SPRAWY CYWILNE

34

PRAWO W DZIAŁANIU

INSTYTUT WYMIARU SPRAWIEDLIWOŚCI

PRAWO W DZIAŁANIU

34

Wolters Kluwer

INSTYTUT WYMIARU SPRAWIEDLIWOŚCI

PRAWO W DZIAŁANIU

34

SPRAWY CYWILNE

Redakcja naukowa Elżbieta Holewińska-Łapińska

Wolters Kluwer

Warszawa 2018

ISSN 2084-1906

Nakład 200 egz.

Wersja papierowa 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

Kauko Aromaa, Tadeusz Ereciński, Ondřej Frinta, Rafael García Pérez, Lech Gardocki, Uberto Gatti, Beata Gruszczyńska, Carlos Martinez de Aguirre y Aldaz, Vyacheslav Navrotskyy, Andrea Nicolussi, Andrei Novikow, Lech Paprzycki, Martin Píri, Marek Safjan, Antonino Vaccaro, Dobrochna Wójcik, Adam Zieliński

REDAKTOR NACZELNY

Andrzej Siemaszko

KOLEGIUM REDAKCYJNE

Andrzej Siemiaszko (Przewodniczący), Elżbieta Holewińska-Łapińska, Łukasz Pohl, Beata Bieńkowska, Grzegorz Blicharz, Agata Czarnecka, Maciej Dybowski, Robert Netczuk, Marcin Romanowski

REDAKCJA

Paweł Bachmat (sekretarz redakcji – sprawy karne)
Jerzy Słyk (sekretarz redakcji – sprawy cywilne)
Marek Marczewski (redaktor statystyczny)

Instytut Wymiaru Sprawiedliwości,
ul. Krakowskie Przedmieście 25, 00-071 Warszawa

Spis treści:

Marcin Krajewski
Szkoda na mieniu wynikająca z wypadków komunikacyjnych 7

Magdalena Zmysłowska
Odpowiedzialność przebijająca w prawie amerykańskim i włoskim 73

Яна Бергер (Iana Berger)
Macierzyństwo zastępcze w Federacji Rosyjskiej 137

Łukasz Mirocha
„Macierzyństwo zastępcze" w aktualnym orzecznictwie
Europejskiego Trybunału Praw Człowieka 164

Alina Prusinowska-Marek
Praktyka sądowa stosowania art. 100 § 2 k.r.o. w świetle badań 189

Elżbieta Holewińska-Łapińska
Establishment of contacts between grandparents
and minor grandchildren in the practice of Polish courts 225

Contents:

Marcin Krajewski
Property damage resulting from traffic accidents 7

Magdalena Zmysłowska
Piercing the corporate veil in US and Italian law 73

Яна Бергер (Iana Berger)
Surrogacy in the Russian Federation 137

Łukasz Mirocha
"Surrogate motherhood" in the current case-law
of the European Court of Human Rights 164

Alina Prusinowska-Marek
Research on the practice of judicial application of Article 100(2)
of the Family and Guardianship Code 189

Elżbieta Holewińska-Łapińska
Establishment of contacts between grandparents
and minor grandchildren in the practice of Polish courts 225

PRAWO W DZIAŁANIU
SPRAWY CYWILNE
34/2018

Marcin Krajewski*

Szkoda na mieniu wynikająca z wypadków komunikacyjnych

I. WPROWADZENIE

Problematyce szkody na mieniu, w tym szkody wynikającej z wypadków komunikacyjnych, poświęcano w ostatnich latach proporcjonalnie mniej uwagi niż szkodzie na osobie, a zwłaszcza szkodzie mającej charakter niemajątkowy. Jest to zupełnie zrozumiałe, zważywszy na fakt znacznych zmian ustawodawczych w odniesieniu do zadośćuczynienia za krzywdę, jak również zmian w podejściu orzecznictwa, które doprowadziły do coraz szerszego stosowania tego instrumentu także w sytuacjach nieprzewidzianych wyraźnie przez ustawodawcę. W zakresie szkód wynikających z wypadków komunikacyjnych zmieniły się proporcje wypłacanych odszkodowań. Łączne kwoty z tytułu szkód osobowych przekraczają obecnie kwoty wypłacane z tytułu szkód na mieniu, podczas gdy stosunek ten jeszcze na początku lat 90. ub. stulecia był odwrotny. Opisanego zjawiska nie należy oceniać negatywnie. Również w krajach zachodniej Europy znaczenie szkód osobowych jest z ekonomicznego punktu widzenia większe.

Pomimo powyższego, problematyka szkody na mieniu odgrywa nadal bardzo dużą rolę ekonomiczną i generuje znaczną liczbę sporów, których rezultat ma często duże znaczenie dla stron. Rozstrzyganie tych sporów poważnie angażuje sądownictwo. Fakt pozostawania analizowanej problematyki w pewnym cieniu zagadnień związanych ze szkodami osobowymi tym bardziej powinien prowadzić do wniosku, że kwestie wiążące się ze szkodą na mieniu są warte analizy i być może także postawienia ich w nowym świetle, gdyż założenia akceptowane w praktyce wywodzą się często z orzecznictwa i praktyki mających swoje źródła jeszcze w poprzednim systemie społeczno-gospodarczym. Powyższa konkluzja znajduje potwierdzenie w wynikach przeprowadzonej analizy, które prowadzą do wniosku o daleko idącym rozejściu się praktyki i regulacji ustawowej.

Szkody wynikające z wypadków komunikacyjnych, mimo że stanowią tylko jeden z rodzajów szkód, wydają się w praktyce najbardziej typowe i zestandaryzowane, przez co dobrze nadają się na przedmiot badań. Jednocześnie są one również bardzo zróżnicowane i można wśród nich wyodrębnić wiele kategorii, które nierzadko odbiegają od siebie znacząco charakterem. Sprawia to, że wyciągnięte

* Autor jest doktorem habilitowanym nauk prawnych, adiunktem w Katedrze Prawa Cywilnego Uniwersytetu Warszawskiego.

poniżej wnioski mogą mieć duże znaczenie także dla szkód na mieniu, wynikających z innych przyczyn niż wypadki komunikacyjne.

II. PRZEPROWADZONE BADANIA

1. Przedmiot badań

Analiza problematyki szkody na mieniu wynikającej z wypadków komunikacyjnych była elementem szerszego badania prowadzonego w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości, które poświęcono odpowiedzialności cywilnej za wypadki komunikacyjne w orzecznictwie sądów powszechnych. W celu doboru próby do badania w lipcu 2016 r. zwrócono się do 4 sądów okręgowych (w Łodzi, Przemyślu, Świdnicy oraz Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie) oraz do 20 sądów rejonowych (w Bartoszycach, Bełchatowie, Bytomiu, Częstochowie, Grodzisku Mazowieckim, Grodzisku Wielkopolskim, Kartuzach, Kielcach, Lubartowie, Lublińcu, Myszkowie, Skierniewicach, Słupsku, Świebodzinie, Tarnowskich Górach, Węgrowie i Żaganiu, Sądu Rejonowego Poznań-Stare Miasto w Poznaniu, Sądu Rejonowego dla Warszawy-Mokotowa w Warszawie oraz Sądu Rejonowego dla Warszawy-Pragi Północ w Warszawie) o nadesłanie proporcjonalnie zróżnicowanej liczby akt spraw o symbolu statystycznym 014 („odszkodowania z wypadków komunikacyjnych"), które jako ostatnie zostały prawomocnie zakończone w 2015 r., niezależnie od tego, czy orzeczenie uprawomocniło się w pierwszej czy w drugiej instancji. Następnie, w celu uzupełnienia próby badanych akt postępowań, zwrócono się do Sądów Okręgowych w Elblągu, Gdańsku, Sieradzu oraz Sądów Rejonowych w Aleksandrowie Kujawskim, Białymstoku, Głubczycach, Golubiu-Dobrzyniu, Kłodzku, Kutnie, Łowiczu, Miliczu, Mogilnie, Obornikach, Płocku, Szubinie, Śremie, Wejherowie i Zduńskiej Woli, Sądu Rejonowego Poznań Nowe-Miasto i Wilda w Poznaniu oraz Sądu Rejonowego Poznań Stare-Miasto w Poznaniu o nadesłanie odpowiednio zróżnicowanej liczby akt spraw dotyczących zadośćuczynienia pieniężnego za szkodę niemajątkową doznaną w związku z wypadkiem komunikacyjnym, dochodzonego na podstawie art. 445, 446 § 4 i art. 448 Kodeksu cywilnego[1], niezależnie od nadanego im numeru statystycznego, w których to sprawach zapadło rozstrzygnięcie merytoryczne i które jako ostatnie zostały prawomocnie zakończone w 2015 r., niezależnie od tego, czy orzeczenie uprawomocniło się w pierwszej czy w drugiej instancji.

Ostatecznie spośród nadesłanych akt przedmiotem badania były 244 akta spraw sądowych, w których powód dochodził roszczeń z tytułu szkody na mieniu poniesionej w wyniku wypadku komunikacyjnego, przy czym w 225 sprawach dochodzono wyłącznie takich roszczeń, w 19 sprawach dochodzono również roszczeń z tytułu zadośćuczynienia za krzywdę, w 10 sprawach dochodzono także roszczeń z tytułu szkody majątkowej na osobie, a w 4 sprawach – roszczeń o stosowne odszkodowanie na rzecz najbliższych członków rodziny zmarłego (art. 446 § 3 k.c.)[2].

[1] Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r. poz. 1025 ze zm.) – dalej k.c.

[2] Pod względem rozkładu pomiędzy poszczególne sądy przedmiotem badania były: 3 akta postępowań prowadzonych w pierwszej instancji przez Sąd Okręgowy w Gdańsku, 2 akta postępowań prowadzonych przez Sąd Okręgowy w Łodzi, 2 akta postępowań prowadzonych przez Sąd Okręgowy w Świdnicy, 1 akta postępowania prowadzonego przez Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie, 34 akta postępowań prowadzonych przez Sąd Rejonowy w Słupsku, 32 akta postępowań prowadzonych przez Sąd Rejonowy w Kielcach, 24 akta postępowań prowadzonych przez Sąd Rejonowy Poznań-Stare Miasto w Poznaniu, 20 akt postępowań prowadzonych przez Sąd Rejonowy

2. Podstawowe wyniki

2.1. Podmiot dochodzący odszkodowania

Spośród wszystkich badanych spraw w 195 przypadkach powodem był podmiot bezpośrednio poszkodowany (w tym w 12 przypadkach chodziło o jednego lub dwóch współwłaścicieli uszkodzonego pojazdu), w 22 przypadkach roszczenia dochodził podmiot zawodowo dochodzący odszkodowań, co oznaczało najczęściej tzw. kancelarię odszkodowawczą, a w 10 przypadkach powodem był ubezpieczyciel. Spośród pozostałych wskazań bardzo często, jako powoda, wymieniano cesjonariusza wierzytelności odszkodowawczej, który jednak nie był identyfikowany jako podmiot zajmujący się profesjonalnie dochodzeniem odszkodowań.

Prowadzi to do wniosku, że odszkodowań za szkodę na mieniu najczęściej dochodzą bezpośrednio poszkodowani, a tzw. kancelarie odszkodowawcze, wbrew pojawiającym się niekiedy informacjom w mediach, mają stosunkowo ograniczony udział w bezpośrednim dochodzeniu roszczeń przed sądami.

Powód był reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika w zdecydowanej większości, bo aż w 227 spośród badanych spraw (ok. 93%). W większości przypadków (127 spraw, 52% spraw ogółem, ok. 56% spraw, w których występował pełnomocnik) pełnomocnik został ustanowiony już na etapie przedsądowym, co w przypadku odpowiedzialności ubezpieczyciela oznacza postępowanie likwidacyjne. Można z tego wywnioskować, że praktyka korzystania z profesjonalnych pełnomocników na etapie postępowania likwidacyjnego jest stosunkowo częsta i odnosi się zapewne także do spraw, które w ogóle nie osiągają etapu postępowania sądowego. W pozostałych przypadkach pełnomocnik został ustanowiony z reguły na początku postępowania, a jedynie w 6 przypadkach w jego trakcie.

W sprawach, w których występowali profesjonalni pełnomocnicy, na podstawie badanych akt uznano, że w 45 przypadkach pełnomocnik był zatrudniony w tzw. kancelarii odszkodowawczej, a w 173 przypadkach działał poza taką kancelarią. Przy interpretacji tych danych należy wziąć pod uwagę, że często rozstrzygnięcie wyłącznie na podstawie akt, czy pełnomocnik był zatrudniany przez kancelarię odszkodowawczą, jest trudne.

2.2. Pozwany w sprawie

Pozwanym w sprawie w zdecydowanej większości przypadków (222 sprawy) był ubezpieczyciel, przy czym w 205 sprawach chodziło o ubezpieczyciela sprawcy

dla Warszawy-Mokotowa w Warszawie, 19 akt postępowań prowadzonych przez Sąd Rejonowy w Kartuzach, 19 akt postępowań prowadzonych przez Sąd Rejonowy w Tarnowskich Górach, 14 akt postępowań prowadzonych przez Sąd Rejonowy w Bytomiu, 15 akt postępowań prowadzonych przez Sąd Rejonowy w Częstochowie, 11 akt postępowań prowadzonych przez Sąd Rejonowy w Bełchatowie, 9 akt postępowań prowadzonych przez Sąd Rejonowy w Grodzisku Wielkopolskim, 9 akt postępowań prowadzonych przez Sąd Rejonowy w Świebodzinie, 6 akt postępowań prowadzonych przez Sąd Rejonowy w Żaganiu, 5 akt postępowań prowadzonych przez Sąd Rejonowy w Bartoszycach, 5 akt postępowań prowadzonych przez Sąd Rejonowy w Myszkowie, 3 akta postępowań prowadzonych przez Sąd Rejonowy w Lublińcu, 2 akta postępowań prowadzonych przez Sąd Rejonowy w Lubartowie, 2 akta postępowań prowadzonych przez Sąd Rejonowy w Łowiczu, oraz pojedyncze akta spraw prowadzonych przez Sąd Rejonowy w Białymstoku, Sąd Rejonowy w Golubiu-Dobrzyniu, Sąd Rejonowy w Przemyślu, Sąd Rejonowy w Kłodzku, Sąd Rejonowy w Kutnie, Sąd Rejonowy w Wejherowie, Sąd Rejonowy w Zduńskiej Woli.

w zakresie odpowiedzialności cywilnej, a w 17 przypadkach o innych ubezpieczycieli, co na ogół oznacza ubezpieczyciela w zakresie autocasco. Od osób ponoszących bezpośrednią odpowiedzialność za szkodę roszczeń dochodzono jedynie w 8 przypadkach.

2.3. Wartość roszczenia

Wszystkie dochodzone roszczenia miały charakter pieniężny. Wysokość kwot żądanych z tytułu szkody na mieniu była raczej umiarkowana. Średnia wartość roszczenia wynosiła 10.777,98 zł, a mediana – 7.042,71 zł.

Najwyższa dochodzona kwota to 57.547,73 zł[3]. W sprawie tej chodziło o odszkodowanie żądane od ubezpieczyciela autocasco. Uszkodzony pojazd miał 5 lat. Łączna kwota roszczeń zgłoszonych na etapie przedsądowym wynosiła aż 103 265,30 zł, przy czym ubezpieczyciel dobrowolnie zapłacił kwotę 48.157,12 zł, stosując tzw. amortyzację części zamiennych w wysokości 55%. Koszty naprawy kalkulowane były „metodą kosztorysową", tj. według hipotetycznych kosztów naprawy. Powództwo zostało oddalone w całości, gdyż z ogólnych warunków ubezpieczenia mających zastosowanie w sprawie wynikało, że w razie nieprzedłożenia faktur za naprawę odszkodowanie wylicza się według stawek średnich i stosuje amortyzację części zamiennych. Sąd nie uznał przy tym zasadności zarzutu powoda, że postanowienie to jest niedozwolonym postanowieniem umownym. Orzeczenie sądu pierwszej instancji zostało utrzymane w mocy w postępowaniu apelacyjnym[4].

Najniższa wartość roszczenia z tytułu szkody na mieniu wynosiła jedynie 184 zł[5], a kwota ta była równa poniesionym kosztom holowania pojazdu, przy czym podstawowe znaczenie w tej sprawie miały roszczenia z tytułu szkód osobowych. Żądanie w odniesieniu do szkody na mieniu zostało uwzględnione w całości.

Niewielka wartość przedmiotu sporu w badanych sprawach sprawiła, że właściwy do ich rozpoznania w pierwszej instancji w zdecydowanej większości przypadków był sąd rejonowy. W 8 postępowaniach, które w pierwszej instancji prowadził sąd okręgowy, wraz z roszczeniem o naprawienie szkody na mieniu dochodzono innych roszczeń, co zadecydowało o właściwości rzeczowej sądu. W sprawach tych wartość roszczenia o naprawienie szkody na mieniu stanowiła zazwyczaj nieznaczną część łącznej wartości przedmiotu sporu.

2.4. Koszty postępowania. Biegli i świadkowie

Do kosztów postępowania w analizowanych sprawach należy przede wszystkim zaliczyć opłatę od pozwu ponoszoną przez powoda. Jedynie w 12 sprawach (ok. 5% spraw ogółem) powód korzystał ze zwolnienia od kosztów sądowych. Co charakterystyczne, zwolnienie takie odnosiło się jedynie do 2 spraw, w których dochodzono wyłącznie roszczenia z tytułu szkody na mieniu. W pozostałych 10 sprawach

[3] Sprawa tocząca się przed Sądem Rejonowym w Myszkowie, sygn. akt I C 621/14.
[4] Apelację rozpoznawał Sąd Okręgowy w Częstochowie, sygn. akt VI Ca 828/15.
[5] Sprawa toczyła się przed Sądem Rejonowym w Tarnowskich Górach, sygn. akt I C 2157/12.

dochodzono także zadośćuczynienia, a często również roszczeń z tytułu szkód majątkowych na osobie i stosownego odszkodowania z tytułu znacznego pogorszenia sytuacji życiowej wskutek śmierci najbliższego członka rodziny (art. 446 § 3 k.c.). Dla porównania, jeżeli wziąć pod uwagę sprawy objęte tym samym badaniem Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości, w których dochodzono (wyłącznie lub razem z innymi roszczeniami) zadośćuczynienia za krzywdę, to na 362 sprawy powód korzystał ze zwolnienia od kosztów sądowych aż w 194 postępowaniach (ok. 53,5%). Świadczy to, że roszczenia z tytułu szkód na mieniu mają niższą wartość i powodowie są w stanie ponieść związane z tym opłaty sądowe. Nie należy też wykluczać, że powodowie dochodzący naprawienia szkody na mieniu są stosunkowo lepiej sytuowani, o czym może świadczyć fakt dysponowania własnym pojazdem, który doznaje uszkodzeń w wyniku wypadku. Z drugiej strony, powodowie w sprawach o zadośćuczynienie korzystający ze zwolnienia od kosztów sądowych są zapewne bardziej skłonni eskalować żądania, gdyż nie wiąże się to dla nich z żadnymi konsekwencjami przynajmniej na etapie wnoszenia pozwu, a wysokość zadośćuczynienia jest trudna do precyzyjnego określenia.

Do kosztów postępowania ponoszonych przez powoda należy również zaliczyć wynagrodzenie jego pełnomocnika[6].

Na koszty postępowania zasadniczy wpływ miało też przeprowadzenie dowodów z opinii biegłych. W zdecydowanej większości badanych spraw (ok. 80%) zaangażowano co najmniej jednego biegłego, przy czym w 3 sprawach było to aż 5 biegłych. W dwóch z tych ostatnich przypadków przedmiotem opinii biegłego nie były jednak zagadnienia związane ze szkodą na mieniu, ale z równolegle dochodzonymi roszczeniami z tytułu szkód na osobie. Przeciętnie wynagrodzenie biegłych w jednej sprawie wyniosło ok. 1275 zł, a mediana – ok. 1107 zł. Najniższe wynagrodzenie to 252 zł, a najwyższe 9340 zł. Dla spraw, w których dochodzono wyłącznie roszczeń z tytułu szkód na mieniu, przeciętne łączne wynagrodzenie biegłych w jednej sprawie wyniosło 1.182,97 zł, mediana 1.098,50 zł, wynagrodzenie najniższe to 252 zł, natomiast najwyższe – 5.209,85 zł. Prowadzi to do wniosku, że konieczność przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego jest uznawana za regułę w badanych postępowaniach. Jak się wydaje, konieczności tej trudno jest uniknąć. Koszty zaangażowanych biegłych (przede wszystkim techników samochodowych) są jednak niższe niż w przypadku szkód na osobie, co jest zrozumiałe, zważywszy na wyższy stopień specjalizacji wymagany od biegłych sporządzających opinie medyczne. Odrębnym zagadnieniem jest wyższa wysokość kosztów biegłych sądowych niż wynagrodzenia rzeczoznawców zaangażowanych przez strony na etapie przedsądowym, którego zwrotu, jako elementu szkody, domagali się powodowie. Odpowiednie dane zostaną przedstawione poniżej[7].

Na koszty postępowania wpływ może mieć także liczba przesłuchanych świadków. Charakterystyczne jest, że ten środek dowodowy był wykorzystywany rzadziej niż dowód z opinii biegłego, gdyż jedynie w ok. 40% spraw. Najczęściej ograniczano się do przesłuchania jednego świadka. Najwyższa liczba przesłuchanych 6 świadków wystąpiła w 2 postępowaniach, jednak dotyczyło to spraw, w których

[6] Zob. pkt 2.1 powyżej.
[7] Zob. pkt 10 w części III tego opracowania.

obok szkody na mieniu dochodzono także roszczeń z innych tytułów. W odniesieniu do spraw, w których dochodzono wyłącznie naprawienia szkody na mieniu, największa liczba przesłuchanych świadków to 5[8]. W postępowaniu tym 3 świadków przesłuchano na wniosek powoda, a dwóch – na wniosek pozwanego. Sporna była podstawa odpowiedzialności pozwanego ubezpieczyciela. Ostatecznie sprawa zakończyła się zawarciem ugody już po przesłuchaniu świadków.

Na podstawie badanych spraw można wyciągnąć ogólny wniosek, że więcej świadków jest przesłuchiwanych w sprawach, w których wątpliwości budzą okoliczności faktyczne związane z ustaleniem zasady odpowiedzialności niż w sprawach, gdzie występują problemy związane z ustaleniem wysokości szkody na mieniu. W postępowaniach, w których pozwany zakwestionował fakty, przesłuchano średnio 1,35 świadka w sprawie, a sprawach, w których fakty nie zostały zakwestionowane 0,5 – świadka w sprawie. Rezultat ten nie może być uznany za zaskakujący.

Podobnie często jak w przypadku zeznań świadków korzystano z dowodu w postaci przesłuchania strony (w obu przypadkach ok. 40% spraw).

2.5. Dane dotyczące uszkodzonych pojazdów

Jak wynika z przeprowadzonych badań, w większości przypadków szkoda na mieniu polegała na uszkodzeniu pojazdu. Średni wiek uszkodzonego pojazdu wynosił 7,54 roku (mediana 7). Najnowsze pojazdy miały jeden rok, a najstarsze występowały w dwóch sprawach i liczyły po 21 lat.

W jednej ze spraw dotyczących pojazdu 21-letniego[9] chodziło o uszkodzenie stosunkowo rzadkiego samochodu, którego łączne koszty naprawy oszacowano na kwotę 27.949,57 zł. Na etapie przedsądowym ubezpieczyciel wypłacił 2.254,97 zł i ostatecznie w postępowaniu sądowym dochodzono 25.694,60 zł, przy czym kwotę tę wyliczono metodą kosztorysową jako hipotetyczny koszt naprawy pojazdu. W sprawie sporna była sama zasada odpowiedzialności pozwanego ubezpieczyciela. Ostatecznie powództwo zostało uwzględnione do kwoty 20.910,37 zł. W wyroku sąd nie odniósł się do cen, jakie należy stosować przy naprawie tak starych pojazdów, jednak uwzględnił opinię biegłego, który przyjął, że dla samochodu 21-letniego zasadne jest dokonanie naprawy poza siecią autoryzowanych stacji obsługi za stawkę 90 zł za roboczogodzinę. Określając rodzaj części zamiennych będących podstawą kalkulacji kosztów naprawy, sąd dopuścił stosowanie oryginalnych części z logo producenta pojazdu, nie dokonując żadnych potrąceń z tego tytułu. W wydanej w sprawie opinii biegły ustalił, że na rynku brak jest części Q, które można byłoby zastosować, gdyby były dostępne, natomiast zamienniki nie prowadzą do pełnego przywrócenia pojazdu do stanu sprzed szkody.

W drugiej ze spraw[10], także odnoszącej się do szkody w 21-letnim pojeździe, żądano ostatecznie kwoty 2.238,51 zł, na którą składało się 1.881,81 zł tytułem

[8] Sprawa rozpatrywana przez Sąd Rejonowy dla Warszawy-Mokotowa w Warszawie, sygn. akt I C 1402/14.
[9] Sprawa tocząca się przed Sądem Rejonowym w Myszkowie, sygn. akt I C 649/14.
[10] Sprawa tocząca się przed Sądem Rejonowym w Kielcach, sygn. akt I C 1205/13.

kosztów naprawy pojazdu wyliczonych metodą kosztorysową oraz 356,70 zł tytułem zwrotu kosztów holowania pojazdu. Powództwo zostało uwzględnione w całości. Formułując żądanie, powód uwzględnił bardzo niską stawkę robocizny przy naprawie pojazdu (60 zł za roboczogodzinę) oraz zaproponowane przez ubezpieczyciela 60% „urealnienie" cen części zamiennych. Spór dotyczył zasady odpowiedzialności ubezpieczyciela, którą ostatecznie przesądzono na korzyść powoda.

Spośród uszkodzonych pojazdów 31 doznało już wcześniej uszkodzeń w wypadkach komunikacyjnych, a dla 14 było to pierwsze uszkodzenie. W zdecydowanej większości przypadków (145) z akt postępowania sądowego nie wynika, czy pojazd był wcześniej uszkodzony, co oznacza, że okoliczność ta na ogół nie miała znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

2.6. Czas trwania postępowania w pierwszej instancji

Średni czas trwania postępowania przed sądem pierwszej instancji od dnia wniesienia pozwu do wydania orzeczenia wynosił 433,67 dnia, a mediana – 395 dni. Najkrótsze postępowanie trwało tylko 7 dni, a najdłuższe aż 1981 dni[11]. Wartości te są nieco niższe dla spraw, w których dochodzono wyłącznie roszczeń z tytułu szkody na mieniu. Średni czas trwania postępowania wynosił tu 413,34 dnia, mediana 384 dni, najkrótsze postępowanie trwało 7 dni, a najdłuższe – 1276 dni[12]. Niezależnie, czy brać pod uwagę wszystkie badane sprawy czy też jedynie te, w których dochodzono wyłącznie odszkodowania z tytułu szkody na mieniu, przeciętny czas trwania postępowań należy uznać za wysoki.

Nie może być zaskoczeniem, że poważny wpływ na czas trwania postępowania miała konieczność przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego. W sprawach, w których przeprowadzono taki dowód, średni czas trwania postępowania wynosił 465,21 dni, a mediana 421,50, przy czym czas minimalny to 90 dni, a maksymalny – 1981 dni.

2.7. Wynik postępowania w pierwszej instancji

Spośród badanych spraw rozstrzygnięciem merytorycznym w pierwszej instancji zakończyło się aż 208. Oprócz tego, w 23 sprawach zawarto ugodę, w 7 umorzono postępowanie ze względu na cofnięcie powództwa, a w jednej z innych przyczyn (długotrwałe zawieszenie postępowania z powodu niewskazania adresu pozwanego). Jedynie 8 postępowań zakończyło się nakazem zapłaty lub wyrokiem zaocznym, co wydaje się zaskakująco niską liczbą.

Powództwo uwzględniono w całości w 72 sprawach (ok. 34,6% rozstrzygnięć merytorycznych), a w części w 119 sprawach (ok. 57,2%). Do spraw, w których

[11] Sprawa tocząca się przed Sądem Okręgowym Warszawa-Praga w Warszawie, sygn. akt II C 767/09. Dochodzono w niej przede wszystkim roszczenia związane ze szkodą na osobie. Tyle czasu zajęło wydanie rozstrzygnięcia w pierwszej instancji. W sprawie nie wniesiono apelacji.

[12] Sprawa tocząca się przed Sądem Rejonowym dla Warszawy-Mokotowa w Warszawie, sygn. akt II C 2360/12. Ubezpieczyciel pojazdu w zakresie autocasco dochodził w niej roszczenia regresowego od właścicielki psa, który wskutek niewłaściwego nadzoru wtargnął na jezdnię i spowodował szkody w pojeździe. Również w tej sprawie podana liczba dni jest to wyłącznie czas postępowania w pierwszej instancji, a apelacji nie wniesiono.

powództwo uwzględniono jedynie w części, zaliczają się 23 postępowania, gdzie żądanie oddalono wyłącznie w zakresie roszczeń niezwiązanych ze szkodą na mieniu lub odsetek. Oddaleniem powództwa w całości zakończyło się jedynie 17 postępowań (ok. 8,2%), co należy uznać za stosunkowo niską liczbę.

Wśród spraw, w których pozwanym był ubezpieczyciel, powództwo uwzględniono w całości w 62 (ok. 32,5% rozstrzygnięć merytorycznych), a w części w 115 sprawach (ok. 60,2%). Oddaleniem powództwa w całości zakończyło się 14 postępowań, a więc jeszcze mniejszy odsetek niż w przypadku pełnej próby (ok. 7,3%).

W sprawach, w których powództwo zaspokojono jedynie w części, uwzględniono średnio 74,65% wartości roszczeń (mediana 88,5%), a więc zdecydowanie większą ich część.

Stosunkowo często (aż w 194 sprawach – ok. 80%) sąd pierwszej instancji musiał sporządzać uzasadnienia wydanych orzeczeń. Liczba ta jest wysoka, zwłaszcza jeżeli porównać ją z liczbą wniesionych apelacji, o czym mowa poniżej. Znaczna liczba sporządzonych uzasadnień pozwoliła na dokonanie lepszej oceny zagadnień merytorycznych omówionych w części III niniejszego opracowania.

Jeżeli chodzi o sprawy, których przedmiotem była wyłącznie szkoda na mieniu, to rozstrzygnięcie merytoryczne wydano w 193 z nich, z czego powództwo uwzględniono w całości w 71 sprawach (ok. 36,8% rozstrzygnięć merytorycznych), a w części w 106 sprawach (ok. 54,9%). Oddaleniem powództwa w całości zakończyło się 16 postępowań (ok. 8,2%). Różnice danych w porównaniu do pełnej próby spraw są nieznaczne. Podobnie nieznaczne różnice występują w odniesieniu do liczby sporządzanych uzasadnień (181 spraw – ok. 80,4%).

2.8. Postępowanie apelacyjne

Spośród badanych spraw apelację skutecznie wniesiono jedynie w 34 (ok. 14%), jeżeli zaś wziąć pod uwagę wyłącznie sprawy, w których przedmiotem roszczenia była szkoda na mieniu, było to 30 spraw (ok. 13,3%). W dwóch sprawach apelacja została odrzucona. Orzeczenie merytoryczne sądu drugiej instancji zapadło we wszystkich sprawach, w których skutecznie wniesiono apelację, przy czym w 19 sprawach apelacja została oddalona, a w 15 sprawach wyrok sądu pierwszej instancji zmieniono (w odniesieniu do spraw, w których dochodzono wyłącznie roszczeń z tytułu szkód na mieniu, liczby te wynoszą odpowiednio 19 i 11). Charakterystyczne jest to, że w żadnej z badanych spraw nie zapadło rozstrzygnięcie uchylające wyrok sądu pierwszej instancji i przekazujące sprawę do ponownego rozpoznania. Należy to ocenić pozytywnie, gdyż orzeczenia takie prowadzą zazwyczaj do znacznego przedłużenia łącznego czasu postępowania.

W sprawach, w których wniesiono apelację, średni czas od chwili wydania orzeczenia sądu pierwszej instancji do chwili wydania orzeczenia sądu odwoławczego wynosił 196,50 dnia (mediana 176 dni). Najkrótszy czas oczekiwania na wydanie wyroku wyniósł 92 dni, a najdłuższy 387 dni. Nie jest zaskoczeniem, że wniesienie apelacji prowadzi do znacznego przedłużenia łącznego czasu trwania postępowania (średni czas trwania postępowania w obu instancjach w sprawach, w których wniesiono apelację, wynosi 691 dni, mediana 629,50 dnia, czas najkrótszy to 307 dni, a najdłuższy – 1207 dni).

III. ANALIZA ZAGADNIEŃ ZWIĄZANYCH Z POSZCZEGÓLNYMI RODZAJAMI SZKÓD

1. Podstawa prawna roszczenia

Zasadnicze znaczenie dla analizy zagadnień merytorycznych związanych z poszczególnymi rodzajami szkody na mieniu ma określenie podstawy prawnej roszczenia. Spośród badanych spraw aż w 207 przypadkach podstawą tą były przepisy prawa regulujące zasady odpowiedzialności odszkodowawczej, zawarte przede wszystkim w Kodeksie cywilnym. W 12 przypadkach chodziło natomiast o odpowiedzialność określoną umownie, przede wszystkich w warunkach ubezpieczenia autocasco. W ubezpieczeniach takich strony (a w praktyce ubezpieczyciele) mogą określać zakres i sposób naprawienia szkody odmiennie od zasad ogólnych i w rzeczywistości z tej możliwości często korzystają. Z reguły odszkodowanie ubezpieczeniowe jest wówczas ograniczone w stosunku do odszkodowania, które byłoby należne na podstawie ogólnych przepisów prawa zobowiązań i nie pokrywa pełnej szkody. Typowe ograniczenia wynikają z zastrzeżenia górnej granicy odpowiedzialności w postaci sumy gwarancyjnej, wprowadzenia franszyzy integralnej (postanowienia, zgodnie z którym ubezpieczyciel nie jest zobowiązany do wypłaty odszkodowania za szkodę, która nie przekracza określonej kwoty), franszyzy redukcyjnej (zastrzeżenia, że odszkodowanie zawsze ulega obniżeniu o określoną kwotę) lub udziału własnego (postanowienia, zgodnie z którym odszkodowanie ulega obniżeniu o określony procent wartości szkody). W praktyce w przypadku ubezpieczenia autocasco postanowienia ogólnych warunków ubezpieczeń na ogół szczegółowo regulują sposób ustalania wysokości odszkodowania, które zawsze ma charakter pieniężny. W razie uszkodzenia pojazdu regułą są postanowienia określające, do jakiej wysokości szkody odszkodowanie wypłacane jest według kosztów hipotetycznej naprawy pojazdu (z reguły kwota ta waha się między 60% a 80% wartości pojazdu przed wypadkiem), a kiedy należy wypłacić odszkodowanie w wysokości wartości pojazdu przed wypadkiem z potrąceniem wartości wraku. Przy szacowaniu kosztów naprawy na ogół określane są też zasady wyceny robocizny oraz części podlegających wymianie. Przed zawarciem umowy ubezpieczający często ma do wyboru kilka wariantów ubezpieczenia autocasco różniących się sposobem wyceny szkody, a w konsekwencji również wysokością składki. Co do zasady, w ubezpieczeniu autocasco odszkodowanie jest ograniczone do szkody w pojeździe, choć od jakiegoś czasu na rynku oferowane są także ubezpieczenia, w których ubezpieczonemu gwarantuje się zwrot różnych kosztów jedynie związanych z taką szkodą, jak np. zwrot kosztów najmu pojazdu zastępczego.

Strony umów ubezpieczenia autocasco (a w praktyce ubezpieczyciele) są ograniczone w swojej swobodzie określenia sposobu i wysokości naprawienia szkody wyłącznie ogólnymi ograniczeniami zasady swobody umów oraz – w przypadku odpowiedniej kwalifikacji podmiotowej stron – przepisami o niedozwolonych postanowieniach umownych (art. 385^1 – 385^3 k.c.). Swobodę stron w tym zakresie pośrednio potwierdził Sąd Najwyższy (dalej też SN) w wyroku z 9.10.2003 r.[13],

[13] V CK 277/02, OSNC 2004/11, poz. 184.

zgodnie z którym „postanowienia określające sposób ustalenia wartości pojazdu na podstawie notowań rynkowych (przy uwzględnieniu stanu technicznego, przebiegu i wyposażenia) – zamieszczone w ogólnych warunkach ubezpieczenia pojazdów lądowych od uszkodzeń i kradzieży – nie mogą być uznane za niedozwolone postanowienia umowne (art. 385[1] k.c.), jeżeli w ten sposób ustala się wartość pojazdu zarówno przy zawieraniu umowy ubezpieczenia (dla określenia sumy ubezpieczeniowej), jak i przy ustaleniu wysokości odszkodowania".

W związku z możliwością odmiennego ukształtowania zasad naprawienia szkody rozstrzygnięcia sądowe w sprawach, w których podstawą roszczenia była umowa ubezpieczenia autocasco, mogą jedynie w ograniczonym zakresie mieć znaczenie dla dalszych uwag, które odnoszą się przede wszystkim do ogólnych zasad prawa odszkodowawczego. Podstawą wyciąganych poniżej wniosków będą w związku z tym na ogół te sprawy, w których dochodzone roszczenie opierało się na zasadach ogólnych przewidzianych we właściwych przepisach.

2. Sposoby naprawienia szkody w Kodeksie cywilnym

Ogólne reguły odnoszące się do sposobów naprawienia szkody wyznacza art. 363 § 1 k.c., zgodnie z którym – co do zasady – powinno to nastąpić według wyboru poszkodowanego bądź przez przywrócenie stanu poprzedniego, bądź też przez zapłatę odpowiedniej sumy pieniężnej. Możliwość naprawienia szkody w postaci przywrócenia stanu poprzedniego została przez ustawodawcę ograniczona, gdyż poszkodowany nie może jej żądać, gdy przywrócenie stanu poprzedniego jest niemożliwe albo gdyby pociągało za sobą dla zobowiązanego nadmierne trudności lub koszty. W literaturze przyjmuje się, że w warunkach gospodarki rynkowej pieniężna postać odszkodowania zwykle wystarczająco zaspokaja interesy poszkodowanego, umożliwiając mu np. nabycie zastępczych dóbr i usług, ale także podjęcie decyzji co do odmiennego wykorzystania uzyskanych środków. Interes poszkodowanego w żądaniu przywrócenia stanu poprzedniego pojawia się natomiast przede wszystkim w tych sytuacjach, gdy „pieniądz jedynie w ograniczonym zakresie pełni funkcje powszechnego środka wymiany"[14].

