związku z którymi został uznany za uchodźcę przestały istnieć, stąd nie może on już odmówić skorzystania z ochrony państwa, którego jest obywatelem; i wreszcie gdy osoba ta jest bezpaństwowcem, a ponieważ okoliczności, w związku z którymi cudzoziemiec został uznany za uchodźcę przestały istnieć, może on powrócić do kraju poprzedniego miejsca stałego pobytu³⁶. Wyjątek od dwóch ostatnich klauzul zaistnieje, jeżeli cudzoziemiec powoła się na ważne powody wynikające z wcześniejszego prześladowania we własnym państwie bądź państwie trzecim.

V. ODWOŁANIE OD DECYZJI

Odwołanie od decyzji administracyjnej, jaką jest wydanie zgody na pobyt cudzoziemcowi, który stara się o uzyskanie azylu, jest dwustopniowe. Najpierw, w przeciągu 3 tygodni od dostarczenia decyzji, należy złożyć odwołanie do UDI. Darmowa pomoc prawna zapewniona jest przez wspomnianą wcześniej organizację NOAS³⁷.

We wniosku zawiera się przesłanki, dla których wydana przez UDI decyzja odmowna jest niepoprawna, należy poprzeć ją dokumentacją dowodową. Urząd ten może wówczas albo przychylić się do wniosku odwoławczego, albo stwierdzić, że nie znajduje podstaw, aby zmienić wydaną przez siebie decyzję³⁸.

W drugim przypadku wniosek odwoławczy wraz z całą sprawą zostaje przesłany przez UDI do Komisji odwoławczej do spraw imigracji (*Utlendingsnemnda*, UNE)³⁹. Od tej chwili sprawę o azyl prowadzi Komisja. Na czas tzw. odroczenia wykonania decyzji (*utsatt iverksettelse*), kiedy UNE jako organ odwoławczy rozpatruje sprawę, cudzoziemiec ma prawo zostać na terenie Królestwa Norwegii. Dzieje się tak także wówczas, gdy wnioskodawcy zostało przyznane wcześniej prawo pobytu. Jednakże w przypadku, gdy nie wydano odroczenia wykonania decyzji cudzoziemiec musi opuścić Norwęgę. Istnieje wreszcie prawna możliwość skorzystania z założeń współpracy dublińskiej⁴⁰, gdy cudzoziemiec wnioskował o azyl w innym państwie. Zapobiega to dublowaniu przyznania azylu w dwóch państwach.

Jeśli UNE uzna za zasadną decyzję odmowną wydaną przez UDI, wówczas cudzoziemiec musi opuścić Norwęgę. Zostanie mu wtedy przyznana pomoc finansowa na powrót⁴¹ do kraju pochodzenia zarówno ze środków Urzędu do spraw cudzoziemców, jak i ze środków Międzynarodowej Organizacji do spraw migracji z filią w Oslo (*Den internasjonale organisasjon for migrasjon*, IOM)⁴². Wnioskodawca z chwilą wydania decyzji odmownej, a raczej podtrzymania przez UNE poprzednio

³⁶ Ustawa migracyjna, § 37, lit. a–f.

³⁷ <https://www.noas.no/asylsoker/veiledning-etter-avslag/> (dostęp: 11.01.2021 r.).

³⁸ <https://www.udi.no/ord-og-begreper/klage-pa-et-vedtak/> (dostęp: 11.01.2021 r.).

³⁹ <https://www.une.no/> (dostęp: 11.01.2021 r.).

⁴⁰ <https://www.udi.no/ord-og-begreper/dublin-samarbeidet/> (dostęp: 11.01.2021 r.).

⁴¹ <https://www.udi.no/skal-soke/assistert-retur/> (dostęp: 11.01.2021 r.).

⁴² <https://www.iom.no/om> (dostęp: 11.01.2021 r.).

wydanej decyzji UDI, traci prawo do opieki zdrowotnej, do pomocy medycznej, traci wydaną czasową zgodę na pracę w ramach czekania na przyznanie mu azylu⁴³. Decyzja Komisji odwoławczej do spraw imigracji jest ostateczna, nie można złożyć na nią znowu zażalenia do Urzędu do spraw cudzoziemców.

VI. PODSUMOWANIE

Podstawą prawną stosowania azylu w Królestwie Norwegii jest Ustawa migracyjna z 2008 r., a organem odpowiedzialnym za jej stosowanie jest przede wszystkim Urząd do spraw cudzoziemców. To on bada sprawę, posiłkując się zebraną przez siebie oraz przez policję dokumentacją dowodową. Od wydanej przez UDI decyzji administracyjnej można złożyć odwołanie. Najpierw sam Urząd rozpatruje zażalenie na wydaną odmowną decyzję. Gdy nie przychylił się do zażalenia wnioskodawcy na własne działalności, kieruje całość dokumentacji do Komisji odwoławczej do spraw imigracji, działającej także w ramach Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej. Od wydanej decyzji przez UNE nie ma możliwości odwołania, a cudzoziemiec musi opuścić państwo norweskie.