Przywrócenie stanu poprzedniego w znaczeniu dosłownym nie jest możliwe, gdyż nikt nie jest w stanie cofnąć się w czasie, a doznany uszczerbek pozostaje nieodwracalny. W przypadku rozbitego reflektora samochodowego istnieje możliwość jego wymiany (a niekiedy także sklejenia), ale wymieniony reflektor nie będzie już tym samym reflektorem, a reflektor sklejony różni się od reflektora, którego nie poddawano takim zabiegom. W związku z tym przywrócenie stanu poprzedniego należy rozumieć mniej dosłownie, jako stworzenie takiej sytuacji faktycznej, która z gospodarczego punktu widzenia byłaby najbardziej zbliżona do stanu istniejącego w razie braku zdarzenia szkodzącego[15]. Zagadnienie to ma nie tylko charakter teoretyczny, gdyż w praktyce nierzadko pojawiają się spory, jaki stan faktyczny, do którego osiągnięcia ma zostać zobowiązany podmiot odpowiedzialny za szkodę, należy uznać za przywracający stan poprzedni.

[14] Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2016, s. 103.
[15] Por. M. Kaliński, *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*, Warszawa 2014, s. 495 i cytowane tam orzecznictwo oraz literatura. Podobnie M. Piwowar, *O sposobach naprawienia szkody*, „Państwo i Prawo" 2013/4, s. 86–87.

Wśród badanych spraw wszystkie roszczenia powodów z tytułu szkody na mieniu były roszczeniami o zapłatę. Przywrócenia stanu poprzedniego *in natura*, co mogłoby oznaczać np. żądanie dokonania naprawy uszkodzonego pojazdu, powód nie dochodził w żadnej sprawie. Stan ten można tłumaczyć na różne sposoby. W pierwszej kolejności należy wziąć pod uwagę, że, jak wynika z podanych powyżej danych[16], w zdecydowanej większości przypadków pozwanym był ubezpieczyciel w zakresie odpowiedzialności cywilnej. W stosunkach ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, zgodnie z dominującym poglądem, roszczenie poszkodowanego ogranicza się wyłącznie do żądania naprawienia szkody w pieniądzu[17]. Wprawdzie w literaturze były reprezentowane poglądy, zgodnie z którymi użycie w art. 805 § 2 k.c. zwrotu „w szczególności" sugeruje, że zamiarem ustawodawcy nie jest ograniczenie możliwych form spełnienia świadczenia[18], jednak decydujące znaczenie ma treść art. 822 § 1 k.c. Przepis ten zaś mówi wyraźnie o obowiązku „zapłacenia" odszkodowania przez ubezpieczyciela[19] i należy przyjąć, że w ten sposób ustawodawca zawęził zakres możliwych sposobów naprawienia szkody[20]. Co więcej, także w przepisach ustawy o ubezpieczeniach obowiązkowych[21] mowa jest konsekwentnie o „wypłacaniu" odszkodowania (art. 11 ust. 3, art. 13 ust. 1–3, art. 14 ust. 1–4, art. 17, art. 22a ust. 1, art. 36 ust. 1, art. 43, art. 52, art. 58). Niezależnie jednak od tej przyczyny, należy również zauważyć, że naprawienia szkody w postaci przywrócenia stanu poprzedniego nie dochodzono także w tych (co prawda nielicznych) przypadkach, gdy pozwanym nie był ubezpieczyciel. Taki wynik badania, a także obserwacja praktyki poza realizowanym badaniem, prowadzą do wniosku, że restytucja naturalna jako postać naprawienia szkody odgrywa w praktyce marginalną rolę. Nawiązując do przedstawionych powyżej funkcji tej formy odszkodowania, może to być spowodowane faktem, że w obecnych warunkach społeczno-gospodarczych pieniądz prawidłowo odgrywa przypisaną mu rolę powszechnego środka wymiany i nie ma powodów, by odwoływać się do sposobów naprawienia szkody, które są bardziej kłopotliwe dla obu stron stosunku odszkodowawczego.

3. Rodzaje szkód

W badanych postępowaniach najczęściej dochodzono roszczeń z tytułu szkód, które można określić mianem szkód „w pojeździe", gdyż materializowały się w uszkodzonym samochodzie w ten sposób, że polegały na obniżeniu jego wartości – chodziło o hipotetyczne lub rzeczywiste koszty naprawy albo inne koszty związane z przywróceniem pojazdu do stanu sprzed wyrządzenia szkody. Łącznie roszczenia

[16] Zob. pkt 2.2 w części II.
[17] Zob. szerzej M. Krajewski, *Ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej według kodeksu cywilnego*, Warszawa 2011, s. 286–288. Por. też A. Raczyński, *Sytuacja prawna poszkodowanego w ubezpieczeniu odpowiedzialności cywilnej*, Warszawa 2010, s. 185 i cytowana tam obszerna literatura.
[18] M. Balas-Noszczyk, K. Malinowska, *W sprawie dopuszczalności spełnienia świadczenia z umowy ubezpieczenia w formie restytucji naturalnej (przywrócenia stanu poprzedniego)*, „Prawo Asekuracyjne" 1998/4, s. 17 i n.; K. Malinowska [w:] *Prawo o kontraktach w ubezpieczeniach*, red. Z. Brodecki, Kraków 2003, s. 161–162.
[19] Okoliczność tę podkreśla również M. Orlicki, *Umowa ubezpieczenia*, Warszawa 2002, s. 190.
[20] Tak również M. Kaliński, *Szkoda*..., s. 494.
[21] Ustawa z 22.05.2003 r. o ubezpieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze Ubezpieczycieli Komunikacyjnych (Dz.U. z 2003 r. poz. 392 ze zm.; tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r. poz. 2060 ze zm.).

z tytułu szkód w pojeździe wystąpiły w 191 sprawach. Przypadki te zostały podzielone w niniejszym opracowaniu na następujące kategorie:

1) Szkody polegające na obniżeniu wartości pojazdu, określane zazwyczaj w praktyce obrotu mianem „szkód całkowitych", których wysokość jest równa różnicy między wartością pojazdu sprzed wypadku a wartością wraku. Roszczenia z nimi związane wystąpiły w 27 sprawach;
2) Szkody polegające na rzeczywistym poniesieniu lub powstaniu zobowiązania do zapłaty kosztów dokonanej naprawy pojazdu. Roszczenia z nimi związane wystąpiły w 31 sprawach;
3) Szkody równe hipotetycznym, w rzeczywistości nieponiesionym kosztom naprawy pojazdu. W praktyce obrotu są one zazwyczaj określane jako szkody szacowane „metodą kosztorysową". Roszczenia z nimi związane wystąpiły w 131 sprawach;
4) Szkody polegające na utracie wartości „handlowej" pojazdu po dokonanej naprawie. Roszczenia z nimi związane wystąpiły tylko w jednej sprawie;
5) Inne szkody w pojeździe. Roszczenia dotyczące takich szkód wystąpiły w jednej sprawie (chodziło o oklejenie pojazdu po naprawie oznaczeniami szkoły nauki jazdy).

Oprócz naprawienia różnego rodzaju szkód w pojeździe w analizowanych sprawach żądano:

a) zwrotu kosztów najmu pojazdu zastępczego – w 44 sprawach,
b) zwrotu kosztów holowania pojazdu – w 12 sprawach,
c) zwrotu kosztów parkingu dla uszkodzonego pojazdu – w 3 sprawach,
d) zwrotu kosztów prywatnych opinii rzeczoznawców poniesionych na etapie przedsądowym – w 43 sprawach,
e) zwrotu kosztów przedsądowej pomocy prawnej – w 4 sprawach,
f) naprawienia innych szkód – w 18 sprawach.

Przedstawiony powyżej podział szkód na mieniu będzie podstawą dalszych uwag.

4. Szkoda „całkowita" w pojeździe

Jak wspomniano powyżej, szkoda określana mianem „całkowitej" polega na obniżeniu wartości pojazdu i jest równa różnicy między wartością pojazdu sprzed wypadku a wartością wraku. Nazwa ta, choć powszechnie stosowana w obrocie, a niekiedy także w literaturze[22], może być myląca, gdyż wypłacane odszkodowanie nie obejmuje pełnej wartości pojazdu sprzed wypadku – w tym sensie szkoda nie jest całkowita.

Wyliczenie szkody jako różnicy między wartością pojazdu przed wypadkiem a wartością pojazdu uszkodzonego budzi zdecydowanie najmniej wątpliwości teoretycznych. Zastosowanie znajduje tu klasyczna metoda różnicy polegająca

[22] Zob. np. B. Janiszewska, *Uwagi o ustaleniu „szkody całkowitej" w obowiązkowych ubezpieczeniach komunikacyjnych*, „Studia Iuridica" 2007, t. 47, s. 65.

na porównaniu rzeczywistego stanu majątku poszkodowanego po zdarzeniu wyrządzającym szkodę z hipotetycznym stanem, który istniałby, gdyby nie nastąpiło takie zdarzenie. W analizowanych sprawach szkoda najczęściej ograniczała się wyłącznie do pojazdu, ale z formalnego punktu widzenia badaniu mógł podlegać cały majątek poszkodowanego. Nie ulega wątpliwości, że odszkodowanie wyliczone na tej podstawie może zostać uznane za odpowiednią sumę pieniężną w rozumieniu art. 363 § 1 zd.1 k.c.

Pomimo swojej prostoty opisana metoda ustalania wysokości odszkodowania jest stosunkowo rzadko wykorzystywana w praktyce – jak wyżej wskazano, roszczenia na tej podstawie sformułowano w 27 spośród badanych spraw. W postępowaniach, w których zapadło orzeczenie merytoryczne, roszczenie uwzględniono w całości w 9 przypadkach (ok. 40,9% rozstrzygnięć), a w części w 10 przypadkach (45,45%). Powództwo oddalono w 3 sprawach (ok. 13,6%), przy czym na ogół było to związane z niewykazaniem samej zasady odpowiedzialności pozwanego, a nie sposobem wyliczenia odszkodowania.

Za uzasadnienie wyliczenia szkody jako całkowitej przyjmuje się na ogół powstanie sytuacji, w których naprawa jest niemożliwa (dotyczyło to 7 spośród badanych spraw) lub też występują nadmierne trudności lub koszty naprawy (20 spraw). Za nadmierne uznawane są przy tym z reguły przez samych powodów koszty naprawy przekraczające wartość pojazdów sprzed wypadku. Stanowisko to odpowiada poglądowi akceptowanemu w orzecznictwie Sądu Najwyższego, gdzie na ogół przyjmuje się, że koszt naprawy uszkodzonego w wypadku komunikacyjnym pojazdu, nieprzewyższający jego wartości sprzed wypadku, nie jest nadmierny w rozumieniu art. 363 § 1 zd. 2 k.c.[23] W literaturze dodaje się niekiedy, że w rzeczywistości można i należy stosować wiele kryteriów, jakie mogą decydować o nadmierności kosztów restytucji, i w każdym przypadku konieczna jest indywidualna analiza interesów stron[24].

Sprawy, w których powód dochodziłby odszkodowania wyliczonego metodą różnicy, pomimo to, że naprawa pojazdu była możliwa i ekonomicznie uzasadniona, praktycznie nie występują. Trzeba to najprawdopodobniej wyjaśnić tym, że odszkodowanie wyliczone w inny sposób (według kosztów naprawy) jest zazwyczaj korzystniejsze dla poszkodowanego. Charakterystyczny był stan faktyczny jednej ze spraw[25], w której w toku postępowania likwidacyjnego ubezpieczyciel wyliczył szkodę metodą kosztorysową, stosując zaniżone stawki za roboczogodzinę (45 zł) oraz tzw. urealnienie wartości części zamiennych (w wysokości 70%) i w rezultacie wypłacił dobrowolnie kwotę 8.388,03 zł. W pozwie powód domagał się dopłaty w wysokości 8.561,97 zł, rozliczając szkodę jako całkowitą. W toku postępowania przeprowadzono dowód z opinii biegłego, przy czym w nietypowy i wewnętrznie sprzeczny sposób sformułowano zadanie dla biegłego, który miał wyliczyć „wysokość kosztów przywrócenia pojazdu do stanu sprzed szkody z uwzględnieniem aspektu, że zachodzi konieczność rozliczenia szkody jako tzw. całkowitej".

[23] Tak m.in. SN: w postanowieniu w składzie 7 sędziów z 12.01.2006 r., III CZP 76/05, LEX nr 175463; w wyroku z 11.06.2003 r., V CKN 308/01, LEX nr 157324; w wyroku z 20.02.2002 r., V CKN 903/00, OSNC 2003/1, poz. 15; w wyroku z 13.12.1988 r., I CR 280/88, LEX nr 78219; w wyroku z 20.02.1981 r., I CR 17/81, OSNCP 1981/10, poz. 199.

[24] Zob. B. Janiszewska, *Uwagi*..., s. 75–76 i cytowana tam literatura.

[25] Sprawa rozpatrywana przez Sąd Rejonowy w Słupsku, sygn. akt I C 2174/14.

Po zapoznaniu się z opinią biegłego powód rozszerzył powództwo do kwoty 27.926,92 zł, która została wyliczona metodą kosztorysową. Tak sformułowane roszczenie sąd pierwszej instancji uwzględnił w całości, a apelacja pozwanego ubezpieczyciela została oddalona[26].

Ze względu na mniejszy stopień komplikacji spraw, w których szkodę wyliczono jako całkowitą, można byłoby spodziewać się mniejszego zaangażowania biegłych. Przeprowadzone badania prowadzą jednak do wniosku, że odpowiada ono przeciętnemu zaangażowaniu we wszystkich badanych sprawach. Zarówno w jednym, jak i w drugim przypadku dowód z opinii biegłego przeprowadzono w ok. 80% spraw[27]. Przedmiotem opinii była zaś najczęściej wycena pojazdu przed i po szkodzie, a także kwestie związane z zasadą odpowiedzialności pozwanego (ustalenie przebiegu zdarzenia drogowego, naruszenie zasad bezpieczeństwa ruchu drogowego przez uczestników zdarzenia, związek przyczynowy między zdarzeniem a uszkodzeniami pojazdu).

5. Rzeczywiście poniesione koszty naprawy pojazdu

5.1. Podstawy prawne żądania zwrotu wydatków

W odróżnieniu od rozliczenia szkody jako całkowitej, podstawa prawna żądania zwrotu faktycznie poniesionych kosztów naprawy nie jest zupełnie jasna, gdyż wydatek ten poszkodowany ponosi dobrowolnie. W praktyce obrotu dopuszczalność takiego roszczenia nie ulega jednak wątpliwości. Pomimo to kwestia teoretycznej podstawy żądania wymaga rozstrzygnięcia, gdyż może to mieć znaczenie w sytuacjach nietypowych i granicznych, a ponadto przyjęcie pewnych założeń ogólnych jest istotne także dla innych elementów szkody na mieniu, które zostaną omówione poniżej.

Zwrot wydatków ponoszonych na mocy mniej lub bardziej swobodnej decyzji poszkodowanych stanowi w praktyce znaczącą część wypłacanych odszkodowań. W przepisach prawa przewidziano wprost dopuszczalność zwrotu wydatków wynikłych z uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia, a w szczególności kosztów leczenia lub kosztów przygotowania do innego zawodu, o których mowa w art. 444 § 1 k.c., a także kosztów leczenia i pogrzebu zmarłego, o których mowa w art. 446 § 1 k.c. W praktyce akceptuje się jednak również możliwość żądania zwrotu szeregu innych wydatków, w tym omawianych osobno poniżej kosztów najmu pojazdu zastępczego, kosztów parkowania i holowania pojazdu uszkodzonego w wypadku, kosztów sporządzenia prywatnej opinii rzeczoznawcy służącej oszacowaniu wysokości szkody oraz kosztów pomocy prawnej w tzw. postępowaniu likwidacyjnym prowadzonym przez ubezpieczyciela.

Przyjęcie, że wydatki ponoszone przez poszkodowanego mogą stanowić element szkody podlegającej naprawieniu wymaga odrzucenia najbardziej dosłownego rozumienia stanowiska, zgodnie z którym do definicji szkody należy poniesienie uszczerbku wbrew woli poszkodowanego[28]. Takie stanowisko wykluczałoby z zasady

[26] Rozpoznawał ją Sąd Okręgowy w Słupsku, sygn. akt IV Ca 658/15.
[27] Por. powyżej pkt 2.4 w części II.
[28] Por. np. A. Szpunar, *Ustalenie odszkodowania w prawie cywilnym*, Warszawa 1975, s. 36.

ponoszone wydatki z zakresu odszkodowania, co wydaje się niemożliwe do przyjęcia. Wydatki mające na celu odwrócenie lub zmniejszenie skutków zdarzenia szkodzącego poszkodowany ponosi wprawdzie zgodnie z własną decyzją, ale decyzji tej nie podejmuje swobodnie i nie podjąłby jej, gdyby nie zajście zdarzenia będącego przyczyną szkody[29]. Poniesione wydatki należy uznać za rodzaj straty (szkody rzeczywistej, *damnum emergens*)[30], nie stanowią one natomiast jakiejś trzeciej kategorii, którą należałoby traktować na równi ze stratą i utraconymi korzyściami[31]. Ustalenie to może mieć znaczenie w tych przypadkach, gdy obowiązujące przepisy lub umowa stron ograniczają odszkodowanie do poniesionych strat. Poza tym należy zwrócić uwagę na to, że w art. 361 § 2 k.c. mowa jest wyłącznie o stratach i utraconych korzyściach, w związku z czym dopuszczalność żądania naprawienia szkody należącej do innej kategorii szkody mogłaby budzić wątpliwości[32].

Wydatki ponoszone przez poszkodowanego w związku z powstaniem szkody mogą mieć różne cele. Może w nich chodzić o zapobieżenie powiększaniu się szkody, zapewnienie uzyskania naprawienia szkody od osoby odpowiedzialnej, w tym również ustalenie jej odpowiedzialności i rozmiaru szkody, a także o samodzielne usunięcie skutków zdarzenia szkodzącego. W przypadku żądania zwrotu samodzielnie poniesionych kosztów naprawy w rachubę wchodzi przede wszystkim ten ostatni cel, w związku z czym pozostałe można na razie pozostawić na boku. Możliwość żądania zwrotu wydatków w ich ramach zostanie rozważona w ramach analizy innych rodzajów szkody na mieniu.

Kompetencja poszkodowanego do samodzielnego naprawienia szkody i dokonywania wydatków w tym celu nie jest kwestionowana w literaturze i orzecznictwie, jednak na ogół nie wskazuje się dla niej żadnej podstawy prawnej. Punktem wyjścia jej poszukiwań może być art. 363 § 1 k.c., zgodnie z którym, co do zasady, naprawienie szkody powinno nastąpić według wyboru poszkodowanego bądź przez przywrócenie stanu poprzedniego, bądź też przez zapłatę odpowiedniej sumy pieniężnej. W związku z tym można sobie wyobrazić argument, zgodnie z którym poszkodowany może samodzielnie podjąć działania zmierzające do tego, aby „przywrócić stan poprzedni", tj. znaleźć się w sytuacji faktycznej maksymalnie zbliżonej do tej, w której znajdowałby się, gdyby nie zaszło zdarzenie wyrządzające mu szkodę[33]. Ten sposób rozumowania budzi jednak zastrzeżenia. Upatrywanie podstawy uprawnienia poszkodowanego do samodzielnego usunięcia skutków zdarzenia szkodzącego w roszczeniu o dokonanie restytucji naturalnej sprawia, że uzasadnione wydaje się stosowanie przepisów o wykonaniu zastępczym zobowiązania. Te zaś (art. 479–480 k.c.) uzależniają prawo do wykonania zastępczego

[29] Podobnie m.in. SN w uzasadnieniu uchwały (7) z 17.11.2011 r., III CZP 5/11, OSNC 2012/3, poz. 28. Por. też M. Kaliński, *Szkoda*..., s. 172–176 i cytowana tam liczna literatura. Identycznie przyjmuje się w literaturze niemieckiej, zob. K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechs. Erster Band. Allgemeiner Teil*, Monachium 1987, s. 508, przyp. 88.

[30] T. Dybowski, *Odpowiedzialność odszkodowawcza* [w:] *System prawa cywilnego*, t. 3, cz. 1, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. Z. Radwański, Wrocław 1981, s. 230; M. Kaliński, *Szkoda*..., s. 272–273.

[31] Pogląd taki reprezentował W. Warkałło, *Odpowiedzialność odszkodowawcza. Funkcje, rodzaje granice*, Warszawa 1972, s. 131. Podobnie Z.K. Nowakowski, *Odpowiedzialność zakładu ubezpieczeń za szkody przyszłe związane z wypadkami samochodowymi* [w:] *Obowiązkowe ubezpieczenia komunikacyjne w PRL. Zagadnienia wybrane*, red. A. Wąsiewicz, Poznań 1979, s. 145.

[32] Por. M. Kaliński, *Szkoda*..., s. 273.

[33] Podobne rozumowanie na tle prawa niemieckiego w odniesieniu do najmu pojazdu zastępczego reprezentuje K. Larenz, *Lehrbuch*..., s. 496.

od spełnienia dodatkowych przesłanek. Przede wszystkim uprawnienia wierzyciela uzależnione są od popadnięcia dłużnika w zwłokę, co nie zawsze musi mieć miejsce. W niektórych innych sytuacjach konieczne jest ponadto uzyskanie upoważnienia sądu do wykonania czynności (art. 480 § 1 k.c.).

Nawet istotniejszym argumentem niż niedogodności wynikające ze stosowania przepisów o wykonaniu zastępczym może być fakt, że w analizowanych sprawach z reguły wchodziła w rachubę odpowiedzialność ubezpieczyciela, wobec którego poszkodowany nie może w ogóle wysuwać roszczenia o przywrócenie stanu poprzedniego[34]. Fakt istnienia takiego roszczenia nie mógłby być więc podstawą uprawnienia do samodzielnego usunięcia skutków zdarzenia szkodzącego w najszerszej kategorii badanych spraw.

Z powyższych uwag wynika, że prawo poszkodowanego do samodzielnego usunięcia skutków zdarzenia szkodzącego (naprawienia pojazdu) ma inną podstawę. Należy przyjąć, że jego źródłem są nie tyle poszczególne roszczenia wynikające ze stosunku odszkodowawczego, ile prawa podmiotowe poszkodowanego leżące poza tym stosunkiem. Właściciel uszkodzonej rzeczy jest uprawniony do dokonania jej naprawy nie dlatego, że podmiot odpowiedzialny za szkodę powinien przywrócić stan poprzedni, lecz ze względu na treść przysługującego właścicielowi prawa własności. Gdyby w międzyczasie własność tę utracił, uprawnienie takie by mu nie przysługiwało. Konsekwentnie do tego trzeba uznać, że jeżeli działania, do których uprawniony jest poszkodowany, usuwają skutki zdarzenia szkodzącego, to przysługuje mu prawo do zwrotu wynikających stąd kosztów, co wynika z natury odpowiedzialności odszkodowawczej i nie wymaga wyraźnej podstawy w treści konkretnego przepisu prawa[35].

5.2. Podstawowe dane odnoszące się do spraw analizowanej kategorii

Jak wyżej wskazano, zwrotu rzeczywiście poniesionych lub należnych kosztów naprawy dochodzono w 31 sprawach. Spośród nich powództwo zostało ostatecznie uwzględnione w całości w 11, a w części – w 8 sprawach. Roszczenie oddalono w całości w 2 sprawach, z tym że przyczyną oddalenia powództwa nie były kwestie związane ze sposobem wyliczenia szkody. Aż 10 spraw zakończyło się bez rozstrzygnięcia merytorycznego. Jeżeli odnieść te dane wyłącznie do spraw, w których roszczenie było oparte na ogólnych zasadach odpowiedzialności (25 spraw), to powództwo uwzględniono w całości w 7, a w części także w 7 sprawach, z tym że w jednej z nich odszkodowanie wyliczono ostatecznie na podstawie metody kosztorysowej. Bez rozstrzygnięcia merytorycznego zakończyło się 9 spraw, a w 2 oddalono powództwo.

Charakterystyczne dla badanej kategorii spraw jest, że jedynie w 12 przypadkach (ok. 39%) powodem był podmiot bezpośrednio poszkodowany. Wartość ta jest znacząco niższa niż przeciętny udział bezpośrednio poszkodowanych w dochodzeniu roszczeń[36]. W 15 przypadkach (ok. 48%) powodem był cesjonariusz, w tym

[34] Zob. powyżej pkt 2 w ramach tej części opracowania.
[35] Trudno byłoby bowiem np. odmówić właścicielowi rozbitej szyby prawa do jej wymiany i żądania zwrotu wydatków poniesionych z tego tytułu, mimo że żaden przepis wyraźnie o tym nie rozstrzyga.
[36] Zob. część II, pkt 2.1.

tzw. kancelarie odszkodowawcze, a w 4 (ok. 13%) przypadkach ubezpieczyciel dochodzący roszczeń w ramach regresu. Różnica w proporcji w stosunku do danych ogólnych wydaje się trudna do wytłumaczenia.

W 18 z analizowanych spraw zaangażowani byli biegli. Przedmiot ich opinii stanowiły zarówno kwestie decydujące o przypisaniu sprawcy odpowiedzialności za wypadek, jak i związek konkretnych uszkodzeń z wypadkiem oraz wysokość uzasadnionych kosztów naprawy.

5.3. Ograniczenia żądania zwrotu wydatków

Zgodnie z przyjętymi założeniami poszkodowanemu przysługuje prawo do przywrócenia stanu poprzedniego i żądania zwrotu wynikających z tego tytułu wydatków, jednak nie sposób uznać, aby uprawnienie to nie było niczym ograniczone. Dochodzenie roszczenia o zwrot wydatków może zostać uznane za nadużycie prawa podmiotowego w szczególności w sytuacji, gdy poszkodowany przywraca stan poprzedni i żąda zwrotu kosztów jedynie w celu szykanowania odpowiedzialnego za szkodę. Zasadne wydaje się również analogiczne stosowanie art. 363 § 1 zd. 2 k.c., zgodnie z którym poszkodowany nie może żądać przywrócenia stanu poprzedniego, jeśli jest to niemożliwe albo pociąga za sobą nadmierne trudności lub koszty. W analizowanej sytuacji wymieniony przepis nie może mieć zastosowania wprost, gdyż odnosi się do roszczenia skierowanego wobec osoby odpowiedzialnej za szkodę, a nie do samodzielnego działania poszkodowanego. Co więcej, usuwając samodzielnie skutki zdarzenia szkodzącego, poszkodowany w istocie wykazuje, że nie było to niemożliwe, a także iż z jego punktu widzenia nie wiązało się z trudnościami, jakie uznałby za nadmierne. Podstawy stosowania analogii mogą istnieć jedynie w odniesieniu do kryterium nadmierności kosztów[37], gdyż można argumentować, że nawet, gdy koszty początkowo faktycznie poniósł poszkodowany, zrobił to jedynie dlatego, iż liczył na ich zwrot przez podmiot odpowiedzialny za szkodę. Wykluczenie stosowania tego kryterium mogłoby prowadzić do obchodzenia art. 363 § 1 zd. 2 k.c. przez poszkodowanego, który nie mogąc żądać przywrócenia stanu poprzedniego *in natura* ze względu na nadmierne koszty, decydowałby się na samodzielne jego przywrócenie, a następnie żądał refundacji poniesionych w wyniku tego wydatków.

Analogiczne stosowanie kryterium nadmierności kosztów do żądania zwrotu faktycznie poniesionych wydatków musi jednak uwzględniać, że w podstawowym zakresie swojego zastosowania (tj. wtedy, gdy naprawa nie została dokonana i wciąż jest możliwa) art. 363 § 1 zd. 2 k.c. w razie nadmierności kosztów restytucji zakłada istnienie uprawnienia poszkodowanego do żądania odszkodowania w pieniądzu. W analizowanej obecnie sytuacji, kiedy stan poprzedni został już przywrócony samodzielnie przez poszkodowanego, nie wchodzi w rachubę alternatywne żądanie odszkodowania w pieniądzu rozumianego jako różnica między stanem powstałym wskutek zajścia zdarzenia szkodzącego a stanem, który istniałby, gdyby zdarzenie to nie miało miejsca. Po dokonaniu wydatków przez poszkodowanego na samodzielne usunięcie skutków zdarzenia szkodzącego, z porównania tych dwóch stanów

[37] Co do tego, jakie koszty należy uznać za nadmierne, zob. pkt 4 powyżej.

majątkowych wynika właśnie szkoda w postaci poniesionych wydatków. Wobec tego najprawdopodobniej należy przyjąć w takiej sytuacji, że roszczenie o zwrot wydatków powinno być limitowane do najwyższej wysokości, która nie zostałaby uznana za nadmierną w świetle art. 363 § 1 zd. 2 k.c. Odmienne stanowisko zajął Sąd Najwyższy w wyroku z 13.12.1988 r.[38] Na kanwie stanu faktycznego, w którym doszło już do naprawy samochodu, Sąd uznał, że: „[w]prawdzie poszkodowany, uprawniony jest w zasadzie do wyboru sposobu naprawienia swojej szkody, gdyby się jednak okazało, że dokonanie naprawy pociągnęłoby za sobą dla zakładu ubezpieczeń nadmierne koszty – w szczególności przekraczające wartość całego samochodu według cen wolnorynkowych, to w razie stwierdzenia nieopłacalnej naprawy można by uznać, że jego roszczenie ogranicza się do świadczenia w pieniądzu aktualnej wartości samochodu według stanu przed wypadkiem, pomniejszonej o jego aktualną wartość – według obecnego stanu". Sąd przyjął więc, że w takim przypadku powinno nastąpić rozliczenie szkody jako „całkowitej", co wydaje się problematyczne w sytuacji, w jakiej pojazd jest już rzeczywiście naprawiony i jego „aktualna wartość – według obecnego stanu" może w ogóle nie odzwierciedlać faktu, że pojazd uczestniczył w wypadku.

Analiza poszczególnych postępowań prowadzonych w ramach analizowanej obecnie kategorii prowadzi do wniosku, że kwestia, czy koszty poniesione na samodzielną naprawę pojazdu nie mogą zostać uznane za nadmierne, stanowiła jeden z przedmiotów sporu między stronami. Przedmiotem opinii biegłych były różnie ujęte w tezach postanowień dowodowych sądów uzasadnione koszty naprawy pojazdów, a czasami także wartość pojazdu przed wypadkiem, co dowodzi, że sądy zastanawiały się niekiedy, czy w ogóle naprawianie pojazdów należało uznać za zasadne. Jak się jednak wydaje, znacznie częściej przedmiotem kontrowersji było to, czy pojazdu nie można było naprawić taniej, a nie czy – co do zasady – należało go naprawiać.

5.4. Miejsce naprawy pojazdu – poziom cen

W około połowie z badanych postępowań spór między stronami lub wątpliwości sądu budziło wybrane przez poszkodowanego miejsce naprawy pojazdu lub poziom cen stosowanych przez warsztat naprawczy. W tych przypadkach, gdy roszczenie oparte było na zasadach odpowiedzialności odszkodowawczej określonych w powszechnie obowiązujących przepisach prawa (wyłącznie te dane wydają się miarodajne dla analizowanego zagadnienia), poszkodowany w 7 przypadkach żądał zwrotu kosztów naprawy w warsztacie posiadającym autoryzację, a w 16 przypadkach w warsztatach nieautoryzowanych lub też w inny sposób (chodziło np. o koszty naprawy wykonanej metodą gospodarczą).

Zagadnienie miejsca naprawy pojazdu i stosowanych cen jest przedmiotem bogatego orzecznictwa, przy czym najistotniejsze znaczenie wydaje się mieć uchwała Sądu Najwyższego z 13.06.2003 r.[39], w której przyjęto, że: „[o]dszkodowanie należne od zakładu ubezpieczeń z tytułu ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej za uszkodzenie pojazdu obejmuje niezbędne i ekonomicznie uzasadnione koszty naprawy

[38] I CR 280/88, LEX nr 78219.
[39] III CZP 32/03, OSNC 2004/4, poz. 51.

pojazdu, ustalone według cen występujących na lokalnym rynku". Sentencja tego orzeczenia jest co najmniej niejednoznaczna, ale jej właściwy sens wynika z uzasadnienia, w którym wyjaśniono, że ubezpieczyciel powinien pokryć koszty naprawy stosowane przez wybrany przez poszkodowanego warsztat, także wtedy, gdy są one wyższe od kosztów przeciętnych. W uzasadnieniu znalazły się m.in. następujące stwierdzenia: „[k]osztami «ekonomicznie uzasadnionymi» są koszty ustalone według cen, którymi posługuje się wybrany przez poszkodowanego warsztat naprawczy dokonujący naprawy samochodu. Nie ma przy tym znaczenia fakt, że ceny te odbiegają (są wyższe) od cen przeciętnych dla określonej kategorii usług naprawczych na rynku. Jeżeli nie kwestionuje się uprawnienia do wyboru przez poszkodowanego warsztatu samochodowego mającego dokonać naprawy, miarodajne w tym zakresie powinny być ceny stosowane właśnie przez ten warsztat naprawczy. Przyjęcie cen przeciętnych dla określenia wysokości przysługującego poszkodowanemu odszkodowania, niezależnie od samej metody ich wyliczania, która może być zróżnicowana, nie kompensowałoby poniesionej przez poszkodowanego szkody, gdyby ceny przyjęte w warsztacie naprawczym były wyższe od przeciętnych. [...] [O]kreślanie kosztów naprawy samochodu wyłącznie przy uwzględnianiu ceny przeciętnej prowadzić mogłoby do relatywizacji w zakresie ustalenia wysokości odszkodowania należnego poszkodowanym posiadaczom pojazdów mechanicznych, gdyż różne mogą być metody obliczania cen przeciętnych w odniesieniu do poszczególnych usług naprawczych oferowanych na rynku. Otwarta pozostałaby także kwestia terytorialnego aspektu obliczania takich cen. Gdyby zastosować w tym zakresie regułę średnich cen obowiązujących na rynku krajowym, to przy zróżnicowaniach cen w poszczególnych regionach Polski, np. w związku ze wzmożonym popytem na określone usługi naprawcze w niektórych rejonach i aglomeracjach kraju, doszłoby do wypłaty poszkodowanym odszkodowań ubezpieczeniowych ewidentnie zaniżonych w stosunku do kosztów poniesionych w związku z naprawą uszkodzonego pojazdu". Jak się wydaje, z cytowanej uchwały można wyciągnąć wniosek, że nie jest dopuszczalne żądanie zwrotu pełnej kwoty zapłaconej za usługę wyłącznie wówczas, jeżeli została ona wyceniona powyżej wszystkich (także tych najwyższych) stawek oferowanych na lokalnym rynku, a w szczególności, jeżeli stawka uzgodniona z warsztatem wynikałaby wyłącznie z faktu, iż za usługę ma zapłacić ostatecznie ubezpieczyciel.

Znaczenie przywołanego orzeczenia nie ogranicza się wyłącznie do kosztów robocizny. Zdaniem Sądu: „[...] problem sformułowany w tym zagadnieniu ma na pewno znaczenie szersze i mógłby dotyczyć nie tylko kwestii samej pracochłonności określonych prac naprawczych (czasu trwania niezbędnych robót), ale także części zamiennych zastępujących części uszkodzone lub nieprzydatne oraz materiałów zużywanych w toku prac naprawczych. Jedność procesu naprawczego uzasadniała rozstrzygnięcie przedstawionego zagadnienia prawnego także w odniesieniu do wskazanych, dwóch pozostałych pozycji składających się na naprawę uszkodzonego samochodu".

Uchwała Sądu Najwyższego z 13.06.2003 r. stanowi kontynuację sposobu rozumowania prezentowanego już wcześniej w odnoszącym się do ubezpieczenia autocasco wyroku z 25.04.2002 r.[40], w którym SN uznał, że: „[j]eżeli z treści umo-

[40] I CKN 1466/99, OSNC 2003/5, poz. 64.

wy ubezpieczenia autocasco nie wynika nic innego, ubezpieczający, który nabywa autoryzowane części samochodowe potrzebne do naprawy uszkodzonego w wypadku pojazdu, nie ma obowiązku poszukiwania firmy sprzedającej je najtaniej. Możliwe jest przypisanie mu naruszenia wymagania z art. 354 § 2 k.c. współpracy z dłużnikiem tylko w razie wykazania, że świadomie lub przez niedbalstwo kupił części droższe". Ten ostatni zarzut, zdaniem Sądu, mógłby zostać przypisany poszkodowanemu np., gdyby znając miejsce sprzedaży pełnowartościowych części po cenach niższych, kupował je tam, gdzie sprzedawano je drożej. Inne wymogi należy przy tym stawiać osobie obeznanej z rynkiem części zamiennych, a inne komuś, kto nie ma z rynkiem tym do czynienia. Jak wyżej wspomniano[41], w ubezpieczeniu autocasco, do którego bezpośrednio odnosi się wyrok z 25.04.2002 r., kwestia ta ma obecnie w praktyce marginalne znaczenie, gdyż w treści umowy możliwe jest określenie cen, według których obliczane będzie odszkodowanie, i z możliwości tej ubezpieczyciele z reguły korzystają.

Ostateczne rozstrzygnięcia sądu w analizowanych sprawach w odniesieniu do kwestii poziomu stosowanych cen za naprawę wydają się zgodne z przytoczonym powyżej orzecznictwem SN. W szczególności sądy uznawały, że stosowane ceny „mieściły się w przedziale minimum-maximum analizy o zakładach o profilu usług blacharsko-lakierniczych w danym okresie na rynku lokalnym"[42] czy też „mieściły się w stawkach stosowanych na rynku lokalnym"[43]. Brak było orzeczeń, w których sądy uznawały, że właściwe było stosowanie cen średnich lub przeciętnych, co stałoby w sprzeczności z cytowanymi orzeczeniami.

5.5. Wiek części zamiennych

Podobnie jak w odniesieniu do kwestii poziomu badanych cen, również w około połowie badanych spraw z analizowanej kategorii spór między stronami budził wiek części zamiennych stosowanych do naprawy pojazdu przez poszkodowanego.

Kwestia, czy w razie wymiany części na nową w samochodzie używanym, przy wypłacie odszkodowania należy uwzględniać ewentualne zwiększenie wartości pojazdu, jest obecna w praktyce od kilkudziesięciu lat. Orzecznictwo Sądu Najwyższego w tej mierze było jednak zawsze jednolite. W wyroku z 20.10.1972 r.[44] uznano, że: „[w] wypadku uszkodzenia rzeczy w stopniu umożliwiającym przywrócenie jej do stanu poprzedniego osoba odpowiedzialna za szkodę obowiązana jest zwrócić poszkodowanemu wszelkie celowe, ekonomicznie uzasadnione wydatki, poniesione w celu przywrócenia stanu poprzedniego rzeczy uszkodzonej, do których to wydatków należy zaliczyć także koszt nowych części i innych materiałów, jeżeli ich użycie było niezbędne do naprawienia uszkodzonej rzeczy". Odmienny pogląd w ocenie SN prowadziłby do niemożliwego do zaakceptowania wniosku, że w sytuacji, gdy uszkodzona została rzecz używana, ciężar przywrócenia stanu poprzedniego spoczywa częściowo na poszkodowanym.

[41] Zob. pkt 1 tej części opracowania.
[42] Wyrok Sądu Rejonowego w Kartuzach w sprawie o sygn. akt I C 330/14.
[43] Wyrok Sądu Rejonowego w Częstochowie w sprawie o sygn. akt I C 1667/14.
[44] II CR 425/72, OSNC 1973/6, poz. 111.

Podobne stanowisko Sąd Najwyższy zajął w wyroku z 5.11.1980 r.[45] Zgodnie z tym orzeczeniem, jeżeli do przywrócenia używalności pojazdu konieczne jest użycie nowych części, to poniesione na nie wydatki wchodzą w skład kosztów naprawienia szkody przez przywrócenie rzeczy do stanu poprzedniego. Zwiększenie wartości samochodu po naprawie mogłoby zostać uwzględnione jedynie wówczas, gdyby dokonano zarazem napraw takich uszkodzeń, które istniały przed wypadkiem albo ulepszeń w odniesieniu do stanu istniejącego przed wypadkiem. W uzasadnieniu Sąd podniósł, że: „[p]oszkodowany chcąc przywrócić stan poprzedni uszkodzonego w wypadku pojazdu nie ma możliwości zakupu starych części ani też nie ma możliwości żądania, aby stacja obsługi wykonująca naprawę w miejsce uszkodzonych w czasie wypadku części pojazdu wmontowała części już częściowo zużyte". Przyjęcie założenia, że w razie zamontowania nowych części ich koszt powinien częściowo ponieść poszkodowany, prowadziłoby nieuchronnie do konkluzji, że w takim przypadku ciężar naprawienia szkody przez przywrócenie stanu poprzedniego rozkłada się między poszkodowanego a sprawcę szkody. Do takiego obciążenia poszkodowanego skutkami zawinionego działania sprawcy lub innej osoby odpowiedzialnej za szkodę nie ma zaś uzasadnionych podstaw.

W wyroku z 20.02.1981 r.[46] Sąd Najwyższy przyjął natomiast, że: „[j]eżeli poszkodowany wybrał przywrócenie stanu poprzedniego przez naprawę uszkodzonego pojazdu, świadczenia zakładu ubezpieczeń (...) obejmują pełny koszt naprawy uszkodzeń spowodowanych wypadkiem, pomniejszony o kwotę odpowiadającą wzrostowi wartości pojazdu w następstwie naprawy w stosunku do jego wartości w dniu wypadku, jeżeli taki wzrost nastąpił". Orzeczenie to zostało zaaprobowane w późniejszym wyroku z 13.12.1988 r.[47]

Pomimo stosunkowo jednolitego stanowiska zajmowanego przez SN, w praktyce obrotu ubezpieczyciele często nie stosowali się do wynikających stąd wniosków. Stało się to przyczyną wydania przez Sąd Najwyższy uchwały (7) z 12.04.2012 r.[48], w której ponownie podkreślono aktualność dotychczasowej linii orzeczniczej. Zgodnie z tezą tego orzeczenia: „[z]akład ubezpieczeń zobowiązany jest na żądanie poszkodowanego do wypłaty, w ramach odpowiedzialności z tytułu ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadacza pojazdu mechanicznego, odszkodowania obejmującego celowe i ekonomicznie uzasadnione koszty nowych części i materiałów służących do naprawy uszkodzonego pojazdu. Jeżeli ubezpieczyciel wykaże, że prowadzi to do wzrostu wartości pojazdu, odszkodowanie może ulec obniżeniu o kwotę odpowiadającą temu wzrostowi". W uzasadnieniu SN trafnie uznał, że naprawienie szkody w postaci przywrócenia stanu poprzedniego odnosi się do pojazdu jako całości. Powinien być on sprawny technicznie i zapewnić poszkodowanemu identyczny komfort jazdy, jak przed zdarzeniem. Zdaniem Sądu nie byłby trafny argument, zgodnie z którym poszkodowany zyskuje wraz z montażem w jego pojeździe nowej części, gdyż część ta po połączeniu jej z pojazdem nie może być traktowana jako samodzielny przedmiot obrotu. O tym, że zamontowanie części nowych w miejsce starych prowadzi do wzbogacenia poszkodowanego można mówić tylko wtedy, gdyby spowodowało

[45] III CRN 223/80, OSNC 1981/10, poz. 186.
[46] I CR 17/81, OSNC 1981/10, poz. 199.
[47] I CR 280/88, LEX nr 78219.
[48] III CZP 80/11, OSNC 2012/10, poz. 112.

to wzrost wartości pojazdu jako całości. W większości przypadków brak jest podstaw, aby poszkodowany ponosił dodatkową stratę w postaci różnicy pomiędzy wartością części zamiennych, jaką miały one przed wypadkiem, a wartością części nowych, których zamontowanie w naprawionym pojeździe było celowe. Odrębne ustalenie wartości nowych części nie byłoby celowe również z tego powodu, że w przypadku połączenia jej z używanym pojazdem istnieje znaczne prawdopodobieństwo skrócenia zakładanego okresu eksploatacji części w porównaniu do sytuacji, gdyby została ona zamontowana w samochodzie nowym. Zdaniem SN przyjęcie odmiennej interpretacji mogłoby skłaniać poszkodowanego do poszukiwania części uzyskanych z tzw. odzysku, to zaś prowadziłoby do zmniejszenie bezpieczeństwa przy korzystaniu z pojazdu. Sąd nie wykluczył jednocześnie, że w szczególnych sytuacjach zamontowanie nowych części spowoduje jednak wzrost wartości pojazdu jako całości. W takich wypadkach odszkodowanie może zostać obniżone, jednak ciężar dowodu w tym zakresie powinien obciążać ubezpieczyciela, gdyż sytuacje te należą do wyjątków, a z reguły wymiana części starych na nowe nie prowadzi do wzrostu wartości samochodu.

Pomimo jednoznacznego stanowiska Sądu Najwyższego ubezpieczyciele w praktyce nadal stosują różnego rodzaju potrącenia w odniesieniu do wartości części zamiennych w przypadku dokonywania ich wymiany w samochodach używanych. Stosunkowo rzadko powołują się jednak w takich sytuacjach wprost na wiek pojazdu, gdyż prowadziłoby to do jawnej sprzeczności z przywołanym powyżej orzecznictwem. Znacznie częściej w zarzutach pozwanych pojawiają się określenia, które nieco trudniej skojarzyć z problemem zastosowania nowych części do naprawy używanego pojazdu, jak np. „amortyzacja" lub „urealnienie" wartości części bez wyjaśnienia, czym jest ono spowodowane.

Powodowie w badanych sprawach (ograniczonych do tych, w których zasady naprawienia szkody były określone przepisami prawa), w 18 przypadkach domagali się zwrotu wartości części fabrycznie nowych, a w jednym przypadku wartości części używanych. Rozstrzygając sprawę sąd w 8 przypadkach uznał za zasadne stosowanie nowych części do naprawy używanego samochodu bez żadnych potrąceń z tego tytułu. Nie zapadło żadne orzeczenie, w którym pomniejszono odszkodowanie o stopień zużycia wymienianych części lub też o zwiększenie wartości pojazdu w związku z zastosowaniem nowych części. W pozostałych sprawach nie zapadło rozstrzygnięcie merytoryczne lub też zapadło rozstrzygnięcie takiej treści, które nie zmuszało do ustosunkowania się do wymienionego problemu. W jednej ze spraw sąd przyjął wyraźnie, że gdyby pozwany wykazał, że zastosowanie nowych części spowodowało wzrost wartości pojazdu, to odszkodowanie uległoby zmniejszeniu, jednak dowód taki nie został skutecznie przeprowadzony[49]. W innej sprawie jako podstawę wyliczenia odszkodowania przyjęto wartość części używanych, jednakże nastąpiło to zgodnie z żądaniem powoda i rzeczywistym kosztem naprawy[50].

5.6. Rodzaj części zamiennych

Istotne wątpliwości w praktyce wywołuje również kwestia rodzaju części użytych do naprawy, a w szczególności tego, czy podstawą ustalenia wysokości

[49] Wyrok Sądu Rejonowego w Słupsku, sygn. akt I C 2761/13.
[50] Wyrok Sądu Rejonowego w Kartuzach, sygn. akt I C 580/14.

odszkodowania za szkodę w pojeździe powinny być wyłącznie ceny części oryginalnych pochodzących bezpośrednio od producenta pojazdu czy też dopuszczalne jest stosowanie także cen części alternatywnych. Problem ten wystąpił w około połowie ze spraw badanej kategorii.

W praktyce w różny sposób dzieli się rodzaje części zamiennych. Stosunkowo rozpowszechniony[51] jest podział na:

1) oryginalne części zamienne dostarczone w opakowaniu producenta samochodu lub też opatrzone jego znakiem towarowym (części oznaczone symbolem „O");
2) oryginalne części zamienne z sieci dystrybucji producenta części (części oznaczone symbolem „Q") – są to części identyczne z częściami „O", z reguły wyprodukowane przez tego samego producenta części, tyle że brak na nich znaku towarowego producenta pojazdu;
3) części zamienne o porównywalnej jakości, które posiadają certyfikat jakości od niezależnej jednostki badawczej (części oznaczone symbolami „PC" lub „PT");
4) części zamienne o porównywalnej jakości, którym dystrybutor nadał dodatkowo status „polecana" (części oznaczone symbolem „PJ");
5) części zamienne o porównywalnej jakości, które nie podlegały badaniom niezależnym od producenta części i którym dystrybutor nie nadał statusu „polecanych" (części oznaczone symbolem „P");
6) „inne" części zamienne, których producent nie określa nawet jako „części porównywalnej jakości" (części oznaczone symbolami „ZJ" lub „Z").

Z punktu widzenia sporów sądowych przedstawiony powyżej podział może być uznany za zbyt złożony, a znaczenie ma wyłącznie wyróżnienie części oznaczonych powyżej jako „O", części „Q" oraz części pozostałych określanych mianem „zamienników".

Kwestia rodzaju części, których wartość powinna stanowić podstawę kalkulacji wysokości odszkodowania, była przedmiotem zagadnienia prawnego, z jakim Rzecznik Ubezpieczonych zwrócił się do Sądu Najwyższego. Postanowieniem składu 7 sędziów z 20.06.2012 r.[52] odmówiono jednak podjęcia uchwały. Sąd uznał, że istniejące w orzecznictwie sądów powszechnych rozbieżności zostały już rozstrzygnięte w omówionej powyżej uchwale z 12.04.2012 r.[53], odnoszącej się do kwestii zastąpienia części starej częścią nową. Przyjęto przy tym, że przedstawione przez Rzecznika Ubezpieczonych zagadnienie nie dotyczy wykładni prawa, lecz jego zastosowania. Odnosząc się, mimo tych zastrzeżeń proceduralnych do *meritum* zagadnienia, Sąd uznał, że: „[u]normowania rozporządzenia Komisji Europejskiej nr 451/2010 z dnia 27 maja 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej[54] do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych w sektorze pojazdów silnikowych (Dz.Urz. L 129/52 z dnia 28 maja 2010 r.) oraz rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 8

[51] Zob. https://www.element.com.pl/czesci_zamienne,m4.html (dostęp: 16.09.2018 r.).
[52] III CZP 85/11, OSNC 2013/3, poz. 37.
[53] III CZP 80/11, OSNC 2012/10, poz. 112.
[54] Dz.Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 47 – dalej TFUE.

października 2010 r. w sprawie wyłączeń określonych porozumień wertykalnych w sektorze pojazdów samochodowych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz.U. Nr 198, poz. 1315) dotyczą jedynie wymienionych w nich porozumień i nie ograniczają praw poszkodowanego do żądania ustalenia odszkodowania z uwzględnieniem cen części oryginalnych". Zdaniem Sądu: „oryginalność części wykorzystywanych do naprawy pojazdu stanowi istotny czynnik decydujący o tym, czy naprawa jest wystarczająca do przywrócenia jego do stanu poprzedniego. Jest oczywiste, że ich dobór może prowadzić do pogorszenia położenia poszkodowanego. Pogorszenie takie miałoby miejsce zarówno wtedy, gdyby użyta część była pod istotnymi względami częścią gorszą od tej, która uległa uszkodzeniu, jak i wtedy, gdyby równowartość «restytucyjna» części zastępczej była niepewna. Nie oznacza to jednak, że w razie uszkodzenia części pochodzącej bezpośrednio od producenta pojazdu, do naprawy albo obliczania kosztów naprawy mogą być wykorzystane tylko ceny takich «części oryginalnych bezpośrednio pochodzących od producenta pojazdu». W ten sam sposób należy co do zasady ocenić wykorzystanie przy ustalaniu odszkodowania także innych części nowych, które są tej samej jakości co części pochodzące bezpośrednio od producenta pojazdu, oznaczone jego znakiem towarowym albo logo rozprowadzone w opakowaniach w ten sposób oznaczonych i dystrybuowane w ramach jego sieci dystrybucji. Takimi częściami są występujące w obrocie części wyprodukowane przez tego samego producenta, który dostarcza producentowi pojazdu do montażu pojazdów lub części zamienne. Są to części produkowane zgodnie ze specyfikacjami i standardami produkcyjnymi, ustalonymi przez producenta pojazdu, a więc części dokładnie tej samej jakości co części pochodzące bezpośrednio od producenta pojazdu, a różniące się tylko oznakowaniem. Z tego względu ich użycie należy co do zasady uznać za równoważne użyciu części oryginalnych. Do wykazania przez ubezpieczyciela, że podstawą kalkulacji odszkodowania były ceny takich właśnie części wystarczające byłoby wskazanie, iż części pochodzą od producenta części dostarczającego te części producentowi pojazdu, i że producent tych części zaświadczył, iż zostały wyprodukowane zgodnie ze specyfikacjami i standardami produkcyjnymi ustalonymi przez producenta pojazdów. Oczywiście, okoliczności te powinny być uprzednio przez ubezpieczyciela ustalone".

Powyższe stanowisko oznacza, że Sąd Najwyższy dopuścił – co do zasady – stosowanie części oznaczonych symbolem „Q" w przedstawionym powyżej rozumieniu. Jednocześnie jednak istnieją wyjątkowe sytuacje, w których dopuszczenie części „Q" nie będzie możliwe. W uzasadnieniu wskazanego orzeczenia przyjęto bowiem, że: „[…] reguła dotycząca zasadności wykorzystania przy ustalaniu wysokości odszkodowania cen części równoważnych oryginalnym nie jest miarodajna w każdym przypadku. W niektórych przypadkach istotną cechą decydującą o zupełności restytucji jest – obok jakości części – samo pochodzenie części od producenta pojazdu, a więc w praktyce opatrzenie go znakiem towarowym lub logo producenta pojazdu. Odnosi się to w szczególności do wspomnianych pojazdów będących jeszcze na gwarancji producenta, który wymaga od autoryzowanych warsztatów, by w ramach napraw gwarancyjnych korzystały wyłącznie z części zamiennych dostarczanych przez producenta pojazdów na potrzeby tych napraw. Także szczególny interes poszkodowanego może uzasadniać dokonanie naprawy z wykorzystaniem części

oryginalnych, pochodzących bezpośrednio od producenta pojazdu. Przykładowo, gdy pojazd był dotychczas serwisowany i naprawiany wyłącznie przy użyciu części oryginalnych, tzn. pochodzących bezpośrednio od producenta pojazdu, a kontynuacja takiej «historii» pojazdu może wpłynąć na jego wartość handlową, lub też gdy poszkodowany potwierdzi swój uzasadniony interes w dokonaniu naprawy z wykorzystaniem części oryginalnych przez to, że jej faktycznie dokona"[55].

W badanych sprawach (ograniczonych do tych, w których zasady naprawienia szkody były określone przepisami prawa), powodowie w 15 przypadkach domagali się zwrotu wartości oryginalnych części z logo producenta pojazdu (części „O"), a w jednym przypadku wartości zamienników. Również w jednym przypadku powód zażądał zwrotu zarówno części oryginalnych, jak i uzgodnionych z ubezpieczycielem zamienników. Nie wystąpił przypadek, w którym powód dochodziłby zwrotu części oznaczonych symbolem „Q" według przedstawionej powyżej klasyfikacji, co może być spowodowane tym, że nie wszystkie części występują w tej wersji, a także faktem, iż przedstawiona powyżej klasyfikacja nie jest jeszcze powszechnie znana. Rozstrzygając sprawę, sąd w 9 przypadkach uznał za zasadny zwrot wartości oryginalnych części z logo producenta pojazdu. Nie zapadło żadne orzeczenie, w którym sąd uznałby za właściwe stosowanie zamienników. W pozostałych sprawach nie wydano rozstrzygnięcia merytorycznego lub też zapadło orzeczenie takiej treści, która nie zmuszała do ustosunkowania się do wymienionego problemu.

6. Odszkodowanie oszacowane „metodą kosztorysową"

6.1. Podstawy prawne stosowania metody kosztorysowej

Tak zwana „metoda kosztorysowa" naprawienia szkody polega na żądaniu od zobowiązanego świadczenia obliczonego jak hipotetyczne koszty naprawy rzeczy (przywrócenia stanu poprzedniego), jeszcze zanim naprawa taka nastąpi. Praktyka taka od kilkudziesięciu lat jest powszechnie aprobowana w orzecznictwie Sądu Najwyższego[56] i na ogół nie kwestionuje się jej również w literaturze[57]. Przyjęte zostało także, że alternatywą dla tej metody określenia wysokości świadczenia odszkodowawczego pozostaje żądanie odszkodowania pieniężnego wyliczonego jako szkoda całkowita w podanym powyżej[58] rozumieniu, a więc zgodnie z tradycyjną

[55] Szerzej co do zagadnień związanych z oryginalnymi i alternatywnymi częściami zamiennymi zob. P. Wawszczak, *Części zamienne – nowe, ale jakie? – wnioski i uwagi z lektury wystąpienia Rzecznika Ubezpieczonych z dnia 8 listopada 2011 r. i postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 20 czerwca 2012 r.*, „Rozprawy Ubezpieczeniowe" 2013/1, s. 167 i n.

[56] Zob. wyroki SN: z 1.09.1970 r., II CR 371/70, OSNC 1971/5, poz. 93; z 20.02.1981 r., I CR 17/81, OSNC 1981/10, poz. 199; z 27.06.1988 r., I CR 151/88, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego" 1989/10–12, s. 310 i n., LEX nr 8894; z 11.06.2001 r., V CKN 266/00, „Orzecznictwo Sadów Polskich" 2001/3, poz. 40; uchwała SN z 15.11.2001 r., III CZP 68/01, OSNC 2002/6, poz. 74; wyroki SN: z 16.01.2002 r., IV CKN 636/00, LEX nr 78370; z 29.01.2002 r., V CKN 682/00, LEX nr 54343; z 20.02.2002 r., V CKN 903/00, OSNC 2003/1, poz. 15; z 20.02.2002 r., V CKN 908/00, LEX nr 54365; z 16.05.2002 r., V CKN 1273/00, LEX nr 55515; z 11.06.2003 r., V CKN 308/01, LEX nr 157324; uchwała SN z 13.06.2003 r., III CZP 32/03, OSNC 2004/4, poz. 51; wyrok SN z 7.08.2003 r., IV CKN 387/01, LEX nr 141410; postanowienie składu 7 sędziów SN z 12.01.2006 r., III CZP 76/05, LEX nr 175463; uchwała składu 7 sędziów SN z 17.05.2007 r., III CZP 150/06, OSNC 2007/10, poz. 144.

[57] Zob. np. G. Bieniek, *Odpowiedzialność cywilna za wypadki drogowe*, Warszawa 2006, s. 144–145; A. Raczyński, *Sytuacja*..., s. 186.

[58] Zob. pkt 4 niniejszej części opracowania.

metodą dyferencyjną. Zgodnie z jednolitym poglądem orzecznictwa poszkodowany może żądać od ubezpieczyciela odszkodowania wyznaczonego wyłącznie w ten drugi sposób, jeżeli przywrócenie stanu poprzedniego nie jest możliwe albo gdyby pociągało za sobą dla zobowiązanego nadmierne trudności lub koszty, czyli z uwzględnieniem kryteriów przewidzianych w art. 363 § 1 zd. 2 k.c.[59]

Stanowisko co do możliwości żądania zapłaty kosztów hipotetycznej, niedokonanej jeszcze naprawy było przyjmowane zazwyczaj jako oczywiste, bez teoretycznego uzasadnienia. Bardziej pogłębione rozważania na ten temat należą do wyjątków[60]. Roszczenie poszkodowanego o zapłatę odszkodowania w wysokości kosztów naprawy rzeczy można próbować uznać za rodzaj restytucji naturalnej[61]. Za takim ujęciem przemawiają pewne argumenty. Jak wyżej wskazano[62], rzeczywiste przywrócenie stanu poprzedniego nie jest przecież możliwe w żadnym wypadku. Skoro zaś przywrócenie stanu poprzedniego należy rozumieć jedynie jako stworzenie sytuacji faktycznej, która z gospodarczego punktu widzenia byłaby najbardziej zbliżona do stanu istniejącego w razie braku zdarzenia szkodzącego, daje to możliwość stosunkowo elastycznego określania, co należy rozumieć przez „stan poprzedni" i w jaki sposób powinno nastąpić jego przywrócenie[63]. Do przywrócenia stanu poprzedniego może wobec tego prowadzić wiele środków[64], a więc również zapłata kwoty pieniężnej umożliwiającej sfinansowanie naprawy rzeczy.

Na rzecz uznania naprawienia szkody metodą kosztorysową za postać restytucji naturalnej przemawiać mają też argumenty wynikające z wykładni prawnoporównawczej. Roszczenie o zapłatę kosztów niedokonanego jeszcze przywrócenia stanu poprzedniego jest w prawie niemieckim (które – notabene – wyraźnie je przewiduje) uważane za postać przywrócenia stanu poprzedniego. W związku z tym również w naszym porządku prawnym nie należy utożsamiać restytucji wyłącznie z restytucją w naturze, gdyż nie odpowiada to aktualnym potrzebom społeczno-gospodarczym[65].

Jak się jednak wydaje, takie rozszerzenie znaczenia pojęcia przywrócenia stanu poprzedniego byłoby nadmierne[66]. Przeciwko tej możliwości przemawia pieniężny charakter świadczenia określonego według metody kosztorysowej. Zgodnie z art. 363 § 1 zd. 1 k.c. odszkodowanie pieniężne oraz restytucja naturalna zostały zaś ujęte alternatywnie[67].

Z tym ostatnim argumentem można byłoby polemizować, gdyż znane są przypadki restytucji naturalnej, które mają charakter świadczenia pieniężnego, jak np. w przypadku zwrotu zagarniętej gotówki. Ostatecznie przekonuje jednak argument, że przywrócenie stanu poprzedniego w tym samym stosunku

[59] Wyroki SN: z 1.09.1970 r., II CR 371/70, OSNC 1971/5, poz. 93; z 20.02.2002 r., V CKN 903/00, OSNC 2003/1, poz. 15; z 11.06.2003 r., V CKN 308/01, LEX nr 157324.
[60] Zob. jednak B. Janiszewska, *Nadmierne koszty restytucji a odpowiedzialność ubezpieczyciela za tzw. szkody komunikacyjne*, „Studia Iuridica" 2007, t. 47, s. 43 i n.
[61] Tak: M. Balas-Noszczyk, K. Malinowska, *W sprawie*..., s. 23. Podobnie można rozumieć stanowisko A. Szpunara, *Ustalenie odszkodowania z tytułu obowiązkowego ubezpieczenia komunikacyjnego*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego" 1993/1, s. 41, który stwierdza: „Granice między restytucją naturalną a pieniężną są płynne. Zapłata odpowiedniej sumy pieniężnej przez ubezpieczyciela oznacza w istocie restytucję naturalną".
[62] Zob. pkt 2 tej części opracowania.
[63] Zob. poglądy cytowane przez B. Janiszewską, *Nadmierne*..., s. 54–55.
[64] B. Janiszewska, *Nadmierne*..., s. 55.
[65] M. Piwowar, *O sposobach*..., s. 89–92.
[66] Tak ostatecznie B. Janiszewska, *Nadmierne*..., s. 62.
[67] M. Kaliński, *Szkoda*..., s. 506–507.

odszkodowawczym nie może mieć dwóch różnych postaci. W razie powstania szkody polegającej na zniszczeniu lub uszkodzeniu rzeczy, nie ulega przecież wątpliwości, że, co do zasady, od osoby odpowiedzialnej (choć nie od ubezpieczyciela w zakresie odpowiedzialności cywilnej) poszkodowany może żądać przywrócenia stanu poprzedniego w jego tradycyjnej formie, np. przez naprawę uszkodzonej rzeczy lub jej wymianę na inną rzecz zamienną tego samego rodzaju. Trudno byłoby przyjąć, że poszkodowanemu przysługuje nie tylko prawo wyboru między restytucją naturalną a rekompensatą pieniężną, lecz także możliwość wyboru między różnymi formami restytucji naturalnej. Oznacza to, że żądania zapłaty kosztów hipotetycznej naprawy rzeczy nie sposób uznać za formę przywrócenia stanu poprzedniego.

Alternatywnie w stosunku do analizowanego powyżej stanowiska można starać się argumentować, że analizowane żądanie jest postacią roszczenia o zapłatę odpowiedniej sumy pieniężnej w rozumieniu art. 363 § 1 zd. 1 k.c.[68] Niedookreślony zwrot „odpowiednia suma" zezwala przecież sądowi rozstrzygającemu spór na znaczną elastyczność co do jej określenia. Można byłoby więc założyć, że nie jest on związany stosowaniem metody dyferencyjnej, która stanowi przecież wytwór doktryny i nie wynika wprost z przepisów[69].

Przyjęcie powyższej argumentacji prowadziłoby jednak do niepożądanej niepewności w odniesieniu do sposobu określenia wysokości odszkodowania pieniężnego, gdyż w rezultacie stosowanie metody dyferencyjnej mogłoby być kwestionowane też w innych przypadkach. Ostatecznie wiązałoby się to z niebezpieczeństwem, że sądy na podstawie formułowanych *ad casu* kryteriów będą rozstrzygać, jaką sumę pieniężną uznają za odpowiednią w celu naprawienia szkody. Należy również zwrócić uwagę, że uznanie sumy odpowiadającej hipotetycznym kosztom restytucji za odpowiednią sumę pieniężną w rozumieniu art. 363 § 1 zd. 1 k.c. nie sprawiłoby chyba, iż odpowiednią przestaje być suma wyznaczona zgodnie z tradycyjną metodą różnicy. Oznaczałoby to, że kilka różnych kwot pieniężnych, które mogą zostać zapłacone tytułem odszkodowania, może zostać uznane za odpowiednie[70]. W związku z tym pojawia się pytanie, jakie kryterium powinno decydować, której z tych kwot może żądać poszkodowany. Jak wyżej wskazano, przy rozstrzyganiu tej kwestii orzecznictwo odwołuje się do kryteriów wskazanych w art. 363 § 1 zd. 2 k.c. Z formalnego punktu widzenia brak jednak podstaw do odwołania się do tego przepisu, gdyż ogranicza on roszczenie o dokonanie restytucji naturalnej, a nie roszczenie o spełnienie świadczenia odszkodowawczego w pieniądzu. W literaturze słusznie zauważono, że w razie żądania odszkodowania pieniężnego art. 363 § 1 k.c. nie przewiduje możliwości podnoszenia zarzutu, iż koszty restytucji są nadmierne. Jest to możliwe wyłącznie, gdy poszkodowany zażąda przywrócenia stanu poprzedniego. Powołanie się na nadmierność kosztów mogłoby w takim wypadku co najwyżej odgrywać jedynie pośrednią rolę jako argument, że żądana kwota nie jest odpowiednia[71]. Prowadziłoby to do wniosku, że w niektórych sytuacjach poszkodowany może żądać odszkodowania pieniężnego w wysokości obliczonej zasadniczo na podstawie hipotetycznych kosztów restytucji, ale dodatkowo jeszcze

[68] Tego wariantu broni B. Janiszewska, *Nadmierne*..., s. 62–63.
[69] Podobnie B. Janiszewska, *Nadmierne*..., s. 57–58.
[70] Podobnie M. Kaliński, *Szkoda*..., s. 507.
[71] Zauważa to B. Janiszewska, *Nadmierne*..., s. 59.

jakoś zmniejszonego, aby tylko spełnić kryterium „odpowiedniości". Taka konkluzja w praktyce mogłaby doprowadzić do daleko idącej niepewności prawa.

Powyższe rozważania prowadzą ostatecznie do wniosku, że odszkodowania pieniężnego obliczonego metodą kosztorysową nie sposób uznać ani za postać restytucji naturalnej, ani za odpowiednią sumę pieniężną w rozumieniu art. 363 § 1 zd. 1 k.c. Wniosek taki zgodny jest z konsekwentnie bronionym w literaturze poglądem, zgodnie z którym poszkodowany, dopóki sam nie poniesie kosztów restytucji, nie może żądać zapłaty odpowiadającej im sumy, a ugruntowane od dziesięcioleci orzecznictwo i praktyka w odniesieniu do stosowania metody kosztorysowej są w istocie błędne[72]. Na rzecz tego stanowiska przemawia silnie argument, zgodnie z którym prawo polskie przewiduje tylko dwa wzajemnie wyłączające się sposoby naprawienia szkody w postaci restytucji naturalnej i zapłaty odpowiedniej sumy pieniężnej, tj. sumy wyznaczonej zgodnie z metodą różnicy[73]. Do konstruowania innego sposobu naprawienia szkody brak jest podstaw. W przeciwieństwie do tego z mocy wyraźnego przepisu (obecnie § 249 ust. 2 zdanie pierwsze niemieckiego Kodeksu cywilnego – *Bürgerliches Gesetzbuch*, dalej BGB[74]) podstawa taka natomiast istnieje w prawie niemieckim, co w sytuacji braku podobnej regulacji w naszym systemie prawnym dowodzić ma odmienności rozwiązania przyjętego przez ustawodawcę[75]. Szkoda w postaci kosztów naprawy rzeczy, gdy naprawa taka nie została jeszcze dokonana, jest w istocie szkodą przyszłą i niepewną, zwłaszcza że poszkodowany może wykorzystać otrzymaną sumę w dowolny sposób. Mogłoby to prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia poszkodowanego, jeżeli zaniecha on dokonania naprawy[76].

Podkreśla się wreszcie, że nawet jeżeli poszkodowany ostatecznie naprawi rzecz, to rzadko zdarza się, aby rzeczywiste koszty naprawy odpowiadały ich dokonanemu wcześniej oszacowaniu. Wobec tego, takie określenie wysokości odszkodowania w większości przypadków będzie prowadzić albo do bezpodstawnego wzbogacenia się poszkodowanego, albo też do przeciwnego skutku, gdy z otrzymanej kwoty nie będzie on w stanie pokryć faktycznych kosztów naprawy[77].

Zaakceptowanie zaprezentowanego stanowiska wydaje się jednak trudne z dwóch powodów. Po pierwsze, z pragmatycznego punktu widzenia całkowite odrzucenie dominującej praktyki prowadziłoby do sytuacji, w której jakiekolwiek dalsze wnioski musiałyby być zupełnie od niej oderwane i mogłyby mieć wartość wyłącznie teoretyczną z niewielką nadzieją na zmianę istniejącego stanu rzeczy.

---

[72] Tak: M. Kaliński, *Szkoda*..., s. 506 i n.; M. Kaliński, *Glosa do uchwały składu 7 sędziów SN z dnia 17 maja 2007 r., III CZP 150/06*, „Prawo Asekuracyjne" 2008/2, s. 97 i n.; M. Kaliński, *O wadliwej obiektywizacji szkody*, „Studia Iuridica" 2007, t. 47, s. 108–111; M. Kaliński, *Glosa do wyroku SN z dnia 12 stycznia 2006 r., II CK 327/05*, „Prawo Asekuracyjne" 2009/1, s. 67 i n.; J. Żak, W. Szczypiński, *VAT przy wypłacie odszkodowania metodą kosztorysową*, „Prawo Asekuracyjne" 2007/3, s. 60–62.

[73] M. Kaliński, *Glosa do uchwały składu 7 sędziów SN z dnia 17 maja 2007 r.* …, s. 98–99; M. Kaliński, *O wadliwej*…, s. 109.

[74] „*Ist wegen Verletzung einer Person oder wegen Beschädigung einer Sache Schadensersatz zu leisten, so kann der Gläubiger statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen*".

[75] M. Kaliński, *Szkoda*..., s. 498–499; M. Kaliński, *Glosa do uchwały składu 7 sędziów SN z dnia 17 maja 2007 r.* …, s. 100; M. Kaliński, *Glosa do wyroku SN z dnia 12 stycznia 2006 r.* …, s. 69–70; M. Kaliński, *O wadliwej*…, s. 110.

[76] M. Kaliński, *Szkoda*..., s. 498; M. Kaliński, *Glosa do uchwały składu 7 sędziów SN z dnia 17 maja 2007 r.* …, s. 101; M. Kaliński, *O wadliwej*…, s. 110.

[77] J. Żak, W. Szczypiński, *VAT*..., s. 60–61.

Należy też wziąć pod uwagę, że utrzymywanie się określonej praktyki przez kilkadziesiąt lat musi oznaczać, że zaspokaja ona jakieś realnie istniejące potrzeby gospodarcze i społeczne. Po drugie zaś, wniosek o niemożliwości korzystania z metody kosztorysowej budzi wątpliwości z celowościowego punktu widzenia, zwłaszcza w stosunkach z ubezpieczycielem (te zaś, jak wyżej wskazano, zdecydowanie dominują w badanych sprawach). Jego przyjęcie oznaczałoby, że poszkodowany może dochodzić od ubezpieczonego sprawcy naprawienia szkody w którykolwiek z dwóch sposobów przewidzianych w art. 363 § 1 k.c., podczas gdy w stosunku do ubezpieczyciela uprawnienia poszkodowanego ograniczają się tylko do możliwości żądania zapłaty sumy pieniężnej określonej zgodnie z metodą różnicy. Godziłoby to zarówno w interesy poszkodowanego[78], jak i samego ubezpieczonego, gdyż poszkodowany, pozbawiony możliwości żądania zapłaty kosztów hipotetycznej restytucji od ubezpieczyciela, byłby bardziej skłonny do żądania przywrócenia stanu poprzedniego wprost od ubezpieczonego, nie zadowalając się zapłatą sumy pieniężnej wyliczonej zgodnie z metodą dyferencyjną.

W obowiązującym ustawodawstwie można ostatecznie znaleźć uzasadnienie dla stosowania „metody kosztorysowej", choć będzie ono możliwe do zastosowania wyłącznie w stosunkach, w których za szkodę odpowiada ubezpieczyciel OC sprawcy. Wyniki przeprowadzonego badania prowadzą jednak do wniosku, że jest to zdecydowana większość wszystkich spraw, w związku z czym nie należy umniejszać znaczenia takiego rozwiązania. Jak wyżej wskazano[79], wniosek co do tego, że naprawienie szkody przez ubezpieczyciela może nastąpić wyłącznie w pieniądzu, wynika z art. 822 § 1 k.c., w którym jest mowa o „zapłaceniu" odszkodowania. Przepis ten stanowi regulację szczególną w stosunku do art. 363 § 1 k.c., który przewiduje nie tylko pieniężną formę odszkodowania. Nie należy jednak uznawać na tej podstawie, że regulacja szczególna po prostu eliminuje jedno z roszczeń przysługujących poszkodowanemu, ograniczając jego prawa do żądania zapłaty sumy pieniężnej określonej zgodnie z metodą różnicy. Bardziej właściwe wydaje się przyjęcie, że art. 822 § 1 k.c. modyfikuje normę wynikającą z art. 363 § 1 k.c. jedynie w ten sposób, iż wynikające z tego ostatniego przepisu roszczenie o przywrócenie stanu poprzedniego *in natura*, w stosunkach ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej przekształca się w roszczenie o zapłatę kosztów takiej restytucji. Jak się wydaje, wniosek taki zaakceptował Sąd Najwyższy w uchwale 7 sędziów z 17.11.2011 r.[80], gdzie w odniesieniu do analizowanego problemu w uzasadnieniu znalazło się następujące stwierdzenie: „Można zatem przyjąć, że poszkodowanemu przysługuje roszczenie o przywrócenie stanu poprzedniego także wobec ubezpieczyciela, ale ze względu na charakter świadczenia ubezpieczeniowego roszczenie to przybiera postać żądania «restytucji pieniężnej» umożliwiającej definitywne przywrócenie stanu poprzedniego. Sprzyja to ochronie poszkodowanego, która jest ideą przewodnią ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej". Podobnie SN przyjął również w uzasadnieniu uchwały z 22.11.2013 r.[81], gdzie stwierdził, że: „[…] naprawienie szkody przez ubezpieczyciela polega na zapłaceniu kwoty pieniężnej koniecznej do przywrócenia pojazdu do stanu poprzedniego.

[78] Zauważa to B. Janiszewska, *Nadmierne*..., s. 59–60.
[79] Zob. pkt 2 tej części opracowania.
[80] III CZP 5/11, OSNC 2012/3, poz. 28.
[81] III CZP 76/13, OSNC 2014/9, poz. 85.

W takim przypadku poszkodowanemu przysługuje roszczenie o przywrócenie stanu poprzedniego także wobec ubezpieczyciela, ale ze względu na charakter świadczenia ubezpieczeniowego przybiera ono postać żądania «restytucji pieniężnej» umożliwiającej przywrócenie stanu poprzedniego […]".