System administracyjny Norwegii jest sprawny i efektywny, aczkolwiek wielopoziomowy i wieloinstytucjonalny. Urzędy, komisje, służby, sądy ściśle ze sobą współpracują, a przekazywanie danych o osobach następuje szybko z uwagi do połączone bazy danych.

Opinia publiczna ma do informacji praktycznie nieograniczony dostęp, przy czym obserwuje się wysoką wiarę społeczeństwa w zasadność sprawowania władzy przez państwo oraz aparat państwowy jako taki, który jest w stanie najlepiej ochronić swoich obywateli. Także procedury administracyjne są jasne, przy czym wizyta, najczęściej elektroniczna, w jednym z urzędów pozwala uzyskać oczekiwany efekt także w innych instytucjach. Tak jest również z procedurą azylową.

Strony internetowe urzędów norweskich prowadzone są w wielu językach, a organizacje państwowe udzielają darmowej pomocy wnioskodawcom. Wreszcie wartości prawne, jakimi są: demokracja, transparentność procesów wewnętrzpaństwowych, państwo prawa, prawa człowieka, w tym ochrona mniejszości są wartościami najwyżej chronionymi, a przez to mogą służyć jako przesłanki ubiegania się o azyl w Norwegii.

Przy rozległej interpretacji oraz nieostrych definicjach prawnych można oczekiwać, że instytucje norweskie przychylią się do wniosków przedstawiających państwo trzecie jako takie, które stosuje bądź też nie reaguje na różne formy prześladowań.

Summary

Joanna Siekiera, *Asylum in Norway*

The subject of the article is asylum in the legal system of the Kingdom of Norway. It is governed by the provisions of the 2008 Migration Act (Act on the Access and Stay of Foreigners in the Kingdom). The title of Chapter 4 is 'Protection'; the chapter defines the

⁴³ <https://www.udi.no/har-fatt-svar/beskyttelse-asyl/har-fatt-avslag-pa-soknad-om-beskyttelse-eller-dublin-vedtak/#link-8097> (dostęp: 11.01.2021 r.).

concept, the conditions for applying asylum, and the cessation of legal protection in the territory of Norway. The Norwegian Directorate of Immigration, operating as part of the Ministry of Labour and Social Policy, is the main authority applying the Migration Act. Its competences include issuing residence permits to foreigners who first have to be granted refugee status in order to be granted asylum-holder status. This office cooperates closely with other state institutions, mainly the police, the revenue office, and the Ministry of Justice, as well as with the Norsk organisasjon for asylsøkere, an organization which provides free legal assistance to asylum seekers. The appellate body is the Immigration Appeals Board.

Keywords: *asylum, territorial asylum, Norway, Norwegian law, Polish diaspora (Polonia)*

Streszczenie

Joanna Siekiera, Instytucja azylu w Norwegii

Przedmiotem artykułu jest instytucja prawna, jaką jest azyl w systemie prawnym Królestwa Norwegii. Jest ona uregulowana postanowieniami Ustawy migracyjnej z 2008 r. (Ustawa dotycząca dostępu cudzoziemców do Królestwa i ich pobytu w nim). Rozdział 4 nosi nazwę „Ochrona” i definiuje pojęcie, przesłanki stosowania azylu oraz ustanie ochrony prawnej na terytorium Norwegii. Urząd do spraw cudzoziemców, działający w ramach Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej, to główny organ stosujący ustawę migracyjną. W jego kompetencjach leży m.in. wydawanie zgód na pobyt cudzoziemcom, którym, aby dostać status azylanta, musi być najpierw przyznany status uchodźcy. Urząd ten ściśle współpracuje z innymi instytucjami państwowymi, głównie z Policją, Urzędem podatkowym oraz Ministerstwem Sprawiedliwości, a także organizacją Norsk organisasjon for asylsøkere, która udziela darmowej pomocy prawnej osobom ubiegającym się o azyl. Instytucją odwoławczą jest Komisja odwoławcza do spraw imigracji.

Słowa kluczowe: *azyl, azyl terytorialny, Norwegia, norweskie prawo, Polonia*

Literatura:

1. Jurgo-Puszcz M. [red.] *Polske politiske flyktninger til Norge på 1980-tallet*, Milanówek 2011.
2. Moe A., Rowe L., *Asylstrømmen fra Russland til Norge i 2015: Bevisst russisk politikk?*, Nordisk østforum 2016, nr 30(2).
3. Valenta M., Berg B., *User involvement and empowerment among asylum seekers in Norwegian reception centres: Brukermedvirkning blant beboere i norske asylmottak*, European journal of social work 2010, nr 13(4).