Z powyższego wynika, że możliwość żądania naprawienia szkody metodą kosztorysową nie przysługuje poszkodowanemu w ogólnym prawie odszkodowawczym, ale jest szczególną instytucją mającą zastosowanie w stosunkach ubezpieczeniowych, której podstawę prawną stanowi modyfikacja normy wynikającej z art. 363 § 1 przez art. 822 § 1 k.c.

Przeprowadzone badania nie pozwalają na wyciągnięcie wniosku, czy praktyka sądów powszechnych jest zgodna z przyjętymi powyżej założeniami. Weryfikacja tej kwestii byłaby możliwa, gdyby ustalić, czy rozpowszechnione jest stosowanie metody kosztorysowej naprawienia szkody także w innych stosunkach odszkodowawczych niż te z udziałem ubezpieczyciela OC. Jak wynika z przedstawionych powyżej wyników badań[82], wśród analizowanych spraw znalazło się jedynie 8 takich, w których pozwanym był podmiot bezpośrednio odpowiadający za wyrządzoną szkodę. Wśród tych 8 spraw, odszkodowania z tytułu naprawienia szkody w pojeździe wyliczonego metodą kosztorysową żądano w 5 przypadkach, jednakże w 3 z nich chodziło o roszczenie regresowe ubezpieczyciela, który sam wcześniej wypłacił odszkodowanie wyliczone metodą kosztorysową. W pozostałych dwóch postępowaniach sądy uznały za zasadne zastosowanie metody kosztorysowej w stosunku do osoby odpowiedzialnej za szkodę niebędącej ubezpieczycielem, z tym że jedna z nich[83] zakończyła się wydaniem nakazu zapłaty w postępowaniu upominawczym, a w drugiej[84] spór między stronami koncentrował się wokół innych kwestii niż metoda wyliczenia odszkodowania.

6.2. Podstawowe dane odnoszące się do poszczególnych spraw

Jak wynika z przeprowadzonego badania, metoda kosztorysowa jest najbardziej rozpowszechnionym sposobem wyliczania wysokości odszkodowania za szkodę w pojeździe, gdyż zastosowano ją aż w 131 spośród badanych spraw.

Spośród nich powództwo zostało uwzględnione w całości w 56, a w części – w 48 sprawach, w tym w jednej, w której wysokość roszczenia wyliczono ostatecznie inaczej niż na podstawie metody kosztorysowej. Roszczenie oddalono w całości w 11 przypadkach, z tym że w 6 z nich przyczyną oddalenia nie były kwestie związane z wyliczeniem szkody. Bez rozstrzygnięcia merytorycznego zakończyło się 13 spraw. Jeżeli odnieść te dane wyłącznie do spraw, w których roszczenie było oparte na ogólnych zasadach odpowiedzialności (123 sprawy), to powództwo uwzględniono w całości w 53, a w części – w 47 sprawach, w tym w jednej, w której wysokość roszczenia wyliczono ostatecznie inaczej niż na podstawie metody kosztorysowej. Bez rozstrzygnięcia merytorycznego zakończyło się 13 spraw, a w 7 oddalono powództwo w całości.

[82] Zob. pkt 2.2 w części II.
[83] Postępowanie toczące się przed Sądem Rejonowym Poznań-Stare Miasto w Poznaniu, sygn. akt XII Nc 698/18/6/a.
[84] Postępowanie toczące się przed Sądem Rejonowym w Bełchatowie, sygn. akt I C 83/14.

W 106 z analizowanych spraw zaangażowani byli biegli. Przedmiot ich opinii stanowiły kwestie decydujące o przypisaniu sprawcy odpowiedzialności za wypadek, jak również o związku konkretnych uszkodzeń z wypadkiem. Najczęstszym przedmiotem opinii wydawanej przez biegłego pozostawała jednak wysokość uzasadnionych kosztów naprawy.

6.3. Wyłączenia stosowania metody kosztorysowej

Jak wyżej wskazano, w orzecznictwie i praktyce przyjmuje się powszechnie, że do odszkodowania wyliczonego metodą kosztorysową należy stosować wszystkie zasady wynikające z art. 363 § 1 k.c. Oznacza to, że odszkodowania pieniężnego w wysokości kosztów hipotetycznej restytucji poszkodowany nie może żądać, gdyby przywrócenie stanu poprzedniego było niemożliwe albo gdyby pociągało za sobą nadmierne trudności lub koszty. W warunkach gospodarki rynkowej w odniesieniu do powtarzalnych dóbr, którymi są pojazdy, te dwie ostatnie przesłanki nie mają odrębnego charakteru. Nadmierne trudności wiązane są zazwyczaj z utrudnionym dostępem do niektórych dóbr lub usług, a w analizowanej sytuacji oznaczają jedynie konieczność poniesienia większych kosztów. Jeżeli przesłanka nadmiernych trudności miałaby zaś kiedykolwiek występować samodzielnie, to może ona mieć zastosowanie jedynie do dokonania restytucji naturalnej w ścisłym tego słowa znaczeniu, a nie do zapłaty odszkodowania wyliczonego metodą kosztorysową, która to zapłata z natury rzeczy nie może się wiązać z nadmiernymi trudnościami[85].

Z kryterium w postaci nadmiernych kosztów restytucji w praktyce wiąże się znaczna liczba sporów, jednak jak wyżej wspomniano[86] w orzecznictwie właściwie jednolicie przyjmuje się, że nie jest nadmierny koszt naprawy uszkodzonego w wypadku komunikacyjnym pojazdu nieprzewyższający jego wartości sprzed wypadku. Kryterium to powszechnie stosowały również sądy w sprawach będących przedmiotem przeprowadzonego badania, w których żądano odszkodowania wyliczonego metodą kosztorysową, a roszczenie odszkodowawcze było oparte na zasadach określonych przepisami prawa. Jedynie w jednej ze spraw[87] sąd wskazał, że nadmierny nie jest koszt naprawy nieprzewyższający „znacząco" wartości pojazdu przed wypadkiem.

Paradoksalnie więcej kontrowersji przy stosowaniu kryteriów z art. 363 § 1 zd. 2 k.c. może budzić przypadek niemożliwości restytucji naturalnej. Wątpliwości nie występują, jeżeli niemożliwość przywrócenia stanu poprzedniego miała charakter pierwotny – występowała już w chwili zajścia zdarzenia powodującego szkodę. Skoro nigdy nie było możliwe przywrócenie stanu poprzedniego, nie jest także możliwe oszacowanie hipotetycznych kosztów takiego przywrócenia i tym samym ograniczenie zobowiązania ubezpieczyciela wyłącznie do świadczenia oznaczonego zgodnie z metodą różnicy nie powinno budzić wątpliwości. Kontrowersje mogą jednak występować w sytuacjach, gdy bezpośrednio po wyrządzeniu szkody przywrócenie stanu poprzedniego było możliwe, natomiast stało się ono niemożliwe

[85] Zob. szerzej M. Krajewski, *Ubezpieczenie*..., s. 300–301.
[86] Zob. pkt 4 niniejszej części opracowania.
[87] Wyrok Sądu Rejonowego w Kartuzach, sygn. akt I C 87/14.

wskutek późniejszych zdarzeń. Z taką sytuacją w praktyce mamy do czynienia przede wszystkim w trzech przypadkach:

a) gdy poszkodowany zbył pojazd w stanie uszkodzonym,
b) gdy poszkodowany samodzielnie naprawił już pojazd,
c) gdy wierzytelność odszkodowawcza dochodzona jest przez cesjonariusza, który nie nabył jednocześnie uszkodzonego pojazdu.

W wymienionych przypadkach można wyobrazić sobie oszacowanie wysokości odszkodowania metodą kosztorysową przy uwzględnieniu stanu, gdy naprawa była jeszcze możliwa, a następnie żądanie jego wypłaty pomimo następczej niemożliwości przywrócenia stanu poprzedniego.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego wydaje się dominować pogląd, że żądanie zapłaty odszkodowania wyliczonego metodą kosztorysową jest możliwe, choćby wykluczone było dokonanie naprawy. W uzasadnieniu wyroku z 27.06.1988 r.[88] stwierdzono co następuje: „[...] roszczenie o świadczenia należne od PZU w ramach ustawowego ubezpieczenia komunikacyjnego odpowiedzialności cywilnej (OC) z tytułu kosztów przywrócenia uszkodzonego pojazdu do stanu pierwotnego jest wymagalne niezależnie od tego, czy naprawa została już dokonana. [...] Naprawa pojazdu przed uzyskaniem świadczeń PZU i jej faktyczny zakres nie ma zasadniczego wpływu na powyższy sposób ustalenia ich wysokości". Stanowisko zajęte przez Sąd w tym orzeczeniu nie jest jednak całkowicie jasne. W dalszej części uzasadnienia odczytać można pogląd, zgodnie z którym poszkodowany może żądać odszkodowania wyliczonego metodą kosztorysową, jeżeli „wykona naprawę w niepełnym zakresie lub używając niższej jakości części lub materiałów niż technicznie przewidziane w rzeczywistości" i w rezultacie „nie przywróci w pełni stanu sprzed wypadku". Wówczas jego szkoda nie zostanie w pełni naprawiona. Zdaniem Sądu: „[w] takim wypadku różnica między ceną kosztorysową a faktycznie poniesioną ceną remontu niepełnego przypaść powinna poszkodowanemu jako należność odszkodowawcza".

W wyroku z 16.05.2002 r.[89] Sąd Najwyższy przyjął z kolei, że poszkodowany może żądać zapłaty odszkodowania oszacowanego metodą kosztorysową pomimo to, że faktycznie sprzedał już pojazd w stanie uszkodzonym, w związku z czym jasne jest, że naprawy nie dokona. Zdaniem SN: „[...] obecnie samochód jest przedmiotem powszechnego użytku, niezbędnym na co dzień, a zatem jeśli powód czekając na wypłatę odszkodowania podjął decyzję o sprzedaży samochodu uszkodzonego, to nie można samym tym faktem uzasadniać wniosku, że nie może on domagać się odszkodowania w postaci kosztów naprawy samochodu, skoro jej nie dokonał. Jak to wyżej wskazano, rzeczywista naprawa nie stanowi warunku dla dochodzenia odszkodowania z tytułu uszkodzonego samochodu, obliczonego na podstawie ustalonych kosztów naprawy. Zastosowanie takiego miernika dla ustalenia wysokości odszkodowania wymaga przede wszystkim jego kompensacyjna funkcja".

Odmienny od powyższego wniosek wydaje się wynikać z wyroku Sądu Najwyższego z 12.01.2006 r.[90] Zgodnie z tym orzeczeniem: „[j]eżeli odszkodowanie jest

[88] I CR 151/88, LEX nr 8894.
[89] V CKN 1273/00, LEX nr 55515.
[90] II CK 327/05, LEX nr 164791.

przyznawane w sytuacji, gdy nie jest wyjaśnione, w jaki sposób nastąpi usunięcie skutków zdarzenia, które szkodę wywołało, to zakład ubezpieczeń nie ma podstaw, aby wartość koniecznych robót liczyć bez podatku VAT. W sytuacji jednak, gdy nie ulega wątpliwości, że ubezpieczony wykonał określone roboty sam, a więc nie ma podstaw, aby do wartości tych robót doliczać podatek VAT, to przyznanie odszkodowania w wysokości obejmującej ten podatek, naruszałoby przepis art. 805 § 2 pkt 1 k.c. i prowadziło do bezpodstawnego wzbogacenia ubezpieczonego". W stanie faktycznym, w którym wydane zostało to orzeczenie chodziło o ubezpieczenie mienia, a nie odpowiedzialności cywilnej i rozumowanie Sądu odnosiło się nie do możliwości stosowania metody kosztorysowej w ogólności, ale jedynie kwestii doliczenia podatku VAT. Jak się jednak wydaje, nie zmienia to zasadniczo znaczenia orzeczenia i oceny sposobu rozumowania sądu, gdyż ujmowanie podatku VAT, jako elementu szkody, wydaje się naturalną konsekwencją zastosowania metody kosztorysowej[91]. Zakwestionowanie możliwości doliczenia podatku VAT do odszkodowania po dokonaniu samodzielnego przywrócenia stanu poprzedniego może być rozumiane jako zakwestionowanie stosowania metody kosztorysowej w sytuacji, gdy stan poprzedni jest już przywrócony samodzielnie przez poszkodowanego.

Zasadne wydaje się stanowisko wyłączające możliwość korzystania z metody kosztorysowej, gdy naprawa pojazdu nie jest już możliwa. Z wypłatą odszkodowania wyliczonego zgodnie z zasadami metody kosztorysowej zawsze wiąże się ryzyko wzbogacenia (rzadziej pokrzywdzenia) poszkodowanego, gdyż nie musi on przeznaczyć otrzymanych środków na dokonanie naprawy rzeczy. Takie ryzyko można jednak zaakceptować, gdyż większe znaczenie powinien mieć przedstawiony powyżej argument, zgodnie z którym uprawnienia poszkodowanego w stosunku do ubezpieczyciela nie powinny być znacząco węższe niż w stosunku do ubezpieczonego bezpośrednio odpowiadającego za szkodę. Jeżeli z jakiegokolwiek powodu przywrócenie stanu poprzedniego nie jest już możliwe, to sytuacja jest jednak odmienna. Poszkodowany nie może wówczas domagać się przywrócenia stanu poprzedniego od ubezpieczonego sprawcy szkody, a roszczenie odszkodowawcze w stosunku do niego powinno się ograniczać do odszkodowania pieniężnego obliczonego zgodnie z metodą różnicy. Brak jest w związku z tym podstaw, aby wobec ubezpieczyciela poszkodowanemu nadal przysługiwało roszczenie o zapłatę odszkodowania stanowiącego postać „restytucji pieniężnej" w podanym powyżej rozumieniu. Jasne pozostaje wówczas, że odszkodowanie oszacowane według metody kosztorysowej nie zostanie przeznaczone na pokrycie kosztów restytucji naturalnej, a jego wypłata doprowadzi do niesłusznego wzbogacenia poszkodowanego, jeżeli (co w praktyce jest regułą) przekroczy wysokość odszkodowania wyznaczonego według metody różnicy. Rzeczywiście poniesiona szkoda jest zresztą wówczas łatwa do oszacowania. Jeżeli poszkodowany sprzedał pojazd w stanie uszkodzonym, to będzie ona równa różnicy między ceną uzyskaną ze sprzedaży a ceną jaką mógłby uzyskać, gdyby sprzedawał pojazd w stanie nieuszkodzonym. Jeżeli poszkodowany naprawił pojazd (przez co należy rozumieć naprawę zupełną, w pełni przywracającą właściwości pojazdu sprzed wypadku), to wiadomo jakie poniósł koszty z tego tytułu i nie ma powodów, aby przyznawać mu odszkodowanie w innej (zazwyczaj wyższej) wysokości.

[91] Zob. pkt 6.4 poniżej.

Bardziej skomplikowany jest przypadek przeniesienia wierzytelności odszkodowawczej na podmiot trzeci. Nie rozwijając tego zagadnienia, zasadne wydaje się wówczas przyjęcie, że wierzytelność odszkodowawcza w postaci kosztów niedokonanej naprawy może zostać zbyta tylko wraz z uszkodzonym pojazdem, w innym zaś przypadku należy przyjąć niemożliwość jej scedowania, ze względu na właściwość zobowiązania (art. 509 § 1 k.c.). Nie ma oczywiście przeszkód, aby bez pojazdu zbyć wierzytelność odszkodowawczą wyliczoną tradycyjną metodą różnicy.

Analiza badanych spraw prowadzi do wniosku, że sądy wychodziły zazwyczaj z założeń odmiennych niż zaprezentowane powyżej, przyjmując, że niemożliwość naprawy pojazdu nie wyklucza stosowania metody kosztorysowej. Spośród 123 spraw, w których żądanie naprawienia szkody tą metodą oparte było na powszechnie obowiązujących przepisach prawa, aż w 59 przypadkach, na podstawie akt, nie udało się w ogóle ustalić, czy naprawa pojazdu była jeszcze możliwa. Świadczy to najprawdopodobniej o tym, że zarówno strony, jak i sąd uznawały tę okoliczność za nieistotną. Naprawa pojazdu była możliwa w chwili wniesienia powództwa jedynie w stosunku do 16 pojazdów, przy czym w 10 przypadkach chodziło o naprawę usuwającą wszystkie uszkodzenia pochodzące z wypadku, a w 6 przypadkach pojazd został już częściowo naprawiony, ale wymagał jeszcze dalszych napraw. W 19 przypadkach domagano się zapłaty kosztów hipotetycznej naprawy pojazdu, który został już faktycznie naprawiony, w 9 przypadkach pojazd został zbyty na rzecz osoby trzeciej w stanie uszkodzonym, w 14 przypadkach wierzytelność odszkodowawczą przeniesiono na rzecz podmiotu niedysponującego pojazdem, a w 6 sprawach wystąpiły inne przyczyny, z powodu których pojazd nie mógł być naprawiony, co najczęściej oznacza kombinację przyczyn wskazanych powyżej.

Spośród spraw, w których naprawa nie była już możliwa w chwili wniesienia powództwa (łącznie 48), tylko w 17 przypadkach zastosowanie metody kosztorysowej budziło spór między stronami lub wątpliwości sądu. Spośród wszystkich 48 przypadków ostatecznie powództwo zostało uwzględnione w całości w 20, a w części – w 23 sprawach. W jednej sprawie powództwo oddalono ze względu na niewykazanie podstaw odpowiedzialności, jedna sprawa zakończyła się bez rozstrzygnięcia merytorycznego, w kolejnej sąd wyliczył należność na innej podstawie niż metoda kosztorysowa[92], a jedynie w 2 sprawach powództwo zostało oddalone, przy czym tylko w jednej z nich z argumentacją, zgodnie z którą stosowanie metody kosztorysowej jest niedopuszczalne, jeżeli pojazd zbyto w stanie uszkodzonym[93]. Sporadycznie zdarzały się sprawy[94], w których pośrednio z akt postępowań wynikało

[92] W sprawie o sygn. I C 596/14 Sąd Rejonowy w Bytomiu – zgodnie z opinią biegłego – oparł się na hipotetycznych kosztach naprawy, która została faktycznie dokonana – wyliczył hipotetyczne koszty tego, co zostało, a nie tego co powinno zostać zrobione.

[93] Tak trafnie Sąd Rejonowy dla Warszawy-Mokotowa w Warszawie w sprawie o sygn. II C 3039/14. W drugiej ze spraw, w których oddalono powództwo, Sąd Rejonowy w Żaganiu (sygn. akt I C 332/14) uznał, że koszty naprawy przekraczały wartość pojazdu.

[94] W prowadzonym przez Sąd Rejonowy w Grodzisku Wielkopolskim postępowaniu o sygn. akt I C 739/14 zarówno pozwany, jak i (najprawdopodobniej) sąd stali na stanowisku, że gdyby naprawa została dokonana, żądanie odszkodowania wyliczonego metodą kosztorysową nie byłoby już możliwe. W rzeczywistości powód jednak nie dokonał naprawy. W prowadzonym przez Sąd Rejonowy w Świebodzinie postępowaniu (sygn. akt I C 204/14) sąd dopuścił stosowanie metody kosztorysowej, mimo że pojazd nie mógł zostać naprawiony wobec jego zbycia. Kwestia ta najprawdopodobniej została zauważona przez pełnomocnika powoda, który, przesłuchując swojego mocodawcę, zadawał pytania w taki sposób, aby uzyskać odpowiedź, że żądana kwota mieści się także w szkodzie wyliczonej jako różnica między ceną uzyskaną ze sprzedaży a wartością pojazdu bez uszkodzeń.

prezentowane tu stanowisko, zgodnie z którym niemożliwość naprawy pojazdu wyklucza stosowanie metody kosztorysowej.

Za charakterystyczny dla rozważanego zagadnienia można uznać przebieg postępowania toczącego się w pierwszej instancji przed Sądem Rejonowym w Świebodzinie[95]. Sąd przyjął tu, że ponieważ pojazd został zbyty w stanie uszkodzonym, to szkodą jest nie koszt przywrócenia go do stanu sprzed kolizji, lecz różnica między rynkową wartością pojazdu powoda w stanie nieuszkodzonym, jaką miałby on w dniu zbycia przez powoda, a ceną, którą powód otrzymał od nabywcy za samochód w stanie uszkodzonym. Sąd uznał przy tym, że reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika powód nie przeprowadził dowodów na okoliczność wysokości tej różnicy, mimo stanowiska pozwanego akcentującego jej znaczenie dla sprawy. Sąd drugiej instancji[96] uwzględnił apelację powoda, uznając, że fakt zbycia samochodu po kolizji bez jego wcześniejszej naprawy nie może skutkować pozbawieniem poszkodowanego prawa do części odszkodowania. Powód, zdaniem sądu okręgowego, nie miał obowiązku naprawiania uszkodzeń pojazdu po kolizji, która to szkoda była następstwem zawinionego działania osoby posiadającej ubezpieczenie OC u pozwanego. Nie było żadnych przeszkód, aby uszkodzony pojazd po jego oględzinach zbyć. Nie jest też istotna cena, za którą uszkodzony samochód został zbyty, gdyż jest to kwestia umowy stron tej transakcji. Prawem powoda było natomiast domagać się zapłacenia przez ubezpieczyciela takiej kwoty, która pokryłaby koszt naprawy uszkodzeń, gdyby do takiej naprawy doszło. Co charakterystyczne jednak, sąd okręgowy nie był w tej sprawie w pełni konsekwentny, gdyż zasądził koszt naprawy w kwocie netto, uzasadniając to tym, że: „powód nie naprawiał pojazdu, a tym samym nie zapłacił związanego z naprawą podatku VAT, a w konsekwencji całkowita wartość szkody wyniosła koszty naprawy netto".

6.4. Podatek VAT jako element szkody

Kwestia uwzględnienia podatku VAT przy naprawieniu szkody metodą kosztorysową nie powinna – co do zasady – budzić wątpliwości, gdyż podatek ten jest elementem ceny, którą powinien zapłacić poszkodowany, gdy zleci dokonanie naprawy pojazdu. Zagadnienie to wymaga jednak odrębnego omówienia ze względu na niekiedy odmienne podejście orzecznictwa[97] do podatku VAT niż do innych elementów ceny, a także szczególną regulację w prawie niemieckim, gdzie w Kodeksie cywilnym wyraźnie przewidziano, że podatek od wartości dodanej może być elementem odszkodowania pieniężnego determinowanego wysokością kosztów przywrócenia stanu poprzedniego jedynie wówczas, gdy został faktycznie zapłacony (§ 249 BGB[98]).

Podatku VAT przy naprawieniu szkody metodą kosztorysową dotyczyła uchwała Sądu Najwyższego z 15.11.2001 r.[99], w której przyjęto, że: „[o]dszkodowanie

[95] Sygn. akt I C 241/12.
[96] Sąd Okręgowy w Zielonej Górze, sygn. akt VI Ca 545/15.
[97] Zob. powyżej.
[98] „*Ist wegen Verletzung einer Person oder wegen Beschädigung einer Sache Schadensersatz zu leisten, so kann der Gläubiger statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen. Bei der Beschädigung einer Sache schließt der nach Satz 1 erforderliche Geldbetrag die Umsatzsteuer nur mit ein, wenn und soweit sie tatsächlich angefallen ist*".
[99] III CZP 68/01, OSNC 2002/6, poz. 74.

za szkodę poniesioną w wyniku uszkodzenia pojazdu mechanicznego, należącego do poszkodowanego niebędącego podatnikiem podatku VAT, ustalone według cen części zamiennych i usług koniecznych do wykonania naprawy pojazdu, obejmuje mieszczący się w tych cenach podatek VAT". Teza ta znalazła potwierdzenie w wyroku SN z 20.02.2002 r.[100], w którym wyraźnie stwierdzono, że bez znaczenia pozostaje, czy naprawa została już wykonana i podatek VAT faktycznie zapłacony przez poszkodowanego, gdyż „[…] obowiązek naprawienia szkody przez wypłatę odpowiedniej sumy pieniężnej powstaje z chwilą wyrządzenia szkody i nie jest uzależniony od tego, czy poszkodowany dokonał naprawy rzeczy i czy w ogóle zamierza ją naprawić". Zbliżone stanowisko zajął SN w wyroku z 7.08.2003 r.[101]

Wobec następujących po wydaniu wspomnianych orzeczeń zmian legislacyjnych, aktualność dotychczasowej linii orzecznictwa musiał potwierdzić Sąd Najwyższy w uchwale (7) z 17.05.2007 r.[102], zgodnie z której tezą „[o]dszkodowanie przysługujące na podstawie umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadacza pojazdu mechanicznego za szkodę powstałą w związku z ruchem tego pojazdu, ustalone według cen części zamiennych i usług, obejmuje kwotę podatku od towarów i usług (VAT) w zakresie, w jakim poszkodowany nie może obniżyć podatku od niego należnego o kwotę podatku naliczonego".

Spośród badanych spraw aż w 115 przypadkach w ramach żądania zwrotu kosztów naprawy zażądano także podatku VAT. Odnotowano jedynie 8 przypadków, w których nie zgłoszono takiego żądania, przy czym w trzech z nich powodowi przysługiwało prawo odliczenia podatku naliczonego. Tak mały udział spraw, w których poszkodowany mógł odliczyć podatek, był zapewne spowodowany tym, że badano wyłącznie postępowania toczące się w wydziałach cywilnych, a nie gospodarczych. Kwestia podatku VAT nie budziła na ogół wątpliwości przy orzekaniu. W 2 sprawach sądy oddaliły powództwo w zakresie tego podatku ze względu na ustalenie, że powodowi przysługuje prawo jego odliczenia[103]. Charakterystyczne jest, że w dwóch sprawach, uznając, co do zasady, możliwość stosowania metody kosztorysowej, sąd oddalił jednak roszczenie w zakresie podatku VAT w sytuacjach, gdy pojazd został już naprawiony[104] lub też zbyty w stanie uszkodzonym[105].

6.5. Miejsce naprawy pojazdu – poziom cen

Powszechnie aprobowany wydaje się pogląd, że w wypadku żądania naprawienia szkody metodą kosztorysową należy stosować kryteria określania wysokości cen wskazane w omówionym powyżej[106] wyroku Sądu Najwyższego z 13.06.2003 r.[107], w którym przyjęto, iż chodzi o ceny występujące na lokalnym rynku, odrzucając jednocześnie założenie, że powinny być wzięte pod uwagę ceny przeciętne. Stanowisko

[100] V CKN 908/00, LEX nr 54365.
[101] IV CKN 387/01, LEX nr 141410.
[102] III CZP 150/06, OSNC 2007/10, poz. 144.
[103] Wyrok Sądu Rejonowego w Kielcach, sygn. akt. I C 970/14; wyrok Sądu Rejonowego w Bartoszycach, sygn. akt I C 788/13.
[104] Wyrok Sądu Rejonowego w Słupsku, sygn. akt IX C 534/12.
[105] Przywoływany powyżej wyrok Sądu Okręgowego w Zielonej Górze, sygn. akt VI Ca 545/15.
[106] Zob. pkt 5.4 tej części opracowania.
[107] III CZP 32/03, OSNC 2004/4, poz. 51.

to budzi zastrzeżenia. Wspomniana uchwała została wydana w stanie faktycznym, w którym chodziło o rzeczywiście poniesione koszty naprawy. Jeżeli poszkodowany koszty takie poniósł, za usprawiedliwione można uznać żądanie ich zwrotu, nawet jeżeli byłyby równe najwyższym kosztom naprawy, jakie na lokalnym rynku występują. Sytuacja ta nie podlega jednak takiej samej ocenie, jeżeli koszty nie zostały faktycznie poniesione, a zwłaszcza wtedy, gdy wiadomo, że poniesione nie zostaną, bo naprawa nie może być już dokonana. Zastosowanie kryteriów z wymienionej uchwały musiałoby oznaczać, że poszkodowany może w każdym wypadku żądać zwrotu hipotetycznych kosztów naprawy wyliczonych według najwyższych stawek występujących na lokalnym rynku. Nie miałby on żadnego powodu, aby ograniczać się np. do stawek przeciętnych. Zgodnie z dominującą linią orzeczniczą[108] możliwość żądania kosztów naprawy według stawek najwyższych występowałaby także w sytuacji, w której poszkodowany rzeczywiście naprawił pojazd po stawkach niższych. Z aksjologicznego punktu widzenia zaakceptowanie takiej możliwości wydaje się trudne, gdyż oznaczałoby aprobatę dla sytuacji, w której poszkodowany jawnie wzbogaca się wskutek wyrządzenia mu szkody.

Poziom wynagrodzenia należnego za naprawę w przypadku stosowania metody kosztorysowej był sporny między stronami lub budził wątpliwości sądu w większości z badanych spraw. Problem ten wystąpił w 85 (ok. 65%) postępowaniach spośród wszystkich spraw, w których żądano naprawienia szkody metodą kosztorysową i w 79 (ok. 64%) postępowaniach, jeżeli uwzględnić wyłącznie sprawy, w których roszczenie opierało się na zasadach odpowiedzialności określonych w przepisach prawa. Niemal we wszystkich postępowaniach, w których problem ten wystąpił, przeprowadzono dowód z opinii biegłego.

W sprawach, w których roszczenie oparte było na zasadach odpowiedzialności odszkodowawczej określonych przepisami prawa, poszkodowany w 13 przypadkach żądał zwrotu kosztów naprawy w warsztacie posiadającym autoryzację, a w 44 przypadkach – w warsztatach nieautoryzowanych. Stosunkowo liczne były sprawy, w których na podstawie akt nie dało się ustalić rodzaju warsztatu, którego ceny stanowiły punkt odniesienia do ustalenia kosztorysu, jednak biorąc pod uwagę wysokość tych cen, wydaje się, że zdecydowaną przewagę miały wśród nich warsztaty nieposiadające autoryzacji producenta pojazdu.

Najbardziej interesujące wyniki przynosi analiza poziomu cen określanych przez sądy jako zasadne dla ustalenia kosztorysu, według którego dochodzone może być odszkodowanie. Pomimo formalnej akceptacji wniosków przyjmowanych we wspomnianym powyżej wyroku Sądu Najwyższego z 13.06.2003 r. i niejednokrotnego odwoływania się do zawartego w nim odniesienia do „cen istniejących na lokalnym rynku", w zdecydowanej większości przypadków sądy za właściwe uznawały ceny określane jako „średnie" lub „przeciętne", co pozostaje w oczywistej sprzeczności z uzasadnieniem wymienionego orzeczenia. Ze względu na zróżnicowanie sformułowań używanych w uzasadnieniach wyroków, nie sposób podać precyzyjnych danych statystycznych, ale ryzykując nieco posądzeniem o subiektywizm można stwierdzić, że dotyczyło to ok. 90% orzeczeń, w których sądy musiały podjąć decyzję w odniesieniu do poziomu cen. Prowadzi to do konkluzji, że postulaty

[108] Zob. pkt 6.3 tej części opracowania.

przedstawione na wstępie tego punktu opracowania są w rzeczywistości realizowane, pomimo formalnego przyjmowania założeń przeciwnych.

6.6. Wiek części zamiennych

W odniesieniu do kwestii wieku części zamiennych, których ceny mają stanowić podstawę wyliczenia odszkodowania metodą kosztorysową, aktualne pozostaje orzecznictwo SN przedstawione w części niniejszego opracowania poświęconej żądaniu zwrotu rzeczywiście poniesionych kosztów naprawy[109]. Odnosi się to przede wszystkim do uchwały SN (7) z 12.04.2012 r.[110] w której przyjęto, że poszkodowany może żądać odszkodowania wyliczonego na podstawie cen części nowych, a obniżenie odszkodowania z tego powodu jest możliwe jedynie, gdy ubezpieczyciel wykaże, iż zastosowanie nowych części prowadzi do wzrostu wartości pojazdu.

Z jednej strony, zastosowanie powyższych reguł – co do zasady – nie powinno być kwestionowane. Żądając naprawienia szkody metodą kosztorysową, poszkodowany powinien uzyskać środki pozwalające mu na dokonanie całkowitej naprawy pojazdu z zastosowaniem pełnowartościowych części zamiennych. Przemawia za tym nie tylko interes poszkodowanego, ale również interes publiczny, gdyż niepełna naprawa z wykorzystaniem używanych części, które często nie gwarantują bezpieczeństwa, może doprowadzić do sytuacji, gdy po drogach publicznych będę się poruszać pojazdy stwarzające zagrożenie. Z drugiej jednak strony – przyznanie odszkodowania w wysokości uwzględniającej wartość nowych części może budzić wątpliwości, zwłaszcza gdy naprawienie pojazdu w ogóle nie jest już możliwe[111]. Zaś nawet gdy naprawa może być dokonana, w praktyce trzeba brać pod uwagę, że w licznych przypadkach (a chyba nawet z reguły) otrzymane odszkodowanie nie zostanie przeznaczone ani na naprawę, ani na zakup nowych części.

Problem wieku części zamiennych i ewentualnych potrąceń z tego tytułu rodził spór między stronami lub wątpliwości sądu w większości (73) ze spraw należących do analizowanej kategorii, w których problem ten był rozstrzygany na podstawie powszechnie obowiązujących przepisów prawa[112], a kontrowersje takie nie wystąpiły jedynie w 37 postępowaniach. Zwraca uwagę, że udział postępowań, w których kwestia ta była sporna, jest wyższy niż w przypadku żądania zwrotu kosztów samodzielnie przeprowadzonej naprawy[113], co może być rezultatem kontrowersji, o jakich mowa powyżej. W prawie wszystkich przypadkach, gdy powstawały kontrowersje, konieczne było przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego.

Powodowie aż w 106 przypadkach zażądali odszkodowania wyliczonego według cen części fabrycznie nowych, a w 6 postępowaniach występując z żądaniem, sami obniżyli wartość części stanowiącej podstawę wyliczenia odszkodowania, określając to mianem „urealnienia" lub „amortyzacji". Ta ostatnia grupa spraw jest stosunkowo nieliczna, jednak zwraca uwagę, gdyż stanowisko zajęte w nich

[109] Zob. pkt 5.5 powyżej.
[110] Zob. przypis 53.
[111] Zgodnie z wnioskami wyciągniętymi powyżej, w takich sytuacjach dopuszczalność naprawienia szkody metodą kosztorysową budzi wątpliwości – co do zasady. Zob. pkt 6.3 tej części opracowania.
[112] Do tej kategorii spraw odnoszą się wszystkie dane podane poniżej.
[113] Zob. pkt 5.5 tej części opracowania.

przez poszkodowanych oznacza, że przyjęli oni punkt widzenia odpowiedzialnych za szkodę ubezpieczycieli, mimo że ten ostatni nie znajduje na ogół akceptacji w poglądach orzecznictwa.

Rozstrzygając sprawę, sąd w zdecydowanej większości, bo aż w 83 przypadkach, uznał za zasadne zastosowanie cen nowych części bez żadnych potrąceń z tego tytułu. W 2 przypadkach zastosowano potrącenie związane z wymianą części używanej na nową[114]. W jednej sprawie sąd pomniejszył wysokość odszkodowania, ustalając, że wartość pojazdu wzrosłaby wskutek zastosowania nowych części przy naprawie[115]. W 4 sprawach sąd w orzeczeniu przyjął wyraźnie, że gdyby pozwany wykazał, ie zastosowanie nowych części spowodowało wzrost wartości pojazdu, to odszkodowanie uległoby zmniejszeniu, jednak dowód taki nie został skutecznie przeprowadzony[116]. Sąd stosował również potrącenia wartości części związane z wiekiem pojazdów w przypadkach, w których było to zgodne z żądaniem powoda. W pozostałych postępowaniach nie zapadło rozstrzygnięcie merytoryczne lub też zapadło rozstrzygnięcie takiej treści, które nie zmuszało do ustosunkowania się do analizowanego problemu.

6.7. Rodzaj części zamiennych

Również w odniesieniu do rodzaju części zamiennych, których ceny mają stanowić podstawę wyliczenia odszkodowania metodą kosztorysową, aktualne są uwagi przedstawione w części niniejszego opracowania poświęconej żądaniu zwrotu rzeczywiście poniesionych kosztów naprawy[117]. Zgodnie z nimi należy uwzględniać ceny tzw. części „O" opatrzonych znakiem towarowym producenta pojazdu. Co do zasady, możliwe jest również branie pod uwagę cen tzw. części „Q" (tj. pochodzących od tego samego producenta części), z zastrzeżeniem, że mogą wystąpić wyjątkowe sytuacje, gdy stosowaniu części „Q" sprzeciwiać się będzie interes poszkodowanego.

Problem rodzaju części zamiennych rodził spór między stronami lub wątpliwości sądu nawet w większej liczbie spraw (89)[118], niż miało to miejsce w odniesieniu do wieku części zamiennych. Kontrowersje takie nie wystąpiły jedynie w 22 postępowaniach. Podobnie jak w przypadku omówionym w poprzedniej części opracowania (pkt 6.6), udział postępowań, w których kwestia ta była sporna w razie dochodzenia odszkodowania wyliczonego metodą kosztorysową jest wyższy, niż w przypadku żądania zwrotu kosztów samodzielnie przeprowadzonej naprawy[119]. W prawie

[114] W sprawie o sygn. akt I C 77/14 Sąd Rejonowy w Żaganiu zastosował potrącenie w wysokości 60% w odniesieniu do wahacza tylnego, który w ocenie sądu zużywa się w toku eksploatacji pojazdu. Uszkodzony pojazd cechował się stosunkowo znacznym przebiegiem (200 tys. km), przy czym w przypadku pozostałych części nie dokonano żadnych potrąceń. W sprawie o sygnaturze I C 3260/13 Sąd Rejonowy w Częstochowie oparł się na niezakwestionowanej opinii biegłego i zgodnie z nią obniżył wartość zderzaka z uwagi na jego wcześniejszą naprawę, a nie na wiek. Wartość innych części nie została obniżona.

[115] Wyrok Sądu Rejonowego w Żaganiu (I C 489/14). Wniosek o wzroście wartości pojazdu w razie naprawy wynikał z opinii biegłego, która najwyraźniej została zaaprobowana przez sąd, pomimo niesporządzenia uzasadnienia orzeczenia.

[116] Wyroki Sądów Rejonowych: w Bartoszycach, sygn. akt I C 788/13; w Częstochowie, sygn. akt XII C 3141/14; w Kartuzach, sygn. akt I C 87/14; w Kielcach, sygn. akt I C 708/14.

[117] Zob. pkt 5.6 niniejszej części opracowania.

[118] Wszystkie dane podane w tej części opracowania odnoszą się do spraw, w których wysokość odszkodowania była określana na podstawie powszechnie obowiązujących przepisów prawa.

[119] Zob. pkt 5.6 tej części opracowania.

wszystkich postępowaniach, w których powstawały kontrowersje, konieczne było przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego.

Powodowie w 86 przypadkach zażądali odszkodowania wyliczonego według cen oryginalnych części opatrzonych oznaczeniem producenta pojazdu (części „O"), w 2 przypadkach podstawą obliczenia wysokości roszczenia były części „Q", a w 11 – ceny części określonych jako oryginalne, bez bliższego wskazania, czy chodziło o części „O" czy części „Q". W jednym postępowaniu żądane odszkodowanie wyliczono częściowo na podstawie cen części „Q", a częściowo – cen części „O". Również w jednym postępowaniu odszkodowanie wyliczono według cen zamienników[120].

Rozstrzygając sprawę, sąd w 68 przypadkach uznał za zasadne zastosowanie cen oryginalnych części z oznaczeniem producenta pojazdu, a w 13 przypadkach części „Q". W jednej sprawie za podstawę wyliczenia szkody przyjęto zarówno ceny części „O", jak i części „Q". W 10 sprawach za podstawę kalkulacji przyjęto ceny części oryginalnych, bez sprecyzowania, czy chodzi o części „O" czy części „Q". Charakterystyczne jest, że aż w 3 postępowaniach za właściwe uznano wyliczenie odszkodowania na podstawie cen zamienników[121]. W pozostałych sprawach nie zapadło rozstrzygnięcie merytoryczne lub też zapadło rozstrzygnięcie takiej treści, które nie zmuszało do ustosunkowania się do analizowanego problemu.

7. Utrata wartości handlowej pojazdu

Stosunkowo dużo uwagi zarówno w orzecznictwie Sądu Najwyższego, jak i w literaturze poświęcono zagadnieniu, czy w razie uszkodzenia pojazdu odszkodowanie ma pokryć wyłącznie koszty naprawy czy też przy szacowaniu odszkodowania należy też uwzględnić fakt, że pojazd naprawiany ma zazwyczaj niższą wartość rynkową niż pojazd, który nigdy nie uległ wypadkowi. Historycznie najstarszy w odniesieniu do tej kwestii jest wyrok Sądu Najwyższego z 3.02.1971 r.[122], w którym przyjęto, że: „[j]eżeli w wyniku naprawy przywrócono uszkodzony samochód do stanu poprzedniego (art. 363 § 1 k.c.), właściciel samochodu nie może żądać zasądzenia ponadto sumy pieniężnej odpowiadającej obniżeniu «wartości handlowej» samochodu. O przywróceniu stanu poprzedniego można mówić jedynie wówczas, gdy stan samochodu po naprawie pod każdym istotnym względem (stan techniczny, zdolność użytkowa, części składowe, trwałość, wygląd estetyczny itp.) odpowiada stanowi tegoż samochodu sprzed wypadku". W wyroku z 7.11.1990 r.[123] SN uznał z kolei, że: „[n]aprawienie rzeczy uszkodzonej nie zawsze równa się

[120] W sprawie toczącej się przed Sądem Rejonowym w Bartoszycach (sygn. akt I C 668/14) odszkodowania dochodził ubezpieczyciel z tytułu tzw. regresu nietypowego. Kalkulacja szkody na podstawie cen zamienników była spowodowana tym, że według wartości takich części ubezpieczyciel faktycznie wypłacił odszkodowanie, którego zwrotu dochodził.

[121] W sprawie o sygn. akt XII C 3717/14 Sąd Rejonowy w Częstochowie uznał za zasadne uwzględnienie w kalkulacji szkody cen zamienników, a dopiero gdyby nie były one dostępne, cen części oryginalnych. W sprawie o sygn. akt I C 116/14 Sąd Rejonowy w Grodzisku Wielkopolskim ustalił, że pojazd był naprawiany już wcześniej i do jego naprawy użyto zamienników. W sprawie o sygn. akt IX C 534/12 rozstrzyganej przez Sąd Rejonowy w Słupsku znaczenie mogła mieć okoliczność, że pojazd został naprawiony metodą gospodarczą, choć żądane odszkodowanie skalkulowano metodą kosztorysową i zastosowanie takiej metody uznano za dopuszczalne w sprawie.

[122] III CRN 450/70, OSNCP 1971/11, poz. 205.

[123] I CR 637/90, „Orzecznictwo Sądów Polskich" 1991/7, poz. 190, LEX nr 5301.

wyrównaniu szkody w rozumieniu art. 363 § 1 k.c.". Obecne stanowisko SN w odniesieniu do tej kwestii najlepiej wyraża uchwała z 12.10.2001 r.[124], zgodnie z którą: „[o]dszkodowanie za uszkodzenie samochodu może obejmować oprócz kosztów jego naprawy także zapłatę sumy pieniężnej, odpowiadającej różnicy między wartością tego samochodu przed uszkodzeniem i po naprawie". W uzasadnieniu tego orzeczenia SN podkreślił jedynie historyczny walor wyroku z 3.02.1971 r., który „wydany został w odmiennych niż obecne warunkach gospodarki centralnie kierowanej i ułomnego, szczątkowego rynku". Rozstrzygając na rzecz dopuszczalności żądania zwrotu utraconej wartości handlowej pojazdu, Sąd posłużył się argumentem, zgodnie z którym w warunkach gospodarki rynkowej właściciel pojazdu ma pełne prawo do jego zbycia w każdej chwili, w związku z czym odszkodowanie może być określone według kwoty, którą mógłby uzyskać na rynku. Zdaniem Sądu: „[w] warunkach gospodarki rynkowej każda rzecz mająca wartość majątkową może być w każdym czasie przeznaczona na sprzedaż. Zbycie rzeczy jest takim samym uprawnieniem właściciela jak korzystanie z niej, wobec czego traci także znaczenie odróżnianie wartości użytkowej rzeczy od jej wartości handlowej. Miernikiem wartości majątkowej rzeczy jest pieniądz, a jej weryfikatorem rynek. Rzecz zawsze ma taką wartość majątkową, jaką może osiągnąć na rynku".

Stanowisko zajęte przez Sąd Najwyższy w uchwale z 12.10.2001 r. doczekało się aprobaty w glosie A. Szpunara[125] i wypowiedziach wielu innych przedstawicieli doktryny[126], choć zdarzały się także głosy krytyczne[127]. Pogląd SN wydaje się być akceptowany także w orzecznictwie sądów powszechnych[128]. Należy go uznać za zasadny, choć z teoretycznego punktu widzenia nie jest całkowicie oczywisty. Uznanie, że można domagać się odszkodowania za utratę wartości handlowej pojazdu, który został lub też ma zostać naprawiony, oznacza akceptację dla szczególnego hybrydowego sposobu naprawienia szkody, polegającego na tym, iż przywrócenie stanu poprzedniego jest uzupełniane rekompensatą pieniężną. Ostatecznie wydaje się jednak, że naprawieniu szkody w ten sposób nie sprzeciwia się art. 363 § 1 k.c.[129], gdyż z treści tego przepisu nie wynika, iż przewidziane tam sposoby naprawienia szkody wykluczają się, jeżeli każda z nich miałaby zostać zastosowana w stosunku do różnych części uszczerbku. Względy celowościowe przemawiają zaś jednoznacznie na rzecz dopuszczalności równoległego stosowania obu sposobów także w przypadku tej samej szkody.

---

[124] III CZP 57/01, OSNC 2002/5 poz. 57.

[125] „Orzecznictwo Sądów Polskich" 2002/5, poz. 61.

[126] Zob. np. G. Bieniek, *Odpowiedzialność*..., s. 154–155; B. Chmielowiec, *Utrata wartości handlowej pojazdu*, „Monitor Ubezpieczeniowy" 2012/49, s. 11 i n.; K. Krupa-Lipińska, *Ubytek wartości handlowej pojazdu w kontekście rodzajów szkody oraz problematyki związku przyczynowego* [w:] *Odszkodowanie za ubytek wartości handlowej pojazdu poddanego naprawie*, red. E. Kowalewski, Toruń 2012, s. 75 i n.; A. Olędzka, *Obniżenie wartości handlowej pojazdu po naprawie a odszkodowanie z tytułu ubezpieczenia komunikacyjnego OC*, „Wiadomości Ubezpieczeniowe" 2012/1, s. 35. Co do zasady, takie jest również ostatecznie stanowisko K. Ludwichowskiej w: *Odpowiedzialność cywilna i ubezpieczeniowa za wypadki samochodowe*, Toruń 2008, s. 179–182.

[127] E. Kowalewski, M. Nesterowicz, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 12 października 2001 r., III CZP 57/01*, „Prawo Asekuracyjne" 2003/3, s. 69–74; zob. też E. Kowalewski, *Deminuacja wartości handlowej pojazdu poddanego naprawie jako przedmiot odszkodowania – koincydencja czy alternatywność roszczeń poszkodowanego* [w:] *Odszkodowanie za ubytek*…, s. 55 i n.

[128] Zob. przegląd orzecznictwa przedstawiony przez B. Chmielowca w: *Utrata*..., s. 12–14, a także przez K. Bączyk-Rozwadowską w: *Odszkodowanie za ubytek wartości handlowej pojazdu w orzecznictwie sądowym* [w:] *Odszkodowanie za ubytek*…, s. 109–119.

[129] Odmiennie: E. Kowalewski, *Deminuacja*..., s. 63–66.

Akceptacja możliwości przyznania odszkodowania za utratę wartości handlowej pojazdu w kontekście dopuszczenia możliwości zastosowania „metody kosztorysowej”[130] powinna konsekwentnie oznaczać, że obowiązek naprawienia szkody w postaci ubytku wartości handlowej nie jest uzależniony od uprzedniej naprawy pojazdu[131].

Odszkodowanie w postaci zwrotu ubytku wartości handlowej pojazdu nie jest oczywiście należne w każdym przypadku jego uszkodzenia. Ubytek wartości handlowej musi rzeczywiście wystąpić, przy czym w praktyce przyjmuje się, że z reguły nie mamy z nim do czynienia w samochodach starszych, w szczególności takich, których wiek przekracza 6 lat[132].

Analiza badanych spraw nie potwierdziła wniosku o dużym znaczeniu praktycznym roszczeń o naprawienie szkody w postaci ubytku wartości handlowej pojazdu, który to wniosek mógłby wynikać z uwagi, jaką temu zagadnieniu poświęcono w orzecznictwie Sądu Najwyższego i w doktrynie. Na etapie sądowym dochodzono odszkodowania pokrywającego ten rodzaj szkody jedynie w jednej sprawie[133]. Roszczenie było dochodzone przez cesjonariusza poszkodowanego, a utratę wartości handlowej oszacowano na 7.000 zł, przy czym uszkodzony pojazd miał 6 lat. Powództwo w odniesieniu do tej części szkody zostało oddalone, a w uzasadnieniu sąd w ślad za opinią biegłego przyjął, że w przypadku pojazdów mających powyżej 6 lat utrata wartości handlowej nie występuje.

W czterech dalszych sprawach odszkodowania w postaci utraty wartości handlowej żądano na etapie przedsądowym, przy czym jedynie w jednej z nich[134] odszkodowanie takie (w wysokości 1.500 zł) faktycznie wypłacono. W tym przypadku uszkodzeniu uległ nowy, bo jedynie roczny pojazd.

8. Najem pojazdu zastępczego

8.1. Ewolucja orzecznictwa i doktryny

Przed wydaniem uchwały składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z 17.11.2011 r.[135], orzecznictwo dotyczące kosztów najmu pojazdu zastępczego jako elementu szkody odnosiło się niemal wyłącznie do przypadku, gdy poszkodowanym był przedsiębiorca, a uszkodzony pojazd wykorzystywano do prowadzenia działalności gospodarczej[136]. Wypowiadając się, co do zasady, w sprawie zwrotu kosztów, SN uznał, że między uszkodzeniem w wypadku samochodu używanego jako samochód dostawczy

[130] Zob. pkt 6.1 tej części opracowania.
[131] Tak: K. Bączyk-Rozwadowska, *Odszkodowanie…* [w:] *Odszkodowanie za ubytek*..., s. 116–117; A. Olędzka, *Obniżenie*..., s. 36–39. Odmiennie: E. Kowalewski, M.P. Ziemiak, *Kompensacja ubytku wartości handlowej pojazdu po naprawie jako przedmiot odszkodowania – standard odszkodowawczy czy roszczenie ad casum* [w:] *Odszkodowanie za ubytek*…, s. 126–129.
[132] Por. E. Kowalewski, M. Wiśniewski, *Ustalanie ubytku wartości rynkowej pojazdów po naprawie w praktyce rzeczoznawczej* [w:] *Odszkodowanie za ubytek*…, s. 205 i n.
[133] Sprawa o sygn. akt VII 774/12 rozpatrywana przez Sąd Rejonowy w Kielcach.
[134] Na etapie sądowym sprawa była rozpatrywana przez Sąd Rejonowy dla Warszawy-Mokotowa w Warszawie, sygn. akt I C 1583/14.
[135] III CZP 5/11, OSNC 2012/3, poz. 28.
[136] Jedynie w stanie faktycznym będącym podstawą wyroku SN z 26.11.2002 r. (V CKN 1397/00, LEX nr 77057) uszkodzony pojazd nie był najprawdopodobniej wykorzystywany do prowadzenia działalności gospodarczej. Kwestii tej nie poświęcono jednak odrębnej uwagi.

w działalności gospodarczej a wynajęciem innego samochodu dostawczego i poniesieniem kosztów z tego tytułu istnieje normalny związek przyczynowy[137], a także, że wynajęcie pojazdu zastępczego dla dalszego prowadzenia działalności gospodarczej, gdy pojazd uszkodzony służył właśnie temu celowi, jest prawidłowym zachowaniem poszkodowanego[138]. Zasadność żądania zwrotu kosztów najmu pojazdu zastępczego przyjęto także, gdy roszczenie takie wynikało nie bezpośrednio z odpowiedzialności ubezpieczeniowej, ale było rezultatem zwłoki ubezpieczyciela w spełnieniu świadczenia[139]. Wydane orzeczenia odnosiły się też do kwestii szczegółowych, takich jak czas trwania najmu pojazdu zastępczego i wysokość związanych z tym kosztów[140].

Wśród dawniejszych wypowiedzi w literaturze należy wyróżnić głos S. Sołtysińskiego, którego zdaniem odszkodowanie za koszt najmu pojazdu zastępczego powinno przysługiwać także, gdy pojazd był wykorzystywany dla celów niezarobkowych[141]. Stanowiska innych przedstawicieli doktryny w odniesieniu do tego zagadnienia były jednak bardziej umiarkowane[142], a często wręcz nieprzychylne[143]. Spór dotyczył również kwestii, czy odszkodowania w postaci utraty możliwości korzystania z rzeczy można żądać także wówczas, gdy poszkodowany wcale nie wynajął pojazdu zastępczego, ale poradził sobie w inny sposób[144].

Na tle wskazanych wypowiedzi Sądu Najwyższego oraz przedstawicieli nauki ubezpieczyciele często odmawiali zwrotu kosztów najmu pojazdu zastępczego poniesionych przez osoby fizyczne, które własne samochody wykorzystywały do innych celów niż prowadzenie działalności gospodarczej. W takich przypadkach nierzadko zakłady ubezpieczeń żądały, by poszkodowany wykazał, że nie mógł w dogodny sposób korzystać z komunikacji publicznej. Orzecznictwo sądów powszechnych było zaś niejednolite[145].

---

[137] Wyrok SN z 6.01.1999 r., II CKN 109/98, LEX nr 1633857.

[138] Wyrok SN z 18.03.2003 r., IV CKN 1916/00, LEX nr 462953.

[139] Wyrok SN z 2.07.2004 r., II CK 412/03, LEX nr 121694.

[140] Wyroki SN: z 26.11.2002 r., V CKN 1397/00, LEX nr 77057; z 18.03.2003 r., IV CKN 1916/00, LEX nr 462953; z 8.09.2004 r., IV CK 672/03, LEX nr 146324; z 5.11.2004 r., II CK 494/03, LEX nr 145121.

[141] S. Sołtysiński, *Odpowiedzialność PZU w ramach obowiązkowych ubezpieczeń komunikacyjnych OC za szkody powstałe w następstwie niemożliwości korzystania z pojazdu przez poszkodowanego* [w:] *Obowiązkowe ubezpieczenia*…, s. 127 i n. W zbliżony sposób, choć nie do końca jednoznacznie, wypowiadał się A. Wąsiewicz, *Ubezpieczenia komunikacyjne*, oprac. M. Orlicki, M. Wąsiewicz, Bydgoszcz–Poznań 2001, s. 88–89.

[142] M. Wałachowska, *Utrata posiadania rzeczy jako szkoda ze szczególnym uwzględnieniem pojazdu mechanicznego* [w:] *Odszkodowanie za niemożność korzystania z pojazdu uszkodzonego w wypadku komunikacyjnym*, red. E. Kowalewski, Toruń 2011, s. 61 i n.

[143] E. Kowalewski, *Najem pojazdu zastępczego a odszkodowanie z tytułu wypadku komunikacyjnego*, „Prawo Asekuracyjne" 2010/3, s. 12 i n.; E. Kowalewski, *Odszkodowanie z tytułu wypadku komunikacyjnego a najem pojazdu zastępczego* [w:] *Odszkodowanie za niemożność*…, s. 50 i n.; E. Kowalewski, M.P. Ziemiak, *Stypizowane stany faktyczne, w których refundacja kosztów najmu pojazdu zastępczego nie jest adekwatna* [w:] *Odszkodowanie za niemożność* …, s. 105 i n.; M.P. Ziemiak, *Polemika ze stanowiskiem niektórych instytucji i urzędów w kwestii uprawnień poszkodowanego do najmu pojazdu zastępczego* [w:] *Odszkodowanie za niemożność*…, s. 175 i n.

[144] Pozytywnie co do takiej możliwości zob. T. Dybowski, *Odpowiedzialność*…, s. 232 i n. Odmiennie: M. Kaliński, *Szkoda*..., s. 494; A. Szpunar, *Utrata możliwości korzystania z rzeczy*, „Rejent" 1998/10, s. 11–13, 18–20; A. Szpunar, *Odszkodowanie za szkodę majątkową. Szkoda na mieniu i osobie*, Bydgoszcz 1998, s. 69–70.

[145] Zob. Przegląd orzeczeń zawarty w *Stanowisku Rzecznika Ubezpieczonych w sprawie refundacji kosztów najmu pojazdu zastępczego z OC komunikacyjnego*, s. 18 i n., dostępne na stronie: https://rf.gov.pl/files/3008__5195__Refundacja_kosztow_najmu_pojazdu_zastepczego_w_ocenie_Rzecznika_Ubezpieczonych.pdf (dostęp: 16.09.2018 r.), a także orzeczenia przywołane we wniosku Rzecznika Ubezpieczonych do Sądu Najwyższego z 16.12.2010 r., którego skutkiem było podjęcie uchwały z 17.11.2011 r., III CZP 5/11, OSNC 2012/3, poz. 28; wniosek ten został w całości opublikowany w: „Rozprawy Ubezpieczeniowe" 2012/1, z. 12, s. 102 i n. Zob. też U. Borowiecka, *Najem pojazdu zastępczego w przypadku umowy ubezpieczenia OC posiadaczy pojazdów mechanicznych w świetle orzecznictwa sądów powszechnych*, „Monitor Ubezpieczeniowy" 2010/43, s. 34 i n.; M. Serwach, *Pozbawienie możliwości korzystania z pojazdu mechanicznego w orzecznictwie sądowym i poglądach A. Szpunara* [w:] *Odszkodowanie za niemożność*…, s. 162 i n.; M. Wałachowska, *Utrata*..., s. 75 i n.

Powyższa niejednolitość stanowisk stała się przyczyną skierowania przez Rzecznika Ubezpieczonych wniosku do Sądu Najwyższego o rozstrzygnięcie zagadnienia prawnego. W jego wyniku we wspomnianej uchwale (7) z 17.11.2011 r.[146] SN uznał, że: „[o]dpowiedzialność ubezpieczyciela z tytułu umowy obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych za uszkodzenie albo zniszczenie pojazdu mechanicznego niesłużącego do prowadzenia działalności gospodarczej obejmuje celowe i ekonomicznie uzasadnione wydatki na najem pojazdu zastępczego; nie jest ona uzależniona od niemożności korzystania przez poszkodowanego z komunikacji zbiorowej". W uzasadnieniu tego stanowiska SN odrzucił możliwość restytucji samej utraty korzystania z rzeczy, uznając jednak, że jeżeli faktycznie doszło do wydatków na uzyskanie pojazdu zastępczego, to są one stratą w rozumieniu art. 361 § 2 k.c. Ubezpieczyciel zobowiązany jest do zwrotu wydatków pozwalających na wyeliminowanie negatywnych dla poszkodowanego następstw zdarzenia szkodzącego. Sąd Najwyższy podzielił przy tym pogląd Rzecznika Ubezpieczonych, że: „korzystanie przez poszkodowanego z własnego pojazdu mechanicznego nie może być zastąpione wykorzystaniem środków komunikacji publicznej, są to bowiem odmienne sposoby korzystania z rzeczy", a korzystanie z własnego pojazdu stało się standardem cywilizacyjnym. Zdaniem Sądu roszczenie o zwrot kosztów najmu pojazdu zastępczego nie przysługuje jednak, „jeżeli poszkodowany dysponuje innym samochodem albo gdy nie korzystał z uszkodzonego samochodu lub powinien poradzić sobie w inny sposób (np. gdy samochód był używany okazjonalnie, racjonalne może okazać się zastąpienie go taksówką)".

Do powyższej uchwały napisano aż pięć glos[147]. Charakterystyczne jest, że o ile podstawowa teza uchwały nie została zakwestionowana, o tyle aż w trzech wypowiedziach z krytyką spotkało się odrzucenie koncepcji, zgodnie z którą sama utrata możliwości korzystania z rzeczy, bez poniesienia kosztów wynajęcia dobra substytucyjnego nie stanowi szkody majątkowej[148].

W pewnym sensie odpowiedzią na tę krytykę była kolejna uchwała Sądu Najwyższego, wydana 22.11.2013 r.[149] Odnosiła się ona przede wszystkim do czasu najmu pojazdu zastępczego, a zgodnie z jej tezą: „[o]dpowiedzialność ubezpieczyciela z tytułu umowy obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych obejmuje celowe i ekonomicznie uzasadnione wydatki na najem pojazdu zastępczego poniesione przez poszkodowanego w okresie niezbędnym do nabycia innego pojazdu mechanicznego, jeżeli odszkodowanie ustalone zostało w wysokości odpowiadającej różnicy pomiędzy wartością pojazdu mechanicznego sprzed zdarzenia powodującego

[146] III CZP 5/11, OSNC 2012/3, poz. 28.

[147] T. Kotuk, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 17.11.2011 r., III CZP 5/11*, LEX/el. 2012; B. Panfil, *O zwrocie kosztów najmu pojazdu zastępczego w związku z uszkodzeniem pojazdu poszkodowanego – kiedy powstaje szkoda*, „Glosa" 2014/2, s. 58 i n.; T. Szanciło, *Glosa do uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 17.11.2011 r., III CZP 5/11*, „Orzecznictwo Sądów Polskich" 2013/1, poz. 2; T. Szczurowski, *Odszkodowanie za utratę możliwości korzystania z uszkodzonego pojazdu*, „Monitor Prawniczy" 2012/9, s. 495 i n.; A. Wiewiórowska-Domagalska, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 17.11.2011 r., III CZP 5/11*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2013/3, s. 47 i n. Zob. też R. Trzaskowski, *Koszty najmu pojazdu zastępczego jako szkoda*, „Palestra" 2012/7–8, s. 121 i n.

[148] B. Panfil, *O zwrocie*..., s. 59 i n.; T. Szanciło, *Glosa do uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 17.11.2011 r.* ..., s. 14–16; T. Szczurowski, *Odszkodowanie*..., s. 496–498.

[149] III CZP 76/13, OSNC 2014/9, poz. 85. Zob. też glosę do tego orzeczenia autorstwa M.P. Ziemiaka w: „Państwo i Prawo" 2015/8, s. 123 i n.

szkodę, a wartością pojazdu w stanie uszkodzonym, którego naprawa okazała się niemożliwa lub nieopłacalna (tzw. szkoda całkowita)". W uzasadnieniu szeroko polemizowano jednak z tezą, że już sama utrata możliwości korzystania z pojazdu stanowi szkodę majątkową. Ze szkodą taką – zdaniem SN – mamy do czynienia dopiero wówczas, gdy niemożliwość skorzystania z pojazdu spowoduje wydatki na najem pojazdu zastępczego.

W literaturze kompleksowo kwestią określania wysokości szkody z tytułu najmu pojazdu zastępczego zajęła się A. Łazarska[150], a przegląd różnych zagadnień praktycznych związanych z dochodzeniem zwrotu kosztów najmu pojazdu zastępczego przedstawiła M. Maliszewska[151].

Z dalszych wypowiedzi Sądu Najwyższego w odniesieniu do problematyki najmu pojazdu zastępczego należy wymienić uchwałę z 30.11.2016 r.[152], w której przyjęto, że: „[u]bezpieczycielowi, który pokrył koszty najmu pojazdu zastępczego w ramach umowy ubezpieczenia *assistance*, przysługuje na podstawie art. 828 § 1 k.c. roszczenie regresowe wobec ubezpieczyciela sprawcy szkody".

W uchwale z 24.08.2017 r.[153] SN uznał z kolei, że: „Wydatki na najem pojazdu zastępczego poniesione przez poszkodowanego, przekraczające koszty zaproponowanego przez ubezpieczyciela skorzystania z takiego pojazdu są objęte odpowiedzialnością z tytułu umowy obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych, jeżeli ich poniesienie było celowe i ekonomicznie uzasadnione". W uzasadnieniu tego orzeczenia przyjęto, że „nie mogą być uznane za celowe i ekonomicznie uzasadnione wydatki, które nie są konieczne do wyeliminowania negatywnego następstwa majątkowego w postaci utraty możliwości korzystania z uszkodzonego (zniszczonego) pojazdu, gdyż następstwo to może być wyeliminowane – bez uszczerbku dla godnych ochrony interesów poszkodowanego – w inny, mniej uciążliwy dla dłużnika sposób". Jeżeli ubezpieczyciel proponuje poszkodowanemu skorzystanie z pojazdu zastępczego równorzędnego pojazdowi uszkodzonemu, a poszkodowany decyduje się na poniesienie wyższych kosztów najmu innego pojazdu, to koszty te podlegają zwrotowi tylko wtedy, gdy za ich poniesieniem przemawiają szczególne racje. Przy ocenie tych racji, zdaniem SN, należy brać pod uwagę m.in. czas i miejsce udostępnienia oraz zwrotu pojazdu, a także ewentualny obowiązek zapłaty kaucji. Drobne niedogodności o charakterze niemajątkowym nie są tu jednak wystarczające.

Wydanie uchwały składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z 17.11.2011 r. spowodowało znaczący wzrost liczby spraw sądowych związanych z wynajmem pojazdów zastępczych. W sprawach tych jako powodowie stosunkowo rzadko występowali sami poszkodowani, a najczęściej powodami byli przedsiębiorcy zajmujący się profesjonalnie wynajmem pojazdów. Jest to związane z ukształtowaniem się schematu działania takich przedsiębiorców, którzy wynajmują pojazdy poszkodowanym w zamian za cesję wierzytelności odszkodowawczej w stosunku do ubezpieczyciela.

---

[150] A. Łazarska, *Szacowanie szkody za utratę możliwości korzystania z uszkodzonego pojazdu*, „Przegląd Sądowy" 2014/5, s. 47 i n.

[151] M. Maliszewska, *Roszczenie o zwrot kosztów najmu pojazdu zastępczego wobec zakładu ubezpieczeń*, „Rozprawy Ubezpieczeniowe" 2013/2, s. 110 i n.

[152] III CZP 74/16, OSNC 2017/7–8, poz. 82.

[153] III CZP 20/17, LEX nr 2340475.

Ze względu na obowiązujące do 31.12.2015 r. przepisy[154] sprawy te w znacznej części były skoncentrowane w sądach warszawskich, gdzie ma siedzibę większość ubezpieczycieli. Postępowania dotyczące najmu pojazdu zastępczego toczące się przed Sądem Rejonowym dla m.st. Warszawy były przedmiotem odrębnego badania prowadzonego przez Instytut Wymiaru Sprawiedliwości[155].

8.2. Podstawa prawna żądania zwrotu wydatków – ocena stanowiska SN

Co do kosztów samodzielnej naprawy uszkodzonego pojazdu dokonanej przez poszkodowanego, powyżej[156] już zajęto stanowisko, że poszkodowany może podjąć działania zmierzające do przywrócenia stanu poprzedniego, tj. osiągnięcia sytuacji faktycznej maksymalnie zbliżonej do tej, w której znajdowałby się, gdyby nie zaszło zdarzenie wyrządzające mu szkodę. Jeżeli zaś poszkodowany podjął takie działania, to może zażądać zwrotu poniesionych w tym celu kosztów. Odnosi się to także do kosztów najmu pojazdu zastępczego, gdyż wynajmując go poszkodowany przywraca stan poprzedni, w którym mógł korzystać z własnego samochodu.

Niezależnie od tego przynajmniej w niektórych przypadkach wynajęcie pojazdu zastępczego jest działaniem zapobiegającym powstaniu dalszej szkody. Ma to miejsce przede wszystkim wtedy, gdy uszkodzony pojazd służył do prowadzenia działalności gospodarczej, a jej kontynuacja bez pojazdu byłaby niemożliwa lub wysoce utrudniona. W literaturze i orzecznictwie przyjmuje się, że dokonanie wydatków na zapobieżenie powiększania się szkody jest nie tylko prawem, ale i obowiązkiem poszkodowanego[157]. Zaniechanie starań w celu zmniejszenia i zapobieżenia powstawania dalszej szkody, a także – jak należy rozumieć – zaniechanie dokonywania służących temu celowi wydatków, może być uznane za przyczynienie się poszkodowanego do powstania szkody[158].

Mając na uwadze powyższe założenia, należy zaaprobować wynikający z orzecznictwa, w tym z uchwały 7 sędziów Sądu Najwyższego z 17.11.2011 r. wniosek, że poszkodowany ma prawo wynajęcia pojazdu zastępczego i żądania zwrotu poniesionych kosztów. Prawo takie przysługuje mu zarówno, gdy prowadzi on działalność gospodarczą i w ten sposób zapobiega powstawaniu dalszych szkód, jak i w innych sytuacjach, gdy po prostu przywraca stan poprzedni. Bez znaczenia w tym kontekście pozostaje jednak, czy korzystanie z pojazdu jest standardem cywilizacyjnym (jak wyżej wskazano, na ten m.in. argument powoływał się SN). Poszkodowany może dążyć do przywrócenia możliwości korzystania z pojazdu nie

[154] Art. 20 ust. 1 ustawy z 22.05.2003 r. o ubezpieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze Ubezpieczycieli Komunikacyjnych, który stanowił, że powództwo o roszczenia wynikające z ubezpieczeń obowiązkowych można było wytoczyć bądź według przepisów o właściwości ogólnej, bądź przed sądem właściwym dla miejsca zamieszkania lub siedziby poszkodowanego lub uprawnionego z umowy ubezpieczenia.

[155] M. Krajewski, *Dochodzenie roszczeń o naprawienie szkody w postaci kosztów najmu pojazdu zastępczego w ramach ubezpieczenia OC posiadaczy pojazdów mechanicznych: możliwości ograniczenia liczby lub usprawnienia postępowań sądowych*, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa 2016.

[156] Zob. pkt 5.1 tej części opracowania.

[157] Zamiast wielu M. Kaliński, *Szkoda*..., s. 174, 524, 551 i przywoływana tam literatura oraz orzecznictwo.

[158] M. Kaliński, *Szkoda*..., s. 174, 551 i przywoływana tam literatura; Z.K. Nowakowski, *Odpowiedzialność*..., s. 147; A. Wąsiewicz, M. Orlicki, *Koszt usługi likwidacji szkody jako element odszkodowania z tytułu ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych*, „Prawo Asekuracyjne" 1999/3, s. 7. W przywoływanym wyroku SN z 18.03.2003 r. (IV CKN 1916/00, LEX nr 462953) przyjęto, że przyczynieniem się poszkodowanego mogłoby być zaniechanie wynajęcia pojazdu zastępczego w sytuacji, gdy uszkodzony pojazd służył do prowadzenia działalności gospodarczej.

dlatego, że taki jest ogólny standard cywilizacyjny, lecz z tego powodu, że korzystał z niego przed wyrządzeniem mu szkody i wynajmując pojazd zastępczy, niweluje skutki zdarzenia szkodzącego. Regulacje odnoszące się do naprawienia szkody nie mają na celu naprawienia szkody standardowej, lecz doznanej przez konkretnego poszkodowanego.

Zastrzeżenia budzi także zawarte w uchwale Sądu Najwyższego z 17.11.2011 r. stwierdzenie, zgodnie którym w pewnych sytuacjach najem pojazdu zastępczego należy uznać za zbędny, gdyż np. ze względu na jego sporadyczne wykorzystywanie poszkodowany powinien raczej skorzystać z taksówki albo też wykorzystać inny posiadany przez siebie pojazd[159]. Wykorzystanie taksówki lub innego pojazdu poszkodowanego nie stanowi tak pełnego odtworzenia stanu poprzedniego, jakie można byłoby osiągnąć przez najem pojazdu zastępczego. W stanie tym poszkodowany nie korzystał przecież z taksówki ani innego własnego pojazdu. Przy próbie oceny, czy poszkodowany nie powinien skorzystać z innego posiadanego pojazdu, a zwłaszcza, czy bardziej racjonalne nie byłoby wykorzystanie taksówki, badaniu w rzeczywistości podlegałoby, czy stan istniejący przed wyrządzeniem szkody był obiektywnie racjonalny. Dokonywanie takich ocen nie jest uprawnione, a jednocześnie wiąże się z przedłużaniem i niepotrzebnym komplikowaniem postępowań sądowych.

Za trafny należy natomiast uznać pogląd SN, zgodnie z którym sama utrata możliwości korzystania z rzeczy, bez poniesienia jakichkolwiek wydatków z tego tytułu, nie może być rekompensowana za pomocą odszkodowania[160]. Jeżeli wydatek taki nie miał miejsca, to nie sposób uznać, że poszkodowany poniósł szkodę majątkową. Przyznanie odszkodowania w tej sytuacji miałoby w rzeczywistości na celu naprawienie szkody niemajątkowej w postaci zrekompensowania dyskomfortu związanego z utratą możliwości korzystania z rzeczy, a szkoda niemajątkowa może zostać naprawiona w pieniądzu wyłącznie w przypadkach przewidzianych w ustawie. Uznanie zasadności odszkodowania za samą utratę możliwości korzystania z rzeczy musiałoby również prowadzić do wniosku, że jest ono należne także wówczas, gdy stan ten stanowi skutek szkody na osobie. Konsekwentnie odszkodowanie powinien więc uzyskać posiadacz pojazdu, który z powodu swojego stanu zdrowia nie jest w stanie z niego korzystać. Wnioski takie oczywiście nie mogą zostać zaakceptowane.

8.3. Podstawowe dane odnoszące się do poszczególnych spraw

Jak wyżej wskazano, zwrotu kosztów najmu pojazdu zastępczego dochodzono w 44 sprawach, przy czym we wszystkich przypadkach roszczenie było oparte na zasadach odpowiedzialności określonych przepisami prawa. Spośród nich powództwo w odniesieniu do kosztów najmu pojazdu zastępczego zostało ostatecznie

[159] Pogląd ten ma zapewne swoje źródło w stanowisku aprobowanym w niemieckim systemie prawnym. Zob. R. Trzaskowski, W. Borysiak, *Dochodzenie roszczeń o naprawienie szkody w postaci kosztów najmu pojazdu zastępczego w ramach ubezpieczenia OC posiadaczy pojazdów mechanicznych (perspektywa prawnoporównawcza)*, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa 2016, s. 9–10.

[160] Inaczej przyjmuje się jednak w prawie niemieckim. Zob. R. Trzaskowski, W. Borysiak, *Dochodzenie…*, s. 16–23. Podobnie jak w prawie niemieckim, jest też w prawie francuskim i angielskim – zob. R. Trzaskowski, W. Borysiak, *Dochodzenie…*, s. 34–35, 37, 39–40. Inne stanowisko dominuje natomiast w Austrii, Szwajcarii i Holandii – R. Trzaskowski, W. Borysiak, *Dochodzenie…*, s. 26, 32–33, 47.

uwzględnione w całości w 21, a w części – w 14 sprawach. Roszczenie oddalono w całości w 3 przypadkach, przy czym w jednym z nich ustalono, że najem pojazdu w ogóle nie miał miejsca[161], w innym sąd uznał, że nie wykazano związku najmu z naprawą pojazdu i wypadkiem[162], a w jednym przypadku sąd zakwestionował potrzebę najmu[163]. Bez rozstrzygnięcia merytorycznego zakończyło się 6 spraw.

Bezpośrednio poszkodowany był powodem w 19 spośród badanych spraw (ok. 43%), a w pozostałych przypadkach roszczenia dochodził cesjonariusz. W 17 postępowaniach chodziło o zwrot rzeczywiście poniesionych kosztów najmu, a w 25 z nich o koszty najmu, za które poszkodowany „zapłacił" cesją wierzytelności odszkodowawczej zgodnie z praktyką opisaną powyżej[164]. Nie odnotowano sprawy, w której powód dochodziłby odszkodowania z tytułu samej utraty możliwości korzystania z własnego pojazdu, bez wynajęcia pojazdu zastępczego.

W 30 z analizowanych spraw zaangażowani byli biegli. Przedmiotem ich opinii były najczęściej kwestie związane z określeniem właściwej stawki czynszu najmu (w 20 postępowaniach) oraz koniecznego czasu naprawy (w 19 postępowaniach). W 3 sprawach biegli badali, czy klasa pojazdu wynajętego odpowiadała klasie pojazdu uszkodzonego, a w dwóch przypadkach mieli ustalić czy uszkodzenia pojazdu poszkodowanego uniemożliwiały mu uczestniczenie w ruchu.

8.4. Potrzeba najmu pojazdu zastępczego

Potrzeba najmu pojazdu zastępczego – co do zasady – budziła spór między stronami lub wątpliwości sądu w 14 spośród badanych spraw. Wśród nich powództwo zostało uwzględnione w całości w 9 przypadkach, w części w 4 przypadkach, a w jednej sprawie sąd żądanie powoda oddalił w całości.

W tym ostatnim przypadku[165] Sąd ustalił, że pojazd był przez poszkodowanego wykorzystywany głównie w celu udzielenia pomocy bratu przy prowadzeniu przez niego działalności gospodarczej, w której poszkodowany sam formalnie nie uczestniczył. Pojazd jedynie sporadycznie był używany na własne potrzeby poszkodowanego, w związku z czym sąd uznał, że „nie był mu niezbędny w życiu codziennym i zawodowym", a „poszkodowany nie poniósł w swoim majątku żadnej szkody wskutek braku możliwości korzystania z pojazdu, nie mógł bowiem jedynie pomagać bratu, a to nie rodzi w jego majątku żadnej szkody". W świetle przyjętych powyżej założeń ten sposób rozumowania nie może zostać zaakceptowany. Wynajmując pojazd zastępczy, poszkodowany ma prawo dążyć do przywrócenia stanu, w jakim byłby się znajdował, gdyby mu szkody nie wyrządzono, a rzeczą sądu nie jest ocena, czy stan ten był racjonalny, w tym – czy pojazd był niezbędny. Należy przy tym zaznaczyć, że roszczenie powoda w zakresie najmu pojazdu zastępczego zostało w tej sprawie częściowo dobrowolnie zaspokojone przez pozwanego jeszcze przed wydaniem orzeczenia sądu.

W innych sprawach nie doszło do oddalenia powództwa z powodu ustalenia braku potrzeby najmu, jednak sądy często ustalały, w jaki sposób poszkodowany

[161] Sprawa tocząca się przed Sądem Rejonowym w Kielcach o sygn. akt VIII C 2103/12.
[162] Sprawa tocząca się przed Sądem Rejonowym dla Warszawy-Mokotowa w Warszawie o sygn. akt XVI C 1777/14.
[163] Postępowanie prowadzone przez Sąd Rejonowy w Kartuzach o sygn. akt I C 243/14.
[164] Zob. pkt 8.1 tej części opracowania.
[165] Sprawa tocząca się przed Sądem Rejonowym w Kartuzach o sygn. akt I C 243/14.

korzystał z pojazdu i na tej podstawie uznawały, że ustalony sposób korzystania jest racjonalny i usprawiedliwia wynajęcie pojazdu zastępczego. W szczególności przyjęto, że usprawiedliwioną przyczyną wynajęcia pojazdu zastępczego jest konieczność dojazdu do „szkoły Cosinus" oraz zawożenia ojca do szpitala rehabilitacyjnego[166], dojazdu do pracy i na rehabilitację z córką (przy czym, jak ustalono, inny samochód pozwanej był użyczony partnerowi, a ponadto był on niesprawny)[167], dojazdu do pracy oraz odebrania dzieci ze szkoły[168], dojazdu do pracy i „prawidłowego funkcjonowania" (przy czym poszkodowana nie miała możliwości korzystania z innego pojazdu)[169], dojazdów do pracy i w celach rodzinnych[170], dojazdów na rehabilitację i leczenie oraz dojazdu do pracy przez żonę powoda[171], dojazdu do pracy oraz odebrania dzieci ze szkoły[172]. W świetle zajmowanego stanowiska ustalanie wszystkich tych okoliczności było zbędne. Na podkreślenie zasługuje to, że w jednej z badanych sprawach wyrażony został podzielany tu pogląd, zgodnie z którym bez znaczenia jest, w jakim celu poszkodowany korzysta z rzeczy[173].

W jednym z postępowań sąd pierwszej instancji[174] uznał, że ze względu na niewielką intensywność korzystania przez poszkodowanego z uszkodzonego pojazdu, zasadne było wynajęcie taksówki, a nie auta zastępczego. Ze stanowiskiem tym nie zgodził się sąd odwoławczy[175], który przyjął, że poszkodowany mógł wynająć auto zastępcze. W innym postępowaniu z kolei sąd pierwszej instancji[176] uznał roszczenie za niezasadne ze względu na fakt, iż poszkodowana dysponowała innym pojazdem. Rozstrzygnięcie to zmienił sąd odwoławczy[177], uznając, że skoro sama zasadność wynajęcia pojazdu zastępczego była niesporna między stronami, sąd nie powinien jej z urzędu kwestionować.

8.5. Zagadnienia związane z cesją wierzytelności

Źródłem wątpliwości oraz zarzutów w postępowaniach związanych z najmem pojazdu zastępczego jest wspomniany powyżej schemat postępowania, w którym poszkodowany nie uiszcza efektywnie czynszu najmu pojazdu zastępczego, lecz rozlicza się z wynajmującym bezgotówkowo w ten sposób, że zamiast efektywnej zapłaty czynszu przelewa na niego swoją wierzytelność w stosunku do ubezpieczyciela o odszkodowanie w postaci zwrotu kosztów wynajmu. Zgodnie z literalnie odczytaną uchwałą Sądu Najwyższego z 17.11.2011 r. refundacji podlegają wyłącznie wydatki faktycznie poniesione przez poszkodowanego, w związku z czym zarówno w literaturze[178], jak i w praktyce można dostrzec głosy, zgodnie z którymi warunkiem powstania zobowiązania ubezpieczyciela jest dopiero efektywna zapłata czynszu.

---

166 Sprawa tocząca się przed Sądem Rejonowym w Kartuzach o sygn. akt I C 460/14.
167 Sprawa tocząca się przed Sądem Rejonowym w Słupsku o sygn. akt I C 1480/14.
168 Sprawa tocząca się przed Sądem Rejonowym w Kielcach o sygn. akt VII C 784/13.
169 Sprawa tocząca się przed Sądem Rejonowym w Tarnowskich Górach o sygn. akt I C 1036/14.
170 Sprawa tocząca się przed Sądem Rejonowym Poznań-Stare Miasto o sygn. akt VII C 375/14/5.
171 Sprawa tocząca się przed Sądem Rejonowym w Kielcach o sygn. akt VII C 989/14.
172 Sprawa tocząca się przed Sądem Rejonowym w Kielcach o sygn. akt VII C 784/13.
173 Wyrok Sądu Rejonowego dla Warszawy-Mokotowa w Warszawie w sprawie o sygn. akt I C 3043/13.
174 Sąd Rejonowy w Słupsku, sygn. akt I C 333/13.
175 Sąd Okręgowy w Słupsku, sygn. akt IV Ca 311/15.
176 Sąd Rejonowy Poznań-Stare Miasto, sygn. akt VII C 1554/14/4.
177 Sąd Okręgowy w Poznaniu, sygn. akt II Ca 1313/15.
178 M.P. Ziemiak, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 22.11.2013 r.* ..., s. 124.

W literaturze odnoszącej się ogólnie do odpowiedzialności odszkodowawczej jest reprezentowany pogląd, zgodnie z którym samo powstanie pasywów nie stanowi jeszcze szkody[179], jednak wydaje się przeważać stanowisko przeciwne[180]. Z kontekstu uchwały SN z 17.11.2011 r. wynika, że sądowi chodziło jedynie o wykluczenie możliwości uznania utraty korzystania z rzeczy za szkodę samą w sobie[181]. W związku z tym już samo powstanie zobowiązania w stosunku do wynajmującego o zapłatę czynszu może i powinno być rozumiane jako spełnienie się przesłanki, od której zależy powstanie zobowiązania ubezpieczyciela do zapłaty odszkodowania w postaci kosztów najmu pojazdu zastępczego.

Jak się wydaje, wyrażony powyżej pogląd jest akceptowany w praktyce. Wśród badanych spraw, w których za najem poszkodowany „zapłacił cesją wierzytelności", nie odnotowano przypadku oddalenia powództwa z powodu bezskuteczności cesji spowodowanej brakiem jej przedmiotu (wierzytelności w stosunku do ubezpieczyciela).

8.6. Czas trwania najmu

Kwestia uzasadnionego czasu trwania najmu pojazdu zastępczego jest jedną z dwóch (oprócz wysokości stawki czynszu) najbardziej spornych w praktyce. W analizowanych sprawach zagadnienie to rodziło spór między stronami albo wątpliwości sądu aż w 33 przypadkach.

Zgodnie z ogólnymi założeniami należy przyjąć, że poszkodowany ma prawo wynająć pojazd zastępczy, a następnie żądać zwrotu kosztów najmu za czas, w którym nie mógł korzystać z pojazdu uszkodzonego. W przypadku szkody innej niż całkowita w przyjętym rozumieniu[182] jest to czas niezbędny dla dokonania naprawy pojazdu oraz uzasadniony okres od wypadku do oddania pojazdu do naprawy[183].

Nie ulega bowiem wątpliwości, że ubezpieczyciel ponosi odpowiedzialność za wydłużenie czasu, w którym poszkodowany nie może korzystać ze swojego pojazdu, jeżeli nastąpiło to z przyczyn dotyczących ubezpieczyciela. Założenie takie było na ogół akceptowane w badanych sprawach. Sądy uznawały też z reguły, że poszkodowany miał prawo wstrzymać się z dokonaniem naprawy do czasu uznania przez ubezpieczyciela swojej odpowiedzialności i akceptacji kosztów naprawy[184].

Wątpliwości nie powinna budzić także sytuacja, w której do opóźnienia dochodzi z winy poszkodowanego. W takim przypadku nie może on żądać zwrotu kosztów

[179] M. Kaliński, *Szkoda*..., s. 268–271.

[180] Zob. uchwała SN z 10.07.2008 r. (III CZP 62/08, OSNC 2009/7–8, poz. 106), zgodnie z którą stratą, w rozumieniu art. 361 § 1 k.c., jest już powstanie wymagalnego zobowiązania w stosunku do osoby trzeciej. Zob. też K. Zagrobelny, *W sprawie szkody występującej pod postacią zwiększenia się pasywów poszkodowanego* [w:] *Prace z prawa cywilnego. Dla uczczenia pamięci profesora Jana Kosika*, red. P. Machnikowski, „Acta Universitatis Wratislaviensis" 2009, Prawo CCCVIII, s. 571 i n.

[181] Trafnie P. Wawszczak, *Najem pojazdu zastępczego – stan sprzed uchwały i po uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 listopada 2011 r.*, „Rozprawy Ubezpieczeniowe" 2012/1, s. 148.

[182] Zob. pkt 5 tej części opracowania.

[183] Bardziej szczegółowo zob. M. Krajewski, *Dochodzenie*..., s. 55–57.

[184] Tak np. Sąd Rejonowy w Tarnowskich Górach w sprawie o sygn. akt I C 1265/13 oraz Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w sprawie o sygn. akt XVI C 28/14. Odmiennie przyjął natomiast Sąd Okręgowy w Poznaniu (sygn. akt I Ca 1005/15) rozpatrujący apelację od wyroku Sądu Rejonowego Poznań-Stare Miasto (sygn. akt I C 1212/14/5), gdyż uznał, że pozwany nie odpowiada za przedłużenie czasu naprawy wskutek wstrzymywania się przez poszkodowanego z decyzją o naprawie do czasu przyjęcia odpowiedzialności przez ubezpieczyciela.

najmu za dodatkowy czas. Kontrowersje mogą natomiast powstawać, gdy wydłużenie okresu naprawy następuje z przyczyn obciążających podmiot prowadzący zakład naprawczy. Zgodnie z poglądem dominującym w literaturze[185] i praktyką wszelka zwłoka warsztatu naprawczego, a w szczególności spowodowana jego wadliwą organizacją pracy, obciąża poszkodowanego. Poprawność tego stanowiska budzi zastrzeżenia. Zwłoka w naprawie pojazdu, nawet jeżeli jest spowodowana okolicznościami zawinionymi przez podmiot prowadzący warsztat samochodowy, pozostaje w związku przyczynowym ze zdarzeniem wywołującym pierwotną szkodę. Przypadki zwłoki zakładów naprawczych nie są niecodzienne, a poszkodowany w praktyce nie ma na ogół szansy uniknięcia ich skutków. Lepiej uzasadnione wydaje się przyjęcie generalnego założenia, zgodnie z którym sprawca wypadku i jego ubezpieczyciel powinni ponosić odpowiedzialność za koszty najmu pojazdu zastępczego w faktycznym czasie, w którym poszkodowany nie mógł korzystać z uszkodzonego pojazdu, jedynie z wyjątkiem sytuacji, gdy do przedłużenia tego okresu doszło z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi poszkodowany[186].

W przypadku szkody całkowitej na aprobatę zasługuje teza wspomnianej powyżej uchwały Sądu Najwyższego z 22.11.2013 r.[187], zgodnie z którą poszkodowany może żądać zwrotu kosztów najmu pojazdu zastępczego za okres do dnia, w którym mógł najwcześniej nabyć inny pojazd mechaniczny. Należy przy tym przyjąć, że poszkodowany nie jest zobowiązany wykładać własnych funduszy na nabycie nowego pojazdu, a z podjęciem odpowiednich starań może poczekać na uzyskanie środków stanowiących substytut zniszczonego pojazdu. Trzeba jednak przyznać, że teza ta nie jest do końca oczywista w praktyce z powodu wieloznacznych stwierdzeń, jakie znalazły się w uzasadnieniu wspomnianej uchwały SN. W badanych sprawach wydawała się ona jednak na ogół akceptowana[188]. Oczekiwanie, że poszkodowany nabędzie pojazd zastępczy zanim jeszcze otrzyma środki od ubezpieczyciela i – ewentualnie – z tytułu zbycia wraku, naruszałoby jego interesy w tych przypadkach, gdy nie posiada on własnych środków. Jednak również w pozostałych sytuacjach należy przyjąć, że na poszkodowanym nie ciąży obowiązek wykładania własnych środków[189].

Wydłużanie czasu najmu pojazdu zastępczego może prowadzić do tego, że koszt wynajmu przekroczy wartość pojazdu przed wypadkiem lub cenę nabycia pojazdu, który ma zastąpić pojazd uszkodzony. W tej mierze należy zgodzić się z poglądem wyrażonym w wyroku SN z 18.03.2003 r.[190], zgodnie z którym wartość

---

[185] A. Łazarska, *Szacowanie*..., s. 56; T. Szanciło, *Glosa do uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 17.11.2011 r.* ..., s. 16; T. Szczurowski, *Odszkodowanie*..., s. 499; P. Wawszczak, *Najem*..., s. 150. Podobnie Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z 17.06.2003 r., I ACa 53/03, OSA 2004/5, poz. 12.

[186] Zob. szerzej M. Krajewski, *Dochodzenie*..., s. 57–59.

[187] III CZP 76/13, OSNC 2014/9, poz. 85.

[188] Uznał ją Sąd Rejonowy w Słupsku w sprawie o sygn. akt I C 333/13, w której przyjął, że pozwany mógł wynajmować pojazd zastępczy jeszcze przez 8 dni od dnia otrzymania całości odszkodowania. Podobne stanowisko zajął Sąd Rejonowy w Bytomiu w sprawie o sygn. akt I C 1108/14, w której uznał za zasadne wynajmowanie pojazdu jeszcze przez 7 dni od dnia otrzymania odszkodowania. W sprawie o sygn. akt I C 42/14 Sąd Rejonowy w Bytomiu przyjął zasadność okresu najmu do dnia wypłaty odszkodowania, mimo argumentacji pozwanego, że okres ten powinien się skończyć w dniu uznania szkody za całkowitą. Moment wypłaty odszkodowania za relewantny uznał również Sąd Rejonowy w Kartuzach w sprawie o sygn. akt I C 240/14.

[189] Szerzej co do czasu trwania najmu pojazdu zastępczego w wypadku szkody całkowitej zob. M. Krajewski, *Dochodzenie*..., s. 60–62.

[190] IV CKN 1916/00, LEX nr 462953.

uszkodzonego pojazdu nie jest górną granicą czynszu, jakiego można żądać za wynajem[191]. Pogląd ten został zaakceptowany także w jednej z badanych spraw[192].

8.7. Stawka czynszu najmu

Zagadnienie wysokości czynszu, za który może być wynajęty pojazd zastępczy, było sporne między stronami lub budziło wątpliwości sądu w 23 badanych sprawach, a więc pojawiało się nieco rzadziej, niż kwestia czasu trwania najmu.

Podstawowe znaczenie dla określenia wysokości czynszu, za który poszkodowany może wynająć pojazd zastępczy, ma określenie rodzaju i klasy tego pojazdu. Biorąc pod uwagę przyjęte w tym opracowaniu założenie, zgodnie z którym wynajmując pojazd zastępczy poszkodowany przywraca stan istniejący przed wypadkiem, należy uznać, że może on żądać zwrotu kosztów najmu pojazdu takiego samego rodzaju i takiej samej klasy co pojazd uszkodzony. Stwierdzenie to nie budzi wątpliwości w literaturze[193] i było akceptowane także w badanych sprawach[194]. Wynajęcie samochodu wyższej klasy należałoby jednak dopuścić, gdy pojazd klasy odpowiadającej pojazdowi uszkodzonemu jest niedostępny[195]. Nie należy również odmawiać zwrotu kosztów wynajęcia pojazdu wyższej klasy, jeżeli nie przekracza on kosztów wynajęcia pojazdu tej samej klasy co pojazd uszkodzony[196].

W odniesieniu do wysokości stawek czynszu powszechnie aprobowany[197] wydaje się pogląd, że należy odwołać się do wynikających z orzecznictwa mierników określania kosztów naprawy uszkodzonego pojazdu. Oznacza to odwołanie do kryteriów wskazanych w omówionym powyżej[198] wyroku Sądu Najwyższego z 13.06.2003 r.[199], w którym przyjęto, że chodzi o ceny występujące na lokalnym rynku, odrzucając jednocześnie założenie, że powinno się brać pod uwagę ceny przeciętne. Analiza badanych spraw prowadzi do wniosku, że kryteria te nie zawsze są stosowane. Równie często, jak do pojęcia stawek występujących na lokalnym rynku, sądy odwoływały się do stawek określanych jako średnie lub przeciętne. Z analizy uzasadnień zdaje się wynikać, że różnica między tymi rozwiązaniami nie zawsze jest dostrzegana.

Aprobując możliwość odwoływania się do kryteriów sformułowanych we wskazanej wyżej uchwale SN, należy jednocześnie zastrzec, że jeżeli najemca pojazdu zastępczego rozlicza się z wynajmującym bezgotówkowo, tj. cesją wierzytelności przysługującej wobec ubezpieczyciela, to fakt ten może mieć wpływ na wysokość stawki[200]. W badanych sprawach problem ten nie był jednak podnoszony.

---

[191] Podobne stanowisko dominuje w prawie niemieckim – zob. R. Trzaskowski, W. Borysiak, *Dochodzenie*..., s. 12–13.

[192] Sprawa tocząca się przed Sądem Rejonowym Poznań-Stare Miasto o sygn. akt I C 1039/14/15.

[193] A. Łazarska, *Szacowanie*..., s. 54. Co do prawa niemieckiego zob. R. Trzaskowski, W. Borysiak, *Dochodzenie*..., s. 11.

[194] Tak np. Sąd Rejonowy w Kielcach w sprawie o sygn. akt VIII C 1077/14; podobnie Sąd Rejonowy dla Warszawy-Mokotowa w Warszawie w sprawie o sygn. akt I C 3043/13 oraz Sąd Rejonowy w Kartuzach w sprawie o sygn. akt I C 331/14. Możliwość żądania zwrotu kosztów wynajęcia pojazdu wyższej klasy odrzucił Sąd Rejonowy Poznań-Stare Miasto w sprawie o sygn. akt I C 1272/13/14.

[195] Tak trafnie przyjął Sąd Rejonowy w Kartuzach w sprawie o sygn. akt I C 240/14.

[196] Tak trafnie przyjął Sąd Rejonowy w Kartuzach w sprawie o sygn. akt I C 331/14 oraz Sąd Rejonowy Poznań-Stare Miasto w sprawie o sygn. akt I C 1340/14.

[197] Tak np. A. Łazarska, *Szacowanie*..., s. 54; T. Szczurowski, *Odszkodowanie*..., s. 500.

[198] Zob. pkt 6.4 tej części opracowania.

[199] III CZP 32/03, OSNC 2004/4, poz. 51.

[200] Szerzej na ten temat zob. M. Krajewski, *Dochodzenie*..., s. 64–65.

Zgodnie ze wspomnianą wyżej uchwałą SN z 24.08.2017 r.[201] należne odszkodowanie powinno zostać obniżone, gdy poszkodowany, mając możliwość skorzystania z kilku jednakowo dogodnych dla niego ofert, wybiera tę mniej korzystną finansowo. To ogólne stwierdzenie nie oznacza jednak aprobaty dla wszystkich stwierdzeń, które znalazły się w uzasadnieniu wymienionego orzeczenia. Kwestie związane z tym problemem nie wystąpiły w badanych sprawach.

9. Koszty holowania i parkowania pojazdu

Holowanie uszkodzonego pojazdu jest z reguły konieczne, by dokonać naprawy, a jego pozostawienie bez nadzoru w miejscu wypadku powodowałoby powstanie ryzyka dalszych zniszczeń wywołanych aktami wandalizmu lub kradzieżą. Jak wskazano powyżej[202], dokonanie wydatków na zapobieżenie powiększania się szkody jest nie tylko prawem, ale i obowiązkiem poszkodowanego, a ich zaniechanie może być uznane za przyczynienie się do powstania szkody.

W 12 postępowaniach żądano zwrotu kosztów holowania pojazdu, przy czym we wszystkich tych przypadkach roszczenie było oparte na zasadach odpowiedzialności określonych przepisami prawa. Żądanie takie zostało uwzględnione w całości w 6, a oddalone w 3 przypadkach. Trzy sprawy zakończyły się bez rozstrzygnięcia merytorycznego.

W jednej ze spraw[203], w której oddalono roszczenie w zakresie kosztów holowania pojazdu, przedmiotem sporu był koszt w stosunkowo znacznej wysokości 10.980 zł. Chodziło tu nie o koszt odholowania pojazdu z miejsca wypadku, ale o jego transport do Wielkiej Brytanii. Poszkodowana postanowiła go tam przewieźć, gdyż uznała, że nie jest w stanie sprzedać w Polsce pojazdu przystosowanego do ruchu lewostronnego, który został uszkodzony w wyniku wypadku. Sąd oddalił powództwo w zakresie kosztów holowania, przyjmując, że niemożliwość sprzedaży wraku w Polsce nie została udowodniona.

Zwrotu kosztów parkingu uszkodzonego pojazdu dochodzono jedynie w trzech sprawach, przy czym we wszystkich z nich roszczenie w zakresie tego kosztu uwzględniono w całości.

10. Koszty prywatnych opinii rzeczoznawców

Kosztom prywatnej ekspertyzy poniesionym na etapie postępowania przedsądowego jako elementowi szkody została poświęcona uchwała Sądu Najwyższego z 18.05.2004 r.[204] Zgodnie z jej tezą: „[o]dszkodowanie przysługujące z umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych za szkody powstałe w związku z ruchem tych pojazdów może – stosownie do okoliczności sprawy – obejmować także koszty ekspertyzy wykonanej na zlecenie poszkodowanego". W uzasadnieniu SN nakazał m.in. ocenić: „czy poniesienie tego kosztu było obiektywnie uzasadnione i konieczne także w kontekście ułatwienia

[201] III CZP 20/17, LEX nr 2340475.
[202] Zob. pkt 8.2 tej części opracowania.
[203] Postępowanie toczące się przed Sądem Rejonowym w Słupsku, sygn. akt I C 2260/12.
[204] III CZP 24/04, OSNC 2005/7–8, poz. 117.

określenia prawidłowo konkretnego ubezpieczyciela, jak i ułatwienia zakładowi ubezpieczeń ustalenia okoliczności wypadku i rozmiarów szkody".

Uzasadniając możliwość żądania zwrotu wydatków należących do analizowanej kategorii, należy wyjść od stwierdzenia, że są one ponoszone w celu zapewnienia naprawienia szkody przez osobę odpowiedzialną. Poniesienie wydatków na prywatnego rzeczoznawcę pozostaje w normalnym związku przyczynowym ze zdarzeniem szkodzącym. Jego zajście jest warunkiem *sine qua non* zlecenia sporządzenia opinii, a w zwykłych okolicznościach zwiększa prawdopodobieństwo, że zlecenie takie zostanie udzielone. Ustalenie to nie usuwa jednak wszystkich wątpliwości. W szczególności konieczne jest wyjaśnienie, czy zwrot wydatków należy się dlatego, że odpowiedzialny odszkodowawczo ponosi skutki pierwotnego zdarzenia szkodzącego czy też może raczej z tego powodu, iż niewłaściwie wykonuje swoje zobowiązanie odszkodowawcze, czym sprawia, że poszkodowany decyduje się zamówić ekspertyzę. Przyjęcie tego drugiego założenia oznaczałoby, że poszkodowany może żądać zwrotu poniesionego wydatku jedynie wówczas, gdy stanowisko dłużnika co do wysokości odszkodowania lub zasady ponoszenia odpowiedzialności było nieprawidłowe, co zresztą w praktyce z reguły potwierdza przygotowana ekspertyza. Gdyby natomiast było inaczej i opinia przygotowana na zlecenie poszkodowanego potwierdziła wcześniejsze ustalenia dłużnika, roszczenie o zwrot kosztów ekspertyzy powinno zostać oddalone, gdyż nie sposób wówczas stwierdzić naruszenia wykonania zobowiązania odszkodowawczego. Jak się wydaje, w praktyce sądy są bardziej skłonne do przyjęcia tego właśnie sposobu rozumowania. Przemawia za nim dodatkowo argument, zgodnie z którym w stosunkach zobowiązaniowych zasadą jest, że wierzyciel, który chce zweryfikować jakość świadczenia oferowanego mu przez dłużnika lub podstawy odmowy jego spełnienia, ponosi samodzielnie koszty takiej weryfikacji.

Przeciwko powyższemu wnioskowi przemawia jednak fakt, że zlecając przygotowanie opinii poszkodowany nie wie, jaka będzie jej treść, i może pozostawać w (niejednokrotnie potwierdzonym doświadczeniem życiowym) przekonaniu, że podmiot odpowiedzialny za szkodę zaniża wysokość należnego świadczenia lub bezpodstawnie uchyla się od jego spełnienia. Weryfikacja stanowiska drugiej strony jest więc z reguły działaniem celowym i rozsądnym. Zakładając, że odpowiedzialny za szkodę będzie zobowiązany do zwrotu poniesionych kosztów jedynie, gdy okaże się, że niewłaściwie wypełnia swoje zobowiązanie odszkodowawcze, poszkodowany poniesie samodzielnie część konsekwencji zdarzenia szkodzącego. Co więcej, należy wziąć pod uwagę, że w stosunki odszkodowawcze o charakterze deliktowym poszkodowany wdaje się bez własnej woli, co może usprawiedliwiać ich odmienne potraktowanie w porównaniu do innych zobowiązań, gdzie strona musi liczyć się z koniecznością weryfikacji jakości świadczenia oferowanego przez kontrahenta już w chwili zawierania umowy. Trudno byłoby wytłumaczyć, dlaczego podmiot, dotknięty wbrew swojej woli skutkami zdarzenia szkodzącego, miałby samodzielnie ponieść część jego konsekwencji, gdy nie można postawić mu zarzutu jakiejkolwiek niewłaściwości postępowania.

Ostatecznie uprawnia to do postawienia wniosku, zgodnie z którym istotne jest jedynie spełnienie przesłanki adekwatnego związku przyczynowego między wydatkiem poniesionym przez poszkodowanego na opinię rzeczoznawcy a pierwotnym

zdarzeniem szkodzącym. Bez znaczenia powinno natomiast pozostawać, czy podmiot odpowiedzialny za szkodę dopuścił się jakichkolwiek uchybień w wykonaniu swojego zobowiązania. Nie oznacza to, że ewentualne nienależyte wykonanie pierwotnego zobowiązania odszkodowawczego jest zupełnie pozbawione znaczenia. Może ono sprawić, że wydatki poniesione w związku z takimi zachowaniami będą wyższe, niż gdyby zobowiązanie zostało wykonane należycie, gdyż konieczna będzie np. dodatkowa opinia.

Jak wyżej wskazano, zwrotu kosztów prywatnych opinii rzeczoznawców dochodzono w 43 sprawach, przy czym w każdej z nich podstawą roszczeń były zasady odpowiedzialności określone przepisami prawa. W 37 przypadkach powodem był bezpośrednio poszkodowany, a w sześciu – cesjonariusz poszkodowanego. Spośród wszystkich wymienionych spraw roszczenie w odniesieniu do zwrotu kosztu opinii zostało ostatecznie uwzględnione w całości w 29 przypadkach. W całości oddalono je w 7 sprawach. Charakterystyczne jest, że brak było spraw, w których odpowiednie roszczenie uwzględniono w części. Bez rozstrzygnięcia merytorycznego zakończyło się 6 postępowań.

Jedynie w jednej ze spraw, w których roszczenie zostało oddalone[205], uzasadniono jego oddalenie argumentami odwołującymi się do natury analizowanego roszczenia. Sąd przyjął w niej, że koszty prywatnej ekspertyzy nie są ani kosztami postępowania, ani wydatkami objętymi dyspozycją art. 826 § 4 k.c. Podniesiono przy tym, że w orzecznictwie istnieje utrwalone stanowisko, zgodnie z którym ekspertyzy opracowane na zlecenie jednej ze stron należy traktować jako część argumentacji, ewentualnie jedynie jako dowód z dokumentu prywatnego, z którym można łączyć tylko takie domniemanie, iż osoba, która go podpisała, wyraziła zawarty w nim pogląd. To stwierdzenie jest prawdziwe, jednak w świetle przyjętych ustaleń nie może uzasadniać oddalenia żądania.

Uzasadniając konieczność poniesienia przez poszkodowanego kosztów prywatnej ekspertyzy i możliwości żądania zwrotu jej kosztów, sądy powoływały się na ogół na fakt, że zlecenie sporządzenia opinii było potrzebne do dochodzenia należności i tylko w taki sposób poszkodowany mógł się przekonać co do słuszności stanowiska drugiej strony. W 7 przypadkach sądy odwołały się w uzasadnieniu do faktu, że pozwany zaniżył wysokość oferowanego odszkodowania na etapie przedsądowym. Jednocześnie nie odnotowano żadnej sprawy, w której zasądzono wyłącznie zwrot kosztów prywatnej opinii rzeczoznawców, bez innych elementów szkody. Może to prowadzić do wniosku, że w praktyce nie jest przyjęty zaprezentowany powyżej sposób rozumowania co do możliwości żądania zwrotu analizowanego kosztu w każdym przypadku, bez względu na zachowanie dłużnika w procesie likwidacji szkody, a w szczególności bez względu na to, czy zaniża on należne odszkodowanie.

Interesujące może być zestawienie wysokości sum, jakich zwrotu żądano z tytułu kosztów przedsądowych opinii rzeczoznawców, z kosztami przyznawanymi biegłym w postępowaniach sądowych. Przeciętne roszczenie o zwrot wydatków wynosiło 519,92 zł, mediana 369,00 zł, wynagrodzenie najniższe 148 zł, a najwyższe 4.517,21 zł. Jak wyżej wspomniano[206], dla wynagrodzeń biegłych w sprawach,

[205] Sprawa rozpoznawana przez Sąd Rejonowy w Tarnowskich Górach, sygn. akt I C 1462/13.
[206] Zob. pkt 2.4 części II.

w których dochodzono wyłącznie naprawienia szkody na mieniu, wartości te wynosiły odpowiednio: przeciętne 1.182,97 zł, mediana 1.098,50, wynagrodzenie najniższe 252,00 zł, a najwyższe 5.209,85 zł. Wynagrodzenia biegłych sądowych są więc wyższe, jednak wyciąganie na tym tle daleko idących wniosków byłoby pochopne bez szczegółowej analizy zakresu sporządzanych opinii.

11. Koszty przedsądowej pomocy prawnej

Orzecznictwo Sądu Najwyższego w odniesieniu do możliwości domagania się od odpowiedzialnego za szkodę zwrotu poniesionych kosztów przedsądowej pomocy prawnej przeszło ewolucję. Początkowo możliwość taka była odrzucana[207]. Pogląd ten został zweryfikowany w uchwale składu 7 sędziów z 13.03.2012 r.[208], zgodnie z którą: „[u]zasadnione i konieczne koszty pomocy świadczonej przez osobę mającą niezbędne kwalifikacje zawodowe, poniesione przez poszkodowanego w postępowaniu przedsądowym prowadzonym przez ubezpieczyciela, mogą w okolicznościach konkretnej sprawy stanowić szkodę majątkową podlegającą naprawieniu w ramach obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych [...]". Z uzasadnienia tego orzeczenia wynika jednak, że dopuszczalność żądania zwrotu kosztów nie jest regułą i zależy od szeregu czynników, w tym m.in. stopnia komplikacji związanych ze zgromadzeniem dowodów i sformułowaniem roszczeń. Zagadnienie zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w postępowaniu likwidacyjnym doczekało się też sporej liczby wypowiedzi przedstawicieli literatury[209].

Poszukując uzasadnienia dla roszczenia o zwrot wynagrodzenia pełnomocnika, należy wyjść od celu poniesienia tego wydatku. Jest nim przede wszystkim zapewnienie naprawienia szkody przez podmiot odpowiedzialny. Ponosząc koszt wynagrodzenia pełnomocnika, poszkodowany unika także konieczności podejmowania samodzielnych starań o uzyskanie naprawienia szkody. Ponieważ starania takie mogą być angażujące czasowo, poszkodowany może uchronić się w ten sposób od potencjalnej utraty zarobków, co oznacza, że ogranicza wysokość szkody. Jeżeli zaś poszkodowany pragnie jedynie zaoszczędzić sobie mitręgi i czasu, który mógłby wykorzystać na aktywności niezwiązane z uzyskiwaniem przychodów, to należy przyjąć, że zlecając prowadzenie sprawy pełnomocnikowi samodzielnie usuwa skutki zdarzenia szkodzącego (przywraca stan poprzedni). Jak wynika z uwag zawartych w poprzednich częściach niniejszego opracowania, poszkodowany jest uprawniony do ponoszenia wydatków kierujących się na osiągnięcie każdego z wymienionych

[207] Wyroki SN: z 11.06.2001 r., V CKN 266/00, OSP 2002/3, poz. 40; z 20.02.2002 r., V CKN 908/00, LEX nr 54365; z 7.08.2003 r., IV CKN 387/01, LEX nr 141410.

[208] III CZP 75/11, OSNC 2012/7–8, poz. 81.

[209] Por. m.in. A. Daszewski, *Zwrot kosztów ustanowienia pełnomocnika na etapie postępowania przedsądowego w świetle uchwały Sądu Najwyższego z dnia 13 marca 2012 r. Wprowadzenie*, „Rozprawy Ubezpieczeniowe" 2012/2, s. 93 i n.; T. Młynarski, *Zwrot kosztów ustanowienia pełnomocnika na etapie postępowania przedsądowego – stan sprzed uchwały i po uchwale Sądu Najwyższego z dnia 13 marca 2012 r.*, „Rozprawy Ubezpieczeniowe" 2012/2, s. 109 i n.; M. Wałachowska, M.P. Ziemiak, *Kompensacja kosztów pomocy prawnej w postępowaniu likwidacyjnym*, „Państwo i Prawo" 2014/1, s. 58 i n.; E. Kowalewski, M. Nesterowicz, E. Bagińska, M. Wałachowska, M.P. Ziemiak, W.W. Mogilski, M. Serwach, *W sprawie refundacji kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w ubezpieczeniowym postępowaniu likwidacyjnym*, „Wiadomości Ubezpieczeniowe" 2011/4, s. 13 i n.

celów[210], w związku z czym możliwość żądania zwrotu wynagrodzenia pełnomocnika nie powinna ulegać wątpliwości.

W kontekście powyższego na krytykę zasługują niektóre stwierdzenia zawarte w uzasadnieniu przywołanej powyżej uchwały składu 7 sędziów SN z 13.03.2012 r. Trudno znaleźć w obowiązującym prawie podstawy dla wynikającego z sentencji poglądu, że zwrotowi może podlegać wyłącznie wynagrodzenie „osoby mającej niezbędne kwalifikacje zawodowe". W uzasadnieniu zasugerowano również, że uprawnienie do uzyskania zwrotu kosztów występować będzie z reguły wtedy, gdy wypadek spowodował szkodę na osobie, a nie tylko na mieniu, przy czym ocenie powinna podlegać także fizyczna zdolność poszkodowanego do prowadzenia spraw związanych z dochodzeniem roszczeń. Dla ograniczenia takiego nie ma podstaw, a wynikający z tego stwierdzenia sposób rozumowania zaprzecza przyjmowanemu w pracy założeniu, że poszkodowany uprawniony jest do podejmowania działań mających na celu wyeliminowania skutków, jakie zdarzenie szkodzące wywołało w jego życiu.

Trafnie SN przyjmuje natomiast, że możliwość żądania zwrotu kosztów występować będzie w przypadkach: „w których osobiste uczestnictwo poszkodowanego w postępowaniu likwidacyjnym wiązać się będzie z większymi kosztami (utrata zarobków, dojazd) niż powierzenie tych czynności odpłatnie pełnomocnikowi". Stwierdzenie to podkreśla prawo (a może także obowiązek) poszkodowanego do ograniczania wysokości szkody. Nie sposób jednak zgodzić się z uwagą, że żądania zwrotu wydatków nie uzasadnia „samo dążenie do wygody i ujęcia obowiązków poszkodowanemu". Wynika z tego, że wyrządzenie szkody nakłada na poszkodowanego pewne obowiązki, od których nie może się on uwolnić. Co więcej, obowiązkami tymi SN wydaje się obarczać nie tylko poszkodowanego, ale również osoby mu bliskie, gdyż stwierdza, że „każdorazowo konieczne jest rozważenie celowości poniesienia wydatków, zwykle bowiem pomoc świadczona jest przez członków rodziny zobowiązanych do podjęcia określonych czynności w ramach nieodpłatnej pomocy wzajemnej". Również te stwierdzenia pozostają w jawnej sprzeczności z przyjętym założeniem co do prawa poszkodowanego do podejmowania działań w celu samodzielnego odwrócenia skutków zdarzenia szkodzącego.

Przeprowadzone badania prowadzą do wniosku, że roszczenia o zwrot kosztów przedsądowej pomocy prawnej odgrywają w praktyce znikomą rolę. Roszczeń takich dochodzono jedynie w 4 sprawach. We wszystkich tych przypadkach dochodzono jednocześnie naprawienia innych szkód, w tym przede wszystkim szkód w pojeździe. Za każdym razem roszczenia dochodził bezpośrednio poszkodowany, a żądanie oparte było na ogólnych zasadach odpowiedzialności wynikających z przepisów prawa. Żądanie zwrotu kosztów przedsądowej pomocy prawnej zostało uwzględnione w całości w dwóch przypadkach[211], a w dwóch innych – oddalone[212].

W jednym z postępowań, w którym oddalono powództwo, sąd uznał, że sprawy wypadków komunikacyjnych, szczególnie na etapie postępowania likwidacyjnego, nie są skomplikowane i sprowadzają się do zgłoszenia szkody, co nie uzasadnia

[210] Co do zapewnienia naprawienia szkody zob. pkt 10 powyżej, co do zapobieżenia powiększania się szkody zob. pkt 8.2, a co do przywrócenia stanu poprzedniego zob. pkt 5.1 – wszystkie w tej części opracowania.

[211] Wyrok Sądu Rejonowego dla Warszawy-Mokotowa w Warszawie, sygn. akt I C 1583/14; wyrok Sądu Rejonowego Poznań-Stare Miasto, sygn. akt I C 1410/14/8.

[212] Wyrok Sądu Rejonowego w Kartuzach, sygn. akt I C 87/14; wyrok Sądu Rejonowego dla Warszawy-Mokotowa w Warszawie, sygn. akt II C 1189/14.

korzystania z pełnomocnika[213]. W drugim przypadku przyjęto, że „zasądzenie tych kosztów byłoby możliwe jedynie w sytuacji, w której powódka z przyczyn obiektywnych nie mogłaby uczestniczyć w procesie likwidacji szkody lub też z przyczyn bezpośrednio i indywidualnie związanych z powódką np. gdyby powódka była obcokrajowcem lub też osobą niedołężną"[214].

Z analizy badanych spraw wynika, że roszczenie o zwrot kosztów wynagrodzenia pełnomocnika było jedynie dwukrotnie zgłaszane na etapie przedsądowym, przy czym nie doszło do dobrowolnej wypłaty przez odpowiedzialnego za szkodę żadnej kwoty z tego tytułu. Dane te należy zestawić z ustaleniami ogólnymi odnoszącymi się do wszystkich przebadanych spraw[215], z których wynika, że pełnomocnik jest najczęściej ustanawiany już na etapie przedsądowym. Prowadzi to do wniosku, że poszkodowani bardzo często zmuszeni są samodzielnie pokryć koszty działania pełnomocnika. Stan ten należy ocenić negatywnie, a wynika on najprawdopodobniej z niechętnego stanowiska orzecznictwa, w tym Sądu Najwyższego, w odniesieniu do możliwości domagania się zwrotu analizowanego rodzaju kosztu.

12. Inne szkody

Jak wskazano powyżej, naprawienia szkód innego rodzaju niż omówione powyżej domagano się łącznie w 18 sprawach. Kategoria ta obejmuje bardzo różne przypadki (m.in. koszt badania technicznego pojazdu, odrębnie ujęte koszty załadunku pojazdu na lawetę i koszty podstawienia wynajętego pojazdu, utrata zniżek z ubezpieczenia autocasco, uszkodzony kask motocyklisty i zniszczona odzież). Ze względu na tę różnorodność trudno wyciągnąć na podstawie uzyskanych danych jakiekolwiek ogólne wnioski.

13. Odsetki za opóźnienie

W odniesieniu do odsetek za opóźnienie od świadczenia odszkodowawczego w orzecznictwie i literaturze nie ma zgody co do chwili, od której można je naliczać. Według jednego poglądu fakt, że zgodnie z art. 363 § 2 k.c. wysokość odszkodowania – co do zasady – powinna być określona według cen z daty ustalenia odszkodowania, czyli na ogół na datę wyrokowania, uzasadnia przyznanie odsetek dopiero od tej chwili[216]. Trafne wydaje się jednak odmienne stanowisko, zgodnie z którym ustalenie odszkodowania według cen z daty wyrokowania nie niweluje ewentualnego wcześniejszego opóźnienia dłużnika ze spełnieniem świadczenia. Odsetki za okres poprzedzający moment wyrokowania powinny być jednak naliczane nie od odszkodowania w wysokości ustalonej na dzień wyrokowania, lecz od odszkodowania w takiej wysokości, z jakim dłużnik pozostawał w opóźnieniu[217].

[213] Wyrok Sądu Rejonowego w Kartuzach, sygn. akt I C 87/14.
[214] Wyrok Sądu Rejonowego dla Warszawy-Mokotowa w Warszawie, sygn. akt II C 1189/14.
[215] Zob. pkt 2.1 I części opracowania.
[216] Tak m.in. SN w wyroku z 10.02.2000 r., II CKN 725/98, OSNC 2000/9, poz. 158; M. Kaliński, *Szkoda*..., s. 528–532 oraz przywoływane tam orzecznictwo i literatura.
[217] M. Lemkowski, *Odsetki cywilnoprawne*, Warszawa 2007, s. 276 i n. M. Zelek, *Wymagalność pieniężnych roszczeń odszkodowawczych a możliwość żądania odsetek za opóźnienie*, „Studia Prawa Prywatnego" 2017/2, s. 12 i n. Por. też wyrok SN z 13.03.2013 r., IV CSK 512/12, LEX nr 1324319.

W praktyce sądy na ogół nie mają wątpliwości co do możliwości żądania odsetek za okres, kiedy odpowiedzialny za szkodę pozostaje w opóźnieniu. Potwierdza to również przeprowadzone badanie. Odsetki z tytułu opóźnienia zasądzono łącznie w 174 sprawach. Spośród nich w 132 przypadkach zasądzono odsetki od daty wymagalności roszczenia odszkodowawczego, co na ogół oznaczało wymagalność określoną zgodnie z art. 14 ustawy o ubezpieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze Ubezpieczycieli Komunikacyjnych[218]. Od daty wyrokowania lub od daty zamknięcia rozprawy zasądzono odsetki jedynie w 6 przypadkach. Aż w 36 postępowaniach zasądzono odsetki od innej daty, co najczęściej oznaczało datę wytoczenia powództwa (15 spraw) lub datę decyzji ubezpieczyciela co do odmowy uznania roszczeń powoda (11 spraw). Zasądzenie odsetek od tych innych dat wynikało z reguły ze sformułowania żądania przez powoda. Były to daty późniejsze, niż data wymagalności roszczenia.

Wśród 6 spraw, w których odsetki zasądzono od daty wyrokowania lub od daty zamknięcia rozprawy, aż w 5 przypadkach kwestia początku naliczania odsetek budziła spór między stronami lub wątpliwości sądu. W związku z tym należy uznać, że w wymienionych sprawach sądy świadomie przyjęły wyrażany w literaturze pogląd, o którym mowa powyżej. Dwa z wymienionych postępowań toczyły się przed Sądem Rejonowym w Zaganiu, a dwa przed Sądem Rejonowym dla Warszawy-Mokotowa w Warszawie. Mając na uwadze ogólną liczbę badanych spraw, należy zwrócić uwagę, że przypadki te były bardzo nieliczne.

IV. WNIOSKI

Przeprowadzone badania odnoszą się tylko do jednego rodzaju szkód na mieniu, jakimi są szkody wynikające z wypadków komunikacyjnych. Nie ulega jednak wątpliwości, że w praktyce właśnie te szkody są najbardziej typowe i powtarzalne. Jednocześnie zaś nie wydaje się, przynajmniej wstępnie, by analizowana kategoria szkód miała takie cechy szczególne, które nie pozwalają przenieść wyciągniętych na jej tle wniosków na inne przypadki szkód na mieniu. Aby zweryfikować tę tezę, należałoby jednak zalecić przeprowadzenie dodatkowych badań.

Dokonane analizy prowadzą w pierwszej kolejności do wniosku, że między regulacją naprawienia szkody w Kodeksie cywilnym a szeroko rozpowszechnioną praktyką istnieje zasadnicza rozbieżność. W art. 363 § 1 k.c. przewidziano dwa sposoby naprawienia szkody: rekompensatę pieniężną oraz przywrócenie stanu poprzedniego. W analizowanej praktyce przywrócenie stanu poprzedniego jednak nie występuje. Jego miejsce zajmuje natomiast swoisty surogat, którym jest naprawienie szkody metodą kosztorysową. Dopuszczalność stosowania tej metody na gruncie obowiązującego stanu prawnego można starać się uzasadnić, przynajmniej w odniesieniu do sytuacji, w których obowiązany do naprawienia szkody jest ubezpieczyciel OC, wymaga to jednak skomplikowanych zabiegów interpretacyjnych. Jak wykazały przeprowadzone badania, metoda kosztorysowa ma w praktyce podstawowe znaczenie. Inne sposoby naprawienia szkody stosuje się jedynie uzupełniająco, przede wszystkim w tych sytuacjach, gdy zachodzą przesłanki niedopuszczalności żądania

[218] Zob. przypis 21.

przywrócenia stanu poprzedniego przewidziane w art. 363 § 1 zd. 2 k.c., które zgodnie z ogólnie akceptowanym poglądem należy odnieść także do naprawienia szkody metodą kosztorysową.

Daleko idąca rozbieżność między regulacją ustawową a rozpowszechnioną praktyką sprawiła, że regulacja ta stała się swoistym „pomnikiem prawa" – instytucją, która nie służy do rozwiązywania praktycznych problemów. Stan ten należy ocenić negatywnie. Cierpi na nim autorytet prawa, a praktyka, nieograniczona regulacją ustawową, ma tendencje do wynaturzania się, czego dowodem są przypadki stosowania metody kosztorysowej także w sytuacjach, gdy jasne jest, że nie da się osiągnąć przywrócenia stanu poprzedniego, czyli tego, czemu metoda kosztorysowa powinna z założenia służyć.

Biorąc pod uwagę utrzymujące się już co najmniej od kilkudziesięciu lat rozpowszechnienie metody kosztorysowej w praktyce, trzeba uznać, że odpowiada ona potrzebom społecznym. W związku z tym należy postulować nadanie jej rangi ustawowej, co pozwoliłoby na zlikwidowanie utrzymującej się rozbieżności między praktyką a przepisami. Jednocześnie zaś możliwe byłoby wyraźne ograniczenie dopuszczalności stosowania metody kosztorysowej wyłącznie do przypadków, gdy przywrócenie stanu poprzedniego wchodzi jeszcze w rachubę. Akceptacja dla żądania odszkodowania odpowiadającego kosztom hipotetycznej naprawy rzeczy w sytuacji, w której naprawa nie może być dokonana, prowadzi do nieuzasadnionego wzrostu wysokości roszczeń odszkodowawczych i możliwości wzbogacenia się poszkodowanych na wyrządzanych im szkodach. Sytuację taką należy ocenić negatywnie, a jej skutkiem jest m.in. wzrost wysokości składek ubezpieczeniowych. Uruchamia ona także mechanizmy obronne po stronie ubezpieczycieli, którzy – nie mogąc ustrzec się przed nieuzasadnionymi roszczeniami poszkodowanych w przypadkach, gdy powinni mieć taką możliwość – skłonni są z reguły zaniżać wysokości wypłacanych odszkodowań.

Kwestią pozostającą do rozważenia powinno być również, czy w razie ustawowego uregulowania metody kosztorysowej nie należałoby wyraźnie wskazać, że poszkodowany może żądać zapłaty odszkodowania odpowiadającego jedynie przeciętnym kosztom przywrócenia stanu poprzedniego (naprawy rzeczy). Merytoryczna potrzeba takiego ograniczenia wydaje się oczywista. O ile należy się zgodzić z tym, że poszkodowany, który sam naprawił rzecz, powinien mieć możliwość żądania zwrotu faktycznie poniesionych wydatków, nawet jeżeli poniósł je według najwyższych cen występujących na lokalnym rynku, o tyle nieusprawiedliwione wydaje się, by takie same ceny mogły stanowić punkt odniesienia do żądania zapłaty z góry sumy koniecznej do dokonania naprawy. W większości sytuacji oznaczałoby to w praktyce, że poszkodowany uzyska ostatecznie korzyść w związku z wyrządzoną mu szkodą. Kwestia ta niekoniecznie wymaga jednak zmiany regulacji ustawowej, a wystarczające wydaje się odpowiednie ukształtowanie orzecznictwa. Z przeprowadzonego badania wynika zresztą, że orzecznictwo na ogół prawidłowo rozwiązuje ten problem, gdyż mimo formalnego odwoływania się do kryteriów określania wysokości wydatków stosowanych w przypadku, w którym poszkodowany faktycznie samodzielnie naprawił rzecz, przy stosowaniu metody kosztorysowej częściej brane są pod uwagę ceny przeciętne.

Ustawowe uregulowanie kosztorysowej metody naprawienia szkody nie oznacza, że należy całkowicie zrezygnować z możliwości żądania przywrócenia stanu

poprzedniego *in natura*. Mimo że przypadek taki nie wystąpił w analizowanych sprawach, nie należy odrzucać możliwości, iż żądanie przywrócenia stanu poprzedniego może zaspokajać interesy poszkodowanego w mniej typowych sytuacjach niż występujące w razie wyrządzenia szkody wyrządzonej w wypadku komunikacyjnym.

W razie zmiany regulacji odnoszącej się do sposobów naprawienia szkody, za uzasadnione należałoby również uznać wyraźne uregulowanie prawa poszkodowanego do żądania zwrotu wydatków poniesionych w celu samodzielnego usunięcia skutków zdarzenia szkodzącego. Prawo takie jest w praktyce na ogół uznawane przez orzecznictwo i doktrynę, jednak celowe wydaje się stworzenie dla niego wyraźnej podstawy ustawowej. Przy tej okazji należałoby też wskazać, że uprawnienie to ma ograniczenia, a poszkodowany nie może żądać zwrotu kosztów, jeżeli są one nadmierne.

Konkretyzacja przedstawionych powyżej propozycji mogłaby polegać na zastąpieniu obecnego art. 363 § 1 k.c. regulacją następującej treści:

Naprawienie szkody powinno nastąpić przez zapłatę odpowiedniej sumy pieniężnej. Jeżeli możliwe jest przywrócenie stanu poprzedniego, zamiast zapłaty odpowiedniej sumy pieniężnej poszkodowany może żądać takiego przywrócenia lub zapłaty sumy pieniężnej koniecznej do jego dokonania, chyba że pociągałoby to za sobą dla zobowiązanego nadmierne trudności lub koszty.

Jeżeli poszkodowany przywrócił stan poprzedni, może żądać zwrotu wynikłych z tego kosztów, chyba że są one nadmierne.

Przedstawiona powyżej propozycja ma jedynie wstępny charakter. Za zasadne należałoby uznać poddanie jej analizie prawnoporównawczej, która nie była przedmiotem przeprowadzonych badań. Jedynie wstępnie można jednak zauważyć, że powyższa propozycja nie wydaje się sprzeczna z rozwiązaniami przyjmowanymi w innych europejskich systemach prawnych[219], a wyraźne zapisanie w ustawie metody kosztorysowej odpowiada rozwiązaniu przyjętemu w § 249 BGB.

Mniej daleko idący, a jednocześnie bardziej szczegółowy charakter mają wynikające z opracowania postulaty, które nie wymagają wprowadzenia zmian ustawowych. Sygnalizowana już była potrzeba zmiany zasługującej na negatywną ocenę praktyki stosowania metody kosztorysowej w przypadkach, gdy nie jest możliwa naprawa rzeczy. Realizacja tego postulatu jest możliwa także na tle obecnie obowiązujących przepisów i wymaga jedynie przyjęcia ich prawidłowej interpretacji.

Należy też powtórzyć wyrażane już wcześniej[220] postulaty w odniesieniu do praktyki orzeczniczej w zakresie zwrotu kosztów najmu pojazdu zastępczego. W szczególności mowa tu o:

1. Propozycji rezygnacji ze stanowiska, zgodnie z którym należy oceniać zasadność najmu pojazdu zastępczego, biorąc pod uwagę sposób i intensywność korzystania z pojazdu przez poszkodowanego. Najem taki

[219] Por. *Principles, Definitions and model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, red. Ch. von Bar, E. Clive, Monachium 2009, s. 3721–3742; E. Bagińska, *Formy reparacji szkody na mieniu we współczesnym prawie odszkodowawczym – konwergencje, przemilczenia i perspektywy* [w:] *Odszkodowanie za ubytek*…, s. 29 i n.

[220] Zob. M. Krajewski, *Dochodzenie*..., s. 70.

powinien być uznany za zasadny w każdym przypadku, gdy prowadzi to do odtworzenia stanu istniejącego poprzednio.

2. Propozycji zmiany stanowiska, zgodnie z którym poszkodowanego obciążają skutki zwłoki warsztatu samochodowego w naprawie pojazdu. Stanowisko to jest merytorycznie nieuzasadnione, a prowadzi do konieczności badania w każdym przypadku, jaki byłby czas naprawy pojazdu, gdyby dokonywano jej bez opóźnień.

W założeniu przedstawione propozycje mają doprowadzić do sytuacji, w której sąd będzie musiał w procesie rozstrzygać mniejszą ilość kwestii spornych, co powinno skutkować skróceniem czasu trwania postępowań i zmniejszeniem związanych z nimi kosztów.

Abstract

Marcin Krajewski, *Property damage resulting from traffic accidents*

This paper presents conclusions from a case file study covering 244 lawsuits conducted before various courts throughout Poland. The first part presents the basic information about the examined cases, such as the legal status of the claimant and the defendant, the value of claims pursued, the involvement of expert and other witnesses, the duration and outcome of the proceedings. Among the information provided in this part of the paper, it is worth emphasising that there is a relatively low percentage of claims pursued directly by law firms specialising in insurance recovery compared to the attention they receive in the media, evidence is quite frequent (some 80% of cases) taken from expert opinions, and such proceedings are relatively lengthy.

The next part of the paper contains the fundamental dogmatic considerations, with references to views expressed in case law and literature, as well as data about individual kinds of property damage, such as 'total loss'; the actual repair costs; compensation calculated using the method based on cost estimates; diminution in economic value of the vehicle; reimbursement of costs of renting a replacement vehicle; vehicle towing and parking costs; costs of private opinions of motor vehicle surveyors; and pre-litigation legal assistance. The conclusion from this part is that in the observed practice there are absolutely no claims for restoring the original condition in natura. They were replaced by claims for redressing the damage using cost estimates. At the same time it is observed that this method is abused, which means that it is also used when the obtained funds obviously cannot be used to restore the damaged vehicle to the original condition, because it cannot be repaired.

The paper ends with proposals of legislative amendments and changes in the practice of applying the law. In line with these proposals it seems reasonable to amend the Civil Code so that it expressly provides for redressing the damage using a method based on cost estimates, which is the most frequent one used in practice. Even if no legislative amendments are introduced, it seems justified to correct the prevailing practice by abandoning the cost estimate method in cases when restoration to the original condition is impossible. The paper also presents proposals concerning compensation in the form of reimbursement of the costs of renting a replacement vehicle.

Keywords: *property damage, compensation, insurer, third party liability insurance of owners of motor vehicles; vehicle repair costs; costs of spare parts; voluntary expenses of the injured party; renting a replacement vehicle, motor vehicle surveyors' fees, costs of legal assistance, default interest*

Streszczenie

Marcin Krajewski, *Szkoda na mieniu wynikająca z wypadków komunikacyjnych*

Opracowanie obejmuje wnioski wynikające z przeprowadzonych badań akt 244 postępowań sądowych toczących się w różnych sądach na obszarze całego kraju. W pierwszej części przedstawione zostały podstawowe dane dotyczące badanych spraw, takie jak status prawny powoda i pozwanego, wartość dochodzonych roszczeń, zaangażowanie biegłych i świadków oraz czas trwania i wynik postępowania. Z danych, które zostały podane w tej części opracowania, na podkreślenie zasługuje stosunkowo niewielki udział bezpośredniego dochodzenia roszczeń przez tzw. kancelarie odszkodowawcze w porównaniu do uwagi, jaką poświęca się im w mediach, znaczna częstotliwość przeprowadzania dowodu z opinii biegłych (ok. 80% spraw) oraz stosunkowo długi czas trwania postępowań.

W kolejnej części opracowania przedstawione zostały zasadnicze rozważania dogmatyczne z odwołaniami do poglądów wyrażanych w orzecznictwie i literaturze, a także dane dotyczące poszczególnych rodzajów szkód na mieniu, takich jak szkoda „całkowita" w pojeździe, rzeczywiście poniesione koszty naprawy, odszkodowanie wyliczone metodą kosztorysową, utarta wartości handlowej pojazdu, zwrot kosztów najmu pojazdu zastępczego, koszty holowania i parkowania pojazdu, koszty prywatnych opinii rzeczoznawców oraz przedsądowej pomocy prawnej. Wnioskiem wynikającym z tej części opracowania jest całkowity brak w zaobserwowanej praktyce roszczeń o przywrócenie stanu poprzedniego in natura, które zostały wyparte przez żądanie naprawienia szkody metodą kosztorysową. Jednocześnie zaobserwowano również nadużywanie tej metody polegające na stosowaniu jej także w sytuacji, w której oczywiste jest, że uzyskane środki nie mogą zostać przeznaczone na przywrócenie stanu poprzedniego (naprawę uszkodzonego pojazdu), gdyż ta jest niemożliwa.

Opracowanie kończą wnioski de lege ferenda, a także postulaty odnoszące się do praktyki stosowania prawa. Zgodnie z nimi zasadna wydaje się zmiana przepisów Kodeksu cywilnego, tak aby przewidywały one wyraźnie naprawienie szkody metodą kosztorysową, która dominuje w praktyce. Nawet w razie braku zmian ustawowych uzasadniona wydaje się korekta panującej praktyki w postaci zaniechania stosowania metody kosztorysowej w przypadkach, gdy nie można już przywrócić stanu poprzedniego. W opracowaniu zgłoszono też postulaty w odniesieniu do odszkodowań w postaci zwrotu kosztów najmu pojazdu zastępczego.

Słowa kluczowe: *szkoda na mieniu, odszkodowanie, ubezpieczyciel, ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych; koszty naprawy pojazdu; koszty części zamiennych; dobrowolne wydatki poszkodowanego; najem pojazdu zastępczego, koszty rzeczoznawców, koszty pomocy prawnej, odsetki za opóźnienie*

Literatura

1. E. Bagińska, *Formy reparacji szkody na mieniu we współczesnym prawie odszkodowawczym – konwergencje, przemilczenia i perspektywy* [w:] *Odszkodowanie za ubytek wartości handlowej pojazdu poddanego naprawie*, red. E. Kowalewski, Toruń 2012;
2. M. Balas-Noszczyk, K. Malinowska, *W sprawie dopuszczalności spełnienia świadczenia z umowy ubezpieczenia w formie restytucji naturalnej (przywrócenia stanu poprzedniego)*, Prawo Asekuracyjne 1998, nr 4;
3. G. Bieniek, *Odpowiedzialność cywilna za wypadki drogowe*, Warszawa 2006;
4. U. Borowiecka, *Najem pojazdu zastępczego w przypadku umowy ubezpieczenia OC posiadaczy pojazdów mechanicznych w świetle orzecznictwa sądów powszechnych*, Monitor Ubezpieczeniowy 2010, nr 43;

5. B. Chmielowiec, *Utrata wartości handlowej pojazdu*, Monitor Ubezpieczeniowy 2012, nr 49;
6. A. Daszewski, *Zwrot kosztów ustanowienia pełnomocnika na etapie postępowania przedsądowego w świetle uchwały Sądu Najwyższego z dnia 13 marca 2012 r. Wprowadzenie*, Rozprawy Ubezpieczeniowe 2012, nr 2;
7. T. Dybowski, *Odpowiedzialność odszkodowawcza* [w:] *System prawa cywilnego*, t. 3, cz. 1, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. Z. Radwański, Wrocław1981;
8. B. Janiszewska, *Nadmierne koszty restytucji a odpowiedzialność ubezpieczyciela za tzw. szkody komunikacyjne*, Studia Iuridica 2007, t. 47;
9. B. Janiszewska, *Uwagi o ustaleniu „szkody całkowitej" w obowiązkowych ubezpieczeniach komunikacyjnych*, Studia Iuridica 2007, t. 47;
10. M. Kaliński, *Glosa do uchwały składu 7 sędziów SN z dnia 17 maja 2007 r., III CZP 150/06*, Prawo Asekuracyjne 2008, nr 2;
11. M. Kaliński, *Glosa do wyroku SN z dnia 12 stycznia 2006 r., II CK 327/05*, Prawo Asekuracyjne 2009, nr 1;
12. M. Kaliński, *O wadliwej obiektywizacji szkody*, Studia Iuridica 2007, t. 47;
13. M. Kaliński, *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*, Warszawa 2014;
14. T. Kotuk, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 17 listopada 2011 r., III CZP 5/11*, LEX/el. 2012;
15. E. Kowalewski, *Deminuacja wartości handlowej pojazdu poddanego naprawie jako przedmiot odszkodowania – koincydencja czy alternatywność roszczeń poszkodowanego* [w:] *Odszkodowanie za ubytek wartości handlowej pojazdu poddanego naprawie*, red. E. Kowalewski, Toruń 2012;
16. E. Kowalewski, *Najem pojazdu zastępczego a odszkodowanie z tytułu wypadku komunikacyjnego*, Prawo Asekuracyjne 2010, nr 3;
17. E. Kowalewski, *Odszkodowanie z tytułu wypadku komunikacyjnego a najem pojazdu zastępczego* [w:] *Odszkodowanie za niemożność korzystania z pojazdu uszkodzonego w wypadku komunikacyjnym*, red. E. Kowalewski, Toruń 2011;
18. E. Kowalewski, M. Nesterowicz, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 12.10.2001 r.*, Prawo Asekuracyjne 2003, nr 3;
19. E. Kowalewski, M. Nesterowicz, E. Bagińska, M. Wałachowska, M.P. Ziemiak, W.W. Mogilski, M. Serwach, *W sprawie refundacji kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w ubezpieczeniowym postępowaniu likwidacyjnym*, Wiadomości Ubezpieczeniowe 2011, nr 4;
20. E. Kowalewski, M. Wiśniewski, *Ustalanie ubytku wartości rynkowej pojazdów po naprawie w praktyce rzeczoznawczej* [w:] *Odszkodowanie za ubytek wartości handlowej pojazdu poddanego naprawie*, red. E. Kowalewski, Toruń 2012;
21. E. Kowalewski, M.P. Ziemiak, *Kompensacja ubytku wartości handlowej pojazdu po naprawie jako przedmiot odszkodowania – standard odszkodowawczy czy roszczenie ad casum* [w:] *Odszkodowanie za ubytek wartości handlowej pojazdu poddanego naprawie*, red. E. Kowalewski, Toruń 2012;
22. E. Kowalewski, M.P. Ziemiak, *Stypizowane stany faktyczne, w których refundacja kosztów najmu pojazdu zastępczego nie jest adekwatna* [w:] *Odszkodowanie za niemożność korzystania z pojazdu uszkodzonego w wypadku komunikacyjnym*, red. E. Kowalewski, Toruń 2011;
23. M. Krajewski, *Dochodzenie roszczeń o naprawienie szkody w postaci kosztów najmu pojazdu zastępczego w ramach ubezpieczenia OC posiadaczy pojazdów mechanicznych: możliwości ograniczenia liczby lub usprawnienia postępowań sądowych*, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa 2016;
24. M. Krajewski, *Ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej według kodeksu cywilnego*, Warszawa 2011;
25. K. Krupa-Lipińska, *Ubytek wartości handlowej pojazdu w kontekście rodzajów szkody oraz problematyki związku przyczynowego* [w:] *Odszkodowanie za ubytek wartości handlowej pojazdu poddanego naprawie*, red. E. Kowalewski, Toruń 2012;
26. K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechs. Erster Band. Allgemeiner Teil*, München 1987;
27. M. Lemkowski, *Odsetki cywilnoprawne*, Warszawa 2007;

28. K. Ludwichowska, *Odpowiedzialność cywilna i ubezpieczeniowa za wypadki samochodowe*, Toruń 2008;
29. A. Łazarska, *Szacowanie szkody za utratę możliwości korzystania z uszkodzonego pojazdu*, Przegląd Sądowy 2014, nr 5;
30. K. Malinowska [w:] *Prawo o kontraktach w ubezpieczeniach*, red. Z. Brodecki, Kraków 2003;
31. M. Maliszewska, *Roszczenie o zwrot kosztów najmu pojazdu zastępczego wobec zakładu ubezpieczeń*, Rozprawy Ubezpieczeniowe, 2013, nr 2;
32. T. Młynarski, *Zwrot kosztów ustanowienia pełnomocnika na etapie postępowania przedsądowego – stan sprzed uchwały i po uchwale Sądu Najwyższego z dnia 13 marca 2012 r.*, Rozprawy Ubezpieczeniowe 2012, nr 2;
33. Z.K. Nowakowski, *Odpowiedzialność zakładu ubezpieczeń za szkody przyszłe związane z wypadkami samochodowymi* [w:] *Obowiązkowe ubezpieczenia komunikacyjne w PRL. Zagadnienia wybrane*, red. A. Wąsiewicz, Poznań 1979;
34. A. Olędzka, *Obniżenie wartości handlowej pojazdu po naprawie a odszkodowanie z tytułu ubezpieczenia komunikacyjnego OC*, Wiadomości Ubezpieczeniowe 2012, nr 1;
35. M. Orlicki, *Umowa ubezpieczenia*, Warszawa 2002;
36. B. Panfil, *O zwrocie kosztów najmu pojazdu zastępczego w związku z uszkodzeniem pojazdu poszkodowanego – kiedy powstaje szkoda*, Glosa 2014, nr 2;
37. M. Piwowar, *O sposobach naprawienia szkody*, Państwo i Prawo 2013, nr 4;
38. *Principles, Definitions and model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, Ch. von Bar (ed.), E. Clive, Munich 2009;
39. A. Raczyński, *Sytuacja prawna poszkodowanego w ubezpieczeniu odpowiedzialności cywilnej*, Warszawa 2010;
40. Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2016;
41. M. Serwach, *Pozbawienie możliwości korzystania z pojazdu mechanicznego w orzecznictwie sądowym i poglądach A. Szpunara* [w:] *Odszkodowanie za niemożność korzystania z pojazdu uszkodzonego w wypadku komunikacyjnym*, red. E. Kowalewski, Toruń 2011;
42. S. Sołtysiński, *Odpowiedzialność PZU w ramach obowiązkowych ubezpieczeń komunikacyjnych OC za szkody powstałe w następstwie niemożliwości korzystania z pojazdu przez poszkodowanego* [w:] *Obowiązkowe ubezpieczenia komunikacyjne w PRL. Zagadnienia wybrane*, red. A. Wąsiewicz, Poznań 1979;
43. Stanowisko Rzecznika Ubezpieczonych w sprawie refundacji kosztów najmu pojazdu zastępczego z OC komunikacyjnego, dostępne pod adresem: https://rf.gov.pl/files/3008__5195__Refundacja_kosztow_najmu_pojazdu_zastepczego_w_ocenie_Rzecznika_Ubezpieczonych.pdf;
44. T. Szanciło, *Glosa do uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 17 listopada 2011 r., III CZP 5/11*, Orzecznictwo Sądów Polskich 2013/1, poz. 2;
45. T. Szczurowski, *Odszkodowanie za utratę możliwości korzystania z uszkodzonego pojazdu*, Monitor Prawniczy 2012, nr 9;
46. A. Szpunar, *Odszkodowanie za szkodę majątkową. Szkoda na mieniu i osobie*, Bydgoszcz 1998;
47. A. Szpunar, *Utrata możliwości korzystania z rzeczy*, Rejent 1998, nr 10;
48. A. Szpunar, *Ustalenie odszkodowania z tytułu obowiązkowego ubezpieczenia komunikacyjnego*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 1993, z. 1;
49. A. Szpunar, *Ustalenie odszkodowania w prawie cywilnym*, Warszawa 1975;
50. R. Trzaskowski, *Koszty najmu pojazdu zastępczego jako szkoda*, Palestra 2012, nr 7–8;
51. R. Trzaskowski, W. Borysiak, *Dochodzenie roszczeń o naprawienie szkody w postaci kosztów najmu pojazdu zastępczego w ramach ubezpieczenia OC posiadaczy pojazdów mechanicznych (perspektywa prawnoporównawcza)*, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa 2016;
52. M. Wałachowska, *Utrata posiadania rzeczy jako szkoda ze szczególnym uwzględnieniem pojazdu mechanicznego* [w:] *Odszkodowanie za niemożność korzystania z pojazdu uszkodzonego w wypadku komunikacyjnym*, red. E. Kowalewski, Toruń 2011;
53. M. Wałachowska, M.P. Ziemiak, *Kompensacja kosztów pomocy prawnej w postępowaniu likwidacyjnym*, Państwo i Prawo 2014, nr 1;

54. W. Warkałło, *Odpowiedzialność odszkodowawcza. Funkcje, rodzaje granice*, Warszawa 1972;
55. P. Wawszczak, *Części zamienne – nowe, ale jakie? – wnioski i uwagi z lektury wystąpienia Rzecznika Ubezpieczonych z dnia 8 listopada 2011 r. i postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 20 czerwca 2012 r.*, Rozprawy Ubezpieczeniowe 2013, nr 1;
56. P. Wawszczak, *Najem pojazdu zastępczego – stan sprzed uchwały i po uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 listopada 2011 r.*, Rozprawy Ubezpieczeniowe 2012, nr 1;
57. A. Wąsiewicz, *Ubezpieczenia komunikacyjne*, oprac. M. Orlicki, M. Wąsiewicz, Bydgoszcz–Poznań 2001;
58. A. Wąsiewicz, M. Orlicki, *Koszt usługi likwidacji szkody jako element odszkodowania z tytułu ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych*, Prawo Asekuracyjne 1999, nr 3;
59. A. Wiewiórowska-Domagalska, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 17.11. 2011 r., III CZP 5/11*, Europejski Przegląd Sądowy 2013, nr 3;
60. K. Zagrobelny, *W sprawie szkody występującej pod postacią zwiększenia się pasywów poszkodowanego* [w:] *Prace z prawa cywilnego. Dla uczczenia pamięci profesora Jana Kosika,* red. P. Machnikowski, Acta Universitatis Wratislaviensis 2009, Prawo CCCVIII;
61. M. Zelek, *Wymagalność pieniężnych roszczeń odszkodowawczych a możliwość żądania odsetek za opóźnienie*, Studia Prawa Prywatnego 2017, nr 2;
62. M.P. Ziemiak, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 22 listopada 2013 r., III CZP 76/13*, Państwo i Prawo 2015, nr 8;
63. M.P. Ziemiak, *Polemika ze stanowiskiem niektórych instytucji i urzędów w kwestii uprawnień poszkodowanego do najmu pojazdu zastępczego* [w:] *Odszkodowanie za niemożność korzystania z pojazdu uszkodzonego w wypadku komunikacyjnym*, red. E. Kowalewski, Toruń 2011;
64. J. Żak, W. Szczypiński, *VAT przy wypłacie odszkodowania metodą kosztorysową*, Prawo Asekuracyjne 2007, nr 3.

PRAWO W DZIAŁANIU
SPRAWY CYWILNE
34/2018

Magdalena Zmysłowska*

Odpowiedzialność przebijająca w prawie amerykańskim i włoskim

I. ZAGADNIENIA WSTĘPNE

1. Pojęcie odpowiedzialności przebijającej – terminologia

Tematyka odpowiedzialności przebijającej stanowi jedno z najciekawszych zagadnień współczesnego prawa spółek i prawa koncernowego. Odpowiedzialność przebijająca jest najczęściej wiązana z pojęciem „przebicia zasłony korporacyjnej" w nawiązaniu do terminologii wykształconej w prawie amerykańskim (*piercing* [*lifting*] *the corporate veil*). W literaturze zagranicznej spotyka się kilka sformułowań dotyczących szeroko pojmowanej odpowiedzialności przebijającej, takich jak np.: pojęcie „*Durchgriff*"[1] (przebicie – dop. autorki) stosowane w niemieckiej doktrynie, teoria „*gerance du fait*" (faktycznego kierownictwa – dop. autorki) czy doktryna *Rozenblum* występująca we francuskiej doktrynie prawa, jak również sformułowanie „*superamento della personalità giuridica*" (nadużycie osobowości prawnej – dop. autorki) występujące w doktrynie włoskiej. Istota kontrowersji związanych z odpowiedzialnością przebijającą – w mojej ocenie – ściśle wiąże się z zagadnieniem związanym z unormowaniem skutków prawnych działania grup kapitałowych, a mianowicie tym, że skutki biznesowej integralności grupy kapitałowej prowadzą do podważenia jednej z podstawowych zasad prawa spółek kapitałowych, jaką jest odrębność cywilnoprawna członków grupy kapitałowej[2].

Warto zaznaczyć, że prace nad regulacją prawa koncernowego w Unii Europejskiej były prowadzone od lat 70. XX w[3]. Niemniej jednak współcześnie zdecydowano się zaprzestać prac legislacyjnych dotyczących prawa koncernowego na poziomie UE[4]. W konsekwencji przepisy prawne dotyczące prawa grup spółek (określane również mianem prawa koncernowego) – często w jakimś stopniu powiązanego z mechanizmami odpowiedzialności przebijającej – nie zostały zharmonizowane

* Autorka jest doktorem nauk prawnych, adwokatem.

1 W literaturze przedmiotu wskazuje się jednak, że próba przetłumaczenia tych określeń na język polski jest obarczona istotnym ryzykiem metodologicznym. Zob. R. Szczepaniak, *Nadużycie prawa do posługiwania się formą osoby prawnej*, Toruń 2009, s. 20.

2 M. Romanowski, *W sprawie potrzeby nowej regulacji prawa grup kapitałowych w Polsce*, „Przegląd Prawa Handlowego" 2008/7, s. 5.

3 M. Romanowski, *W sprawie*…, s. 5.

4 P. Fasciani, *Groups of Companies: Italian Approach*, „European Company and Financial Law Review" 2007/4, s. 195–231.

na poziomie Unii [5]. Niemniej jednak różnego rodzaju mechanizmy prawne związane z zapewnieniem sprawnego funkcjonowania grup spółek oraz instytucjami prawnymi wiązanymi z odpowiedzialnością przebijającą wykształciły się niezależnie od siebie w różnych systemach prawnych[6].

Zdefiniowanie pojęcia odpowiedzialności przebijającej *in abstracto*, ze względu na złożoność i skomplikowany charakter tej problematyki, nie jest jednak łatwym zadaniem. W przypadku odpowiedzialności przebijającej nie można bowiem mówić o jednorodnej instytucji prawnej, a jedynie o występowaniu wielu stanów faktycznych, które mogą być kwalifikowane jako efekty określonych czynności prawnych uzasadniające zastosowanie określonych mechanizmów prawnych w celu osiągnięcia oczekiwanych społecznie rezultatów. Pożądane rezultaty mogą mieć np. na celu zapewnienie ochrony interesów wierzycieli spółek funkcjonujących – najczęściej – w ramach określonej grupy spółek. Stosowane w danych okolicznościach mechanizmy prawne są – co do zasady – określane przez orzecznictwo sądowe i doktrynę prawa. Próbując generalizować, można stwierdzić, że odpowiedzialność przebijająca jest instrumentem prawnym mającym na celu zapewnienie ochrony wierzycieli spółki lub wierzycieli spółki zależnej, ponieważ może być podstawą pominięcia osobowości prawnej danej spółki, zlekceważenia odrębności jurydycznej kilku spółek powiązanych kapitałowo i traktowania ich jako jednego organizmu gospodarczego, jak i zakwestionowania określonych transakcji podjętych przez wspólnika ze spółką. W polskiej literaturze przedmiotu kilkakrotnie podejmowano próby zdefiniowana terminu odpowiedzialności przebijającej. Przykładowo, T. Targosz w monografii dotyczącej nadużycia osobowości prawnej omawiając niemiecką koncepcję *Haftungsdurchgriff*, zaprezentował definicję odpowiedzialności przebijającej, stwierdzając że należy przez nią rozumieć „wyjątek od zasady braku osobistej odpowiedzialności wspólników spółki kapitałowej za jej zobowiązania", co oznacza „albo przełamanie *Trennungsprinzip* [zasada odrębnej osobowości prawnej – dop. autorki], albo ewentualnie tylko reguły ograniczonej odpowiedzialności wspólników"[7]. A. Opalski określa odpowiedzialność przebijającą jako „pominięcie prawnej odrębności spółek kapitałowych służące przypisaniu stosowania określonych norm prawnych lub postanowień umowy bądź przypisaniu odpowiedzialności"[8]. Z kolei P.M. Wiórek traktuje odpowiedzialność przebijającą jako „bezpośrednią odpowiedzialność wspólników za zobowiązania spółki wskutek pominięcia prawnej odrębności spółki od wspólników i braku odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki"[9]. Twórcy projektu nowelizacji Kodeksu spółek handlowych z 28.07.2009 r. koncepcję „przekuwania welonu korporacyjnego" określają mianem „przyjęcia odpowiedzialności spółki dominującej względem wierzycieli spółki zależnej, w sytuacji, gdyby korzystanie

[5] Planowany projekt Dziewiątej dyrektywy Unii Europejskiej o prawie koncernowym (holdingowym) z 1985 r. nie stał się nawet oficjalnym projektem Rady WE, zaś prace nad nim zostały definitywnie zaprzestane.
[6] K. Osajda, *Niewypłacalność spółki z o.o. Odpowiedzialność członków zarządu wobec jej wierzycieli*, Warszawa 2014, s. 91.
[7] T. Targosz, *Nadużycie osobowości prawnej*, Kraków 2004, s. 138.
[8] A. Opalski, *Problematyka pominięcia prawnej odrębności spółek kapitałowych*, „Przegląd Prawa Handlowego" 2012/8, s. 10.
[9] P.M. Wiórek, *Kilka uwag o teorii nadużycia prawa jako koncepcji uzasadniającej tzw. odpowiedzialność przebijającą* [w:] *Wpływ europeizacji prawa na instytucje prawa handlowego*, red. J. Kruczalak-Jankowska, Warszawa 2013, s. 237.

z ograniczenia odpowiedzialności spółki dominującej jako wspólnika w kapitałowej spółce zależnej prowadziło do nadużycia prawa"[10].

Przegląd definicji odpowiedzialności przebijającej używanych w polskiej literaturze przedmiotu pozwala stwierdzić, że w polskiej literaturze przedmiotu nie doszło dotychczas do wykształcenia się konsensusu przedstawicieli doktryny dotyczącego definicji (jak i samej treści) pojęcia odpowiedzialności przebijającej. W przypadku omawiania tej tematyki, przedstawiciele doktryny prawa posługują się takimi pojęciami takimi jak: „przebicie zasłony korporacyjnej", „pominięcie prawnej odrębności związane z nadużyciem osobowości prawnej" czy „mechanizmy prawne związane z odpowiedzialnością przebijającą". Jest to o tyle zrozumiałe, że zagadnienie odpowiedzialności przebijającej jest najczęściej poruszane w przypadku prezentowania mechanizmów prawnych stosowanych w różnych porządkach prawnych w przypadku wystąpienia sytuacji, których zaistnienie pozwala twierdzić, iż doszło do wykorzystania określonych instytucji prawnych przewidzianych przez dany system prawny w sposób nieodpowiadający celom aksjologicznym i założeniom danego porządku prawnego. Najczęściej pojęcie odpowiedzialności przebijającej jest związane z niepożądanym, z punktu widzenia porządku prawnego, wykorzystaniem mechanizmu prawnej odrębności spółki czy zasady ograniczonej odpowiedzialności wspólnika spółki kapitałowej. W tego typu sytuacjach udowodnienie wystąpienia określonych okoliczności miałoby stanowić samodzielną podstawę roszczeń wierzycieli spółki wobec jej wspólnika (akcjonariusza), bez potrzeby powoływania się na inne podstawy prawne takiej odpowiedzialności. Ze względu na komparatystyczny charakter niniejszego opracowania, przez pojęcie odpowiedzialności przebijającej w dalszej części pracy będą rozumiane wszelkie sytuacje, w których autonomia spółki w stosunku do wspólników bądź wspólników wobec spółki albo innych podmiotów powiązanych ulega pewnej relatywizacji ze względu na stwierdzenie okoliczności nadużycia norm o odrębnej osobowości prawnej spółki[11].

2. Cel wprowadzenia odpowiedzialności przebijającej

Konstrukcja osoby prawnej stwarza okazję do nadużyć, a okazja do nadużyć – jak uczy doświadczenie – często bywa wykorzystywana. W związku z tym, w licznych systemach prawnych w sprawach związanych z prawem spółek, zdecydowano się wprowadzić pewne mechanizmy prawne pozwalające zastosować odpowiedzialność przebijającą względem samej spółki, jej wspólników bądź innych podmiotów powiązanych. Instytucja przebicia zasłony korporacyjnej ma stanowić odpowiedź na nieuczciwe działanie wspólników, którzy, znając korzyści płynące z wykorzystania osób prawnych do prowadzenia działalności gospodarczej, chcieliby osobowość prawną wykorzystać sprzecznie z prawem, tzn. do wyrządzenia szkody kontrahentom[12]. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że brak reakcji systemu prawa na taką praktykę godziłby w istotę osób prawnych i bezpieczeństwo obrotu

[10] Uzasadnienie projektu nowelizacji Kodeksu spółek handlowych z 28.07.2009 r. – dalej projekt nowelizacji k.s.h. z 2009 r.
[11] A. Opalski, *Prawo zgrupowań spółek*, Warszawa 2012, s. 474.
[12] K. Osajda, *Niewypłacalność*…, s. 92.

z ich udziałem, co – zdaniem niektórych przedstawicieli doktryny – ma uzasadniać sięgnięcie po instrument przebicia zasłony korporacyjnej[13]. Niemniej jednak mechanizmy prawne prowadzące do zastosowania odpowiedzialności przebijającej zdają się budzić kontrowersje w niemalże każdym porządku prawnym, w którym są one stosowane.

Należy zwrócić uwagę, że instytucja przebicia zasłony korporacyjnej ma służyć potrzebom praktyki obrotu gospodarczego i zapewnienia dodatkowej ochrony wierzycielom spółek kapitałowych lub wierzycielom wspólników spółek kapitałowych (w szczególności w przypadku grup spółek). Zarazem jednak katalog przypadków, gdy jest to uzasadnione w praktyce, nie został unormowany i jest elastyczny. Co więcej, w literaturze przedmiotu wskazuje się, że w żadnym z systemów prawnych, w których obecna jest koncepcja przebicia zasłony korporacyjnej, nie zostały sformułowane jasne kryteria jej stosowania[14]. W przypadku dokonywania przez polskich lub zagranicznych przedstawicieli doktryny prawa próby sklasyfikowania przesłanek stosowania mechanizmów odpowiedzialności przebijającej, wysiłki te prowadzą najczęściej do analizy poszczególnych orzeczeń sądowych, w których sędziowie zdecydowali się zastosować mechanizmy prawne związane z odpowiedzialnością przebijającą[15]. Z kolei wskazywane w piśmiennictwie przesłanki zastosowania tych mechanizmów dają duże możliwości dokonania subiektywnej oceny osobom rozpoznającym poszczególne przypadki[16]. Niemniej zarówno analiza wyroków sądowych dotyczących mechanizmów prawnych stosowanych w przypadku odpowiedzialności przebijającej, jak i poglądów przedstawicieli doktryny pozwala stwierdzić, że stosowane mechanizmy mają na celu przede wszystkich ochronę wierzycieli spółki, w szczególności w przypadku niewypłacalności spółki[17].

3. Przedmiot pracy i przyjęte założenia

Należy zauważyć, że – pomimo teoretycznie szerokiego zastosowania – instytucja odpowiedzialności przebijającej nie została *explicite* uregulowana w prawie polskim. Jednak w związku z toczącą się od kilku lat w polskiej literaturze przedmiotu dyskusją dotyczącą możliwości nowelizacji Kodeksu spółek handlowych w zakresie możliwości regulacji prawa holdingowego[18], rezygnacji z obligatoryjnego minimalnego kapitału zakładowego w spółce z o.o. oraz zmiany mechanizmu odpowiedzialności członków zarządu spółki za jej zobowiązania wobec wierzycieli w przypadku niewypłacalności spółki[19], zasadne wydaje się przeanalizowanie mechanizmów prawnych związanych z funkcjonowaniem odpowiedzialności przebijającej w zagranicznych porządkach prawnych. Mechanizmy te są często powiązane z mechanizmami prawnymi dotyczącymi zasad funkcjonowania grup spółek.

[13] K. Osajda, *Niewypłacalność*…, s. 92.
[14] M. Stanik, *Zasada przejrzystości stosunków korporacyjnych w polskim prawie grup spółek*, Warszawa 2017, s. 395.
[15] M. Stanik, *Zasada*…, s. 395.
[16] M. Stanik, *Zasada*…, s. 395.
[17] K. Osajda, *Niewypłacalność*…, s. 91.
[18] Projekt nowelizacji k.s.h. z 2009 r.
[19] Projekt zmian opublikowany został wraz z uzasadnieniem [w:] *Projekt reformy struktury majątkowej spółki z o.o.*, „Przegląd Prawa Handlowego" 2010/12, s. 5–27.

Zakres opracowania obejmuje przedstawienie zasad i przesłanek odpowiedzialności przebijającej funkcjonujących w wybranych jurysdykcjach, tj. w amerykańskim i we włoskim porządku prawnym.

Wybór amerykańskiego porządku prawnego jest podyktowany przede wszystkim tym, że w państwie tym najwcześniej dostrzeżono problem związany z nadużyciem formy osoby prawnej oraz rozpoczęto walkę z tego typu nadużyciami[20]. Pierwsze orzeczenia poświęcone tej problematyce zapadły już w XIX w.[21] Ponadto współcześnie zagadnienie odpowiedzialności przebijającej dalej ma największe znaczenie w USA i tam zapada najwięcej orzeczeń sądowych dotyczących tej tematyki[22]. Z kolei Republika Włoska jest jednym z nielicznych krajów europejskich, w którym w ramach prawa pozytywnego wprowadzono szczególny mechanizm cywilnoprawnej odpowiedzialności spółki dominującej względem wierzycieli spółek zależnych. Tym samym, w mojej ocenie, analiza porządków prawnych tych państw może mieć szczególne znaczenie z punktu widzenia analizy możliwości wprowadzenia instytucji prawnych związanych z odpowiedzialnością przebijającą do polskiego porządku prawnego bądź kwestii związanych z regulacją prawa koncernowego.

Analiza ta zostanie przeprowadzona w celu przedstawienia przesłanek możliwości wykorzystania mechanizmów prawnych związanych z odpowiedzialnością przebijającą, w szczególności w kontekście możliwości wykorzystania tych mechanizmów w ramach regulacji prawa koncernowego. W ramach pracy zdecydowano się również na przedstawienie zakresu odpowiedzialności podmiotu dominującego za działania podmiotu zależnego przewidzianego w obcych porządkach prawnych. W dalszej części pracy zostanie też przedstawiona ocena propozycji nowelizacji Kodeksu spółek handlowych w zakresie możliwości regulacji prawa holdingowego[23] w kontekście możliwości uregulowania zasad odpowiedzialności przebijającej w polskim porządku prawnym. Zdecydowano się także na przedstawienie zagadnień, które powinny zostać poddane analizie w celu uniknięcia niebezpieczeństw związanych z wprowadzeniem do prawa polskiego odpowiedzialności (w tym w szczególności w kontekście obowiązujących przepisów ustawy z 21.04.2017 r. o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji[24]) i przedstawienie oceny możliwości wprowadzenia modelu odpowiedzialności przebijającej do polskiego porządku prawnego.

Analiza problematyki odpowiedzialności przebijającej ma złożony i wielowątkowy charakter. Analiza tej tematyki wymaga odwoływania się do doktryny prawa prywatnego oraz pomocniczego wykorzystania dorobku nauk ekonomicznych. Z tego powodu niezbędne jest przyjęcie pewnych założeń wstępnych, które mają na celu ograniczenie zakresu przedmiotowego pracy. Po pierwsze, zakres pracy obejmuje kwestie materialnoprawne związane z funkcjonowaniem mechanizmów odpowiedzialności przebijającej lub mechanizmów prawnych zbliżonych do odpowiedzialności przebijającej w wybranych jurysdykcjach. Poza zakresem pracy znajdują się kwestie proceduralne związane ze stosowaniem wybranych mechanizmów

[20] R. Szczepaniak, *Nadużycie*..., s. 115.
[21] R. Szczepaniak, *Nadużycie*..., s. 115.
[22] Za T. Targosz, *Nadużycie*..., s. 141, który wskazuje, że niektórzy szacują, iż na USA przypada 3/4 wszystkich zapadłych na świecie orzeczeń sądowych dotyczących *piercing the corporate veil*.
[23] Projekt nowelizacji k.s.h. z 2009 r.
[24] Dz.U. z 2017 r. poz. 1132.

przebicia zasłony korporacyjnej w danej jurysdykcji. Po drugie, poza zakresem opracowania są przypadki pominięcia osobowości prawnej spółki-matki w celu uzyskania możliwości zaspokojenia się z aktywów posiadanych przez spółkę-córkę[25], czyli przypadki nakazania spółce wykonania zobowiązań wspólnika (*reverse piercing the corporate veil*)[26]. Po trzecie, w opracowaniu pominięto sferę prawa upadłościowego, prawa podatkowego i prawa antymonopolowego oraz kwestie związane ze zasadami sprawozdawczości finansowej. Po czwarte, poza zakresem pracy znalazły się kwestie związane ze przepływem informacji między spółkami zrzeszonymi w grupie spółek, a także powiązanego problemu ochrony tajemnic przedsiębiorstwa spółek zależnych

II. ODPOWIEDZIALNOŚĆ PRZEBIJAJĄCA W PRAWIE AMERYKAŃSKIM

1. Uwagi wprowadzające

Zagadnienie odpowiedzialności przebijającej (w szczególności w zakresie dotyczącym odpowiedzialności wspólnika za zobowiązania spółki) ma największe znaczenie w prawie amerykańskim. Stany Zjednoczone Ameryki bywają nawet określane „kolebką" konceptu odpowiedzialności przebijającej[27]. Sformułowanie to nie powinno dziwić, ponieważ mechanizmy prawne związane z odpowiedzialnością przebijającą po raz pierwszy zostały wykreowane przez sędziów orzekających w USA. Amerykański sędzia M. Wormser uznawany jest za twórcę jednego z najpowszechniej używanych w literaturze przedmiotu pojęć dla określenia odpowiedzialności przebijającej, tj. sformułowania „przebicie zasłony korporacyjnej" (*piercing the corporate veil*)[28]. Niemniej jednak jak nietrudno zauważyć, zarówno amerykańska literatura przedmiotu, jak i sądy stanowe i federalne w swoich orzeczeniach wykorzystują również inne pojęcia w celu opisania mechanizmów odpowiedzialności przebijającej, takie jak: *disregarding the corporate entity* (czyli koncepcja pomijania osobowości prawnej spółki), doktryna *alter ego*, doktryna *instrumentality* odnosząca się do instrumentalnego wykorzystania formy spółki przez wspólnika, zasada *lack of substantive separation*, czyli brak odrębności majątkowej wspólników i spółki czy uznawanie spółki za marionetkę, atrapę (*dummy*) lub fikcję (*sham*) tworzoną dla pozoru w oszukańczym celu[29]. Należy jednak podkreślić, że – pomimo używania różnych terminów – wszystkie wskazane powyżej określenia dotyczą jednak tej samej (choć niezwykle pojemnej) instytucji jurydycznej.

Stosowanie przez sądy w poszczególnych stanach USA mechanizmu odpowiedzialności przebijającej jest traktowane jako sprawiedliwy środek zaradczy (*equitable remedy*) na problemy mogące znaleźć zastosowanie w określonych okolicznościach faktycznych do danej spółki, znajdujące swoje źródła w odrębnej osobowości prawnej spółki oraz w zasadzie ograniczonej odpowiedzialności wspólników

[25] K. Vandekerckhove [red.] *Piercing the Corporate Veil*, Alphen aan den Rijn 2007, Vol. 2, s. 15–16.
[26] Zob. np. Goya Foods, Inc. v. Unanue, 233 F.3d 38, 2000, U.S. App. Lexis 29724 (1st Cir. 2000).
[27] K. Vandekerckhove [red.] *Piercing*…, s. 76.
[28] Zob. M. Wormser, *Piercing the Veil of Corporate Entity*, „Columbia Law Review" 1912/12, s. 496–518.
[29] B. Jankowski, *Nadużycie formy prawnej spółki w prawie amerykańskim*, „Państwo i Prawo" 1996/2, s. 70.

za zobowiązania spółki[30]. Warto jednak dodać, że w orzecznictwie amerykańskim można też spotkać przypadki nakazania spółce wykonania zobowiązań jej wspólnika (*reverse piercing the corporate veil*)[31]. Przypadki te nie dotyczą jednak ograniczenia odpowiedzialności wspólnika spółki, lecz raczej pominięcia osobowości prawnej spółki-matki w celu zapewnienia wierzycielom możliwości zaspokojenia się z aktywów posiadanych przez spółkę-córkę[32]. W przypadku tym określanym jako „*reverse piercing the corporate veil*" wykorzystywane są te same teorie odpowiedzialności jak w przypadku klasycznego przebicia zasłony korporacyjnej. Niemniej, ze względu na zakres badawczy niniejszego opracowania, przypadki *reverse piercing the corporate veil* nie będą przedmiotem szczegółowej analizy[33].

Należy przypomnieć, że osiągnięcia rewolucji przemysłowej w początkach XVIII w. spowodowały dynamiczny rozwój gospodarczy. Wiązało się to z wzrastającą liczbą zatrudnionych osób oraz – proporcjonalnie adekwatnym do wielkości zainwestowanych środków – zwiększonym ryzykiem gospodarczym. Dla efektywnego zarządzania coraz większymi i stale rozrastającymi się firmami niezbędne stało się opracowanie nowych mechanizmów prawnych jako podstawy i gwarancji właściwego prowadzenia interesów. W konsekwencji w Stanach Zjednoczonych, w XIX w. zaczęto coraz powszechniej odchodzić od zasady odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki i wprowadzano zasadę ograniczonej odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki[34]. Stosowanie zasady odpowiedzialności wspólników ograniczonej do wysokości wkładów wniesionych do spółki było konsekwencją uznania fikcji prawnej, w myśl której spółka stanowi odrębny podmiot prawa, niezależny od swoich wspólników czy członków organów[35]. W amerykańskiej literaturze przedmiotu osoby prawne były traktowane w sposób utylitarny jako narzędzie i wygodny instrument prawny mający na celu koncentrację i uporządkowanie stosunków obligacyjnych[36]. Wskazując na zasadność wprowadzenia ograniczonej odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki, odwoływano się zarówno do argumentów ekonomicznych (rozumianych jako zachęcenie przedsiębiorców do inwestowania i podejmowania ryzyka gospodarczego przez ograniczenie ich ryzyka finansowego do wartości wkładu wniesionego do spółki), jak i argumentów egalitarnych (rozumianych jako umożliwienie wszystkim zainteresowanym, bez względu na posiadane środki finansowe, uczestnictwa w przedsięwzięciach gospodarczych, przy ponoszeniu jasno określonego ryzyka biznesowego)[37].

---

[30] W.M. Fletcher, *Cyclopedia of the Law of the Corporations*, Chicago 2015, Vol. 1, § 41.77, s. 334.

[31] Zob. np. orzeczenie w sprawie Goya Foods, Inc. v. Unanue, 233 F.3d 38, 2000, U.S. App. Lexis 29724 (1st Cir. 2000).

[32] K. Vandekerckhove [red.] *Piercing*…, s. 15–16.

[33] W zakresie tzw. *reverse piercing the corporate veil* zob. np. M.J. Gaertner, *Reverse Piercing the Corporate Veil: Should Corporation Owners Have It Both Ways?*, „William & Mary Law Review" 1989/3, Vol. 30.

[34] Zob. R.B. Thompson, *Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study*, "Cornell Law Review" 1991, Issue 5, Vol. 76,1991, s. 1039; P. Blumberg, *Limited Liability and Corporate Groups*, "Faculty Articles and Papers" 1986/28, s. 574–630, http://digitalcommons.uconn.edu/law_papers/28 (dostęp: 17.02.2018 r.). Jednocześnie, na marginesie, należy zauważyć, że niektóre ze stanów USA (np. Kalifornia) aż do lat 30. ub. stulecia stosowały zasadę proporcjonalnej odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki względem wierzycieli spółki. Zob. P. Blumberg, *Limited*…, s. 597–599.

[35] L.D. Salomon, D.E. Schwartz, J.D. Bauman, E.J. Weiss, *Corporations Law and Policy. Materials and Problems*, St. Paul, Minn 1994, s. 328.

[36] W.M. Fletcher, *Cyclopedia*…, § 24, s. 59–61.

[37] S.B. Presser, *Thwarting the Killing of the Corporation: Limited Liability, Democracy and Economics,* (1992) 87 "Northwestern University Law Review", s. 148, 155, 156.

Należy podkreślić, że zasada ograniczonej odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki pierwotnie miała motywować osoby fizyczne do podejmowania działalności gospodarczej, bez ryzyka utraty całego majątku[38]. Tym samym – miała chronić majątek osób fizycznych będących wspólnikami określonych spółek. Niemniej jednak, w miarę upływu czasu, umożliwiono osobom prawnym (tj. spółkom) nabywanie akcji również w innych spółkach i – tym samym – tworzenie struktur koncernowych[39]. W konsekwencji zasada ograniczonej odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki zaczęła chronić też inne osoby prawne znajdujące się w tej samej grupie spółek. Niektórzy z przedstawicieli amerykańskiej nauki sugerują, że zasada ograniczonej odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki w przypadku grup spółek powstała w wyniku *sui generis* nieporozumienia związanego z traktowaniem przez sądy amerykańskie spółek, w których bezpośrednimi akcjonariuszami były osoby fizyczne, w sposób tożsamy ze spółkami funkcjonującymi w wielopoziomowych strukturach kapitałowych (tzw. strukturach koncernowych)[40].

Zasada odrębnej osobowości osób prawnych oraz ograniczonej odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki jest powszechnie uznawana przez sądy amerykańskie w procesie stosowania prawa. Niemniej kiedy zaczęto coraz częściej identyfikować przypadki wykorzystania formy osoby prawnej w sposób sprzeczny z generalnymi założeniami prawa spółek i dla celów, które można oględnie określić jako niesłuszne, sądy amerykańskie stanęły wobec poważnego problemu – jak ocenić sytuacje, w których – od strony pozytywistycznej – trudno wykazać naruszenie jakichkolwiek przepisów prawa, jednak takie interpretacje prowadziłyby do niesprawiedliwych rozwiązań. W takich przypadkach sądy amerykańskie (aczkolwiek z różną częstotliwością w poszczególnych stanach[41]) zaczęły dopuszczać możliwość skorzystania z alternatywnego środka ochrony, za którą uznawano koncepcję odpowiedzialności przebijającej. Co więcej, obecnie można się spotkać z opinią, że to właśnie prawo amerykańskie najskuteczniej (i jednocześnie w sposób najbardziej zdecydowany) walczy ze zjawiskiem nadużywania formy osoby prawnej[42].

Mechanizm odpowiedzialności przebijającej jest stosowany w celu zapewnienia, że w konkretnym stanie faktycznym wydane orzeczenie zapobiega oszustwom i wprowadza stan zgodny z normą słuszności („*to prevent fraud and to achieve equity*")[43]. W amerykańskim porządku prawnym, *piercing the corporate veil* znajduje zastosowanie zarówno do roszczeń zgłaszanych zarówno na podstawie deliktów, jak i roszczeń związanych z naruszeniem umowy, czyli roszczeń kontraktowych[44]. Niemniej samo naruszenie postanowień umownych nie jest wystarczające

[38] P.I. Blumberg, K.A. Strasser, N.L. Georgakoulos, E.J. Gouvin, *Blumberg on Corporate Groups*, Nowy Jork, Vol. 1, suplement 2014–1, s. 5–12.
[39] P.I. Blumberg, K.A. Strasser, N.L. Georgakoulos, E.J. Gouvin, *Blumberg*…, s. 6–3 do 6–24. W 1893 r. w stanie New Jersey wprowadzono ustawę, która zezwalała spółkom na posiadanie udziałów lub akcji w innych spółkach. Moment ten uznaje się za przełomowy w kontekście amerykańskiego prawa o grupach spółek.
[40] P. Blumberg, *Limited*..., s. 605. Pogląd P. Blumberga jest podzielany przez wielu badaczy, zob. np. J.E. Antunes, *Liability of Corporate Groups. Autonomy and Control in Parent-subsidiary Relationships in US, German and EU law. An International and Comparative Perspective*, Deventer Boston 1994, s. 130 i n.
[41] Zob. np. R.B. Thompson, *Piercing*…, s. 1051–1054; P.B. Oh, *Veil-Piercing*, „Texas Law Review" 2010/1, Vol. 89, s. 82 i n.
[42] R. Szczepaniak, *Nadużycie*..., s. 115.
[43] B. Jankowski, *Nadużycie*…, s. 70.
[44] W.M. Fletcher, *Cyclopedia*…, § 41.85, s. 388.

dla stwierdzenia podstaw do skorzystania z mechanizmów odpowiedzialności przebijającej[45].

Pomimo największej na świecie liczby orzeczeń sądowych dotyczących tematyki *piercing the corporate veil*[46], należy zwrócić uwagę, że orzecznictwo amerykańskich sądów stanowych i federalnych nie wypracowało dotychczas spójnej linii orzeczniczej dotyczącej odpowiedzialności przebijającej. Analizując bogate orzecznictwo dotyczące tej tematyki, można odnieść wrażenie, że sądy amerykańskie przyjmowały poszczególne rozstrzygnięcia, bazując przede wszystkim na konkretnych uwarunkowaniach przedłożonego stanu faktycznego, natomiast w mniejszym stopniu troszczyły się o wypracowanie abstrakcyjnych i uniwersalnych zasad[47]. Słynny sędzia B. Cordozo wskazywał nawet, na gruncie relacji koncernowych, że zagadnienia związane z odpowiedzialnością przebijającą są „stale spowite mgłą metafory"[48]. Z kolei inny wybitny przedstawiciel amerykańskiej nauki wskazał, że sądy amerykańskie, pomimo setek możliwości wyjaśnienia konceptu odpowiedzialności odszkodowawczej sprawiły, iż jest to jeden z bardziej niejasnych i pogmatwanych obszarów nauki prawa[49]. W konsekwencji przedstawiciele doktryny wskazują czasami, że instytucja *piercing the corporate veil* jest podobna do błyskawicy, ponieważ występuje rzadko, jest dotkliwa i nie rządzą nią żadne zasady[50]. Metafora ta podkreśla niepewność stron co do rozstrzygnięcia sądowego w przypadkach, w których dochodzi do próby pociągnięcia wspólników spółki do odpowiedzialności za zobowiązania spółki. Wśród podstaw takiego stanu rzeczy wskazuje się sądowe źródło jego pochodzenia oraz leżące u podstaw każdego rozstrzygnięcia przesłanki celowościowe i słusznościowe[51].

2. Grupy kapitałowe. Pojęcie dominacji i zależności w amerykańskim prawie spółek

Pojęcie grupy kapitałowej może być różnie rozumiane zarówno w poszczególnych systemach prawnych, jak i w poszczególnych dziedzinach prawa[52]. Jak się wydaje, wynika to z faktu, że problematyka prawa grup kapitałowych należy do najbardziej skomplikowanych zagadnień współczesnego prawa spółek[53]. Cechą wspólną ujęć grupy kapitałowej proponowanych w różnych ujęciach dogmatycznych jest dostrzeżenie, że stanowi ona faktycznie jeden organizm gospodarczy niemający podmiotowości (osobowości prawnej), który tworzą odrębne (autonomiczne) prawnie spółki kapitałowe powiązane przez fakt podporządkowania organizacyjnego

[45] Orzeczenie w sprawie Davis v. Professional Business Services, Inc., 109 Idaho 810, 712 P.2d 511 (1985).
[46] Za: T. Targosz, *Nadużycie*..., s. 141.
[47] R.B. Thompson, *Piercing*..., s. 1036–1037.
[48] Orzeczenie w sprawie Berkey v. Third Avenue Railway Co. (155 N. E. 58, 61 (N.Y. 1926)), w którym stwierdzono: „*the whole problem of the relations between parent and subsidiary corporations is one that is still enveloped in the mists of metaphor*".
[49] F.A. Gevurtz, *Piercing Piercing: An Attempt to Lift the Veil of Confusion Surrounding the Doctrine of Piercing the Corporate Veil*, (Winter 1997), 76 "Oregon Law Review", s. 853.
[50] F.H. Easterbrook, D.R. Fischel, *Limited Liability and the Corporation*, „University of Chicago Law Review" 1985/52, s. 89.
[51] B. Jankowski, *Nadużycie*..., s. 71.
[52] Przykładowo, można sobie wyobrazić przyjmowanie odmiennych definicji grupy kapitałowej na potrzeby prawa podatkowego, prawa konkurencji, prawa papierów wartościowych czy prawa spółek.
[53] P.I. Blumberg, K.A. Strasser, N.L. Georgakoulos, E.J. Gouvin, *Blumberg*..., s. 1–5.

spółce-matce[54]. Niemniej jednak poszczególne systemy prawne na różne sposoby próbują określić specyfikę grupy kapitałowej i podmiotów wchodzących w jej skład.

Analiza pojęć dominacji oraz zależności jest wstępem do problematyki grup spółek w każdym systemie prawnym, który wyróżnia odpowiednie pojęcia[55]. W przypadku amerykańskiego prawa spółek kwestie związane z prawem spółek są regulowane na poziomie stanowym, a każdy stan ma odrębną ustawę stanowiącą podstawę prawną działalności spółek założonych zgodnie z prawem danego stanu. Ustawy stanowe regulują najistotniejsze kwestie związane z procesem zakładania spółki, zakresem praw i obowiązków wspólników oraz członków organów spółki, a także ustalają podstawowe zasady *corporate governance* obowiązującego w spółce. Niemniej w trakcie przeglądu amerykańskich ustaw korporacyjnych oraz wzorcowych aktów prawnych regulujących prawo spółek (np. *Model Business Corporation Act*) nie natknęłam się na definicje legalne takich pojęć jak: dominacja, zależność, kontrola czy grupa kapitałowa. Jak się wydaje, brak definicji poszczególnych pojęć wynika ze specyfiki amerykańskiego systemu prawnego oraz z charakteru orzecznictwa sądowego w USA, które – kierując się powszechnie rozumianą słusznością – musi używać zrozumiałych terminów. Tym samym, w systemie prawnym Stanów Zjednoczonych pojęcie akcjonariusza dominującego może być określane *ad casum*, zależnie od stosunków własnościowych panujących w danej spółki. Przykładowo zgodnie z prawem stanu Delaware jako akcjonariusz kontrolujący jest rozumiany akcjonariusz, który jest uprawniony do wykonywania więcej niż 50% ogólnej liczby głosów w spółce lub sprawuje kontrolę na działalnością biznesową spółki[56]. Co wymaga podkreślenia, określony podmiot może być uznawany za akcjonariusza kontrolującego nawet wtedy, gdy posiada on mniej niż większość ogólnej liczby głosów w danej spółce. Niemniej jednak dopóty podmiot taki nie będzie uważany za akcjonariusza dominującego, dopóki nie posiada takiej siły głosu i możliwości wpływania na decyzje podejmowane przez spółkę, że w praktyce jego sytuacja nie odbiega od sytuacji akcjonariusza posiadającego większościowy pakiet głosów[57].

Należy zwrócić uwagę, że definicje pojęć: spółki dominującej, spółek powiązanych oraz grupy kapitałowych występują w dziale dotyczącym podatków skodyfikowanego zbioru prawa federalnego obowiązującego w USA[58]. Definicje tam umieszczone nie są jednak wykorzystywane przez sądy stanowe i federalne w przypadku rozstrzygania kwestii związanych z odpowiedzialnością przebijającą. W przypadku odpowiedzialności przebijającej kluczowy jest jednak stan dominacji nad spółką przez poszczególnych wspólników, którzy są zdolni do samodzielnego (bądź działając w porozumieniu) determinowania jej korporacyjnej woli. Amerykańskie sądy dotychczas nie skorzystały z możliwości przebicia zasłony korporacyjnej względem mniejszościowych lub pasywnych wspólników danej spółki[59].

[54] M. Romanowski, *Wnioski dla prawa polskiego wynikające z uregulowań prawa grup kapitałowych w wybranych systemach prawnych państw UE, Japonii i USA*, „Studia Prawa Prywatnego" 2008/2, s. 5.
[55] A. Opalski, *Prawo*…, s. 229.
[56] Zob. np. orzeczenie w sprawie PNB Holding Co. Shareholders Litigation, 2006 WL 2403999 (Del Ch. 2006).
[57] Orzeczenie w sprawie PNB Holding Co. Shareholders Litigation, 2006 WL 2403999 (Del Ch. 2006)..
[58] 26 U.S. Code § 1563 United States Code.
[59] Zob. np. orzeczenie w sprawie Firstmark Capital Corp. v. Hempel Fin. Corp., 859 F.2d 92, 95 (9th Cir. 1988).

3. Teorie odpowiedzialności przebijającej

3.1. Klasyczne teorie odpowiedzialności przebijającej

3.1.1. Uwagi wstępne

W obliczu ugruntowanej tradycji zakładającej, że wspólnicy nie odpowiadają za zobowiązania spółki, sędziowie amerykańscy stanęli przed poważnym zadaniem uzasadnienia koncepcji, zgodnie z którą, w pewnych wyjątkowych przypadkach wspólnicy mieliby jednak ponosić odpowiedzialność wobec wierzycieli spółki i odpowiadać względem wierzycieli za zobowiązania spółki. W literaturze przedmiotu i w judykaturze poszczególnych stanów wyróżnia się wiele teorii mających na celu uzasadnienie zastosowania mechanizmu odpowiedzialności przebijającej. W wyniku zastosowania poniżej wskazanych teorii dochodzi się do sytuacji, w której dwa odrębne podmioty są traktowane – na potrzeby konkretnej sprawy – jak jedna osoba prawna.

Poniżej zostaną omówione najważniejsze z klasycznych teorii odpowiedzialności przebijającej wskazywanych w amerykańskiej literaturze przedmiotu. Przystępując do omówienia tych teorii, należy zauważyć, że – pomimo pewnych różnic – teorie te są w gruncie rzeczy do siebie podobne.

3.1.2. Doktryna instrumentalnego traktowania spółki (tzw. instrumentality doctrine)

Najważniejszą i – jak się wydaje – najszerzej rozpowszechnioną w literaturze przedmiotu i judykaturze amerykańskiej[60] teorią dopuszczającą pominięcie osobowości prawnej spółki jest doktryna instrumentalnego traktowania spółki, dopuszczalna w przypadkach, w których udowodniono, że spółka jest wyłącznie narzędziem w rękach innego podmiotu[61].

Doktryna instrumentalnego traktowania spółki została sformułowana w oparciu o wyroki amerykańskiego Sądu Najwyższego[62] przez I.M. Wormsera w 1915 r.[63], a następnie doprecyzowana przez sędziego F.J. Powella w 1931 r.[64] i zaaplikowana w głośnej sprawie Lowendahl v. Baltimore & Ohio Railroad[65]. Następnie amerykańskie sądy stanowe zaczęły stosować tę doktrynę w swoim orzecznictwie[66]. Doktryna instrumentalnego traktowania spółki została przyjęta w następujących stanach: Alabama, Connecticut, Floryda, Indiana, Kansas, Kentucky, Nowy Jork, Karolina Północna, Ohio oraz Tennessee[67].

[60] P.I. Blumberg, K.A. Strasser, N.L. Georgakoulos, E.J. Gouvin, *Blumberg*…, s. 10–8.
[61] W.M. Fletcher, *Cyclopedia*…, § 41.10, s. 167–195 i powołana tam literatura.
[62] Zob. np. orzeczenie w sprawie United States v. Lehigh Valley R. R., 220 U.S. 257, 272 (1911).
[63] M. Wormser, *Piercing*…
[64] F.J. Powell, *Parent and Subsidiary Corporations,* Chicago 1931, § 3.
[65] Orzeczenie w sprawie Lowendahl v. Baltimore & Ohio Railroad, 287 N.Y.S. 62, 76 (N.Y. App. Div. 1936), zob. też obszerne orzecznictwo w: P.I. Blumberg, *The Law of Corporate Groups: Substantive Law,* Boston Toronto 1987, s. 112–113.
[66] K. Vandekerckhove [red.], *Piercing*…, s. 81.
[67] P.I. Blumberg, K.A. Strasser, N.L. Georgakoulos, E.J. Gouvin, *Blumberg*…, s. 11–4.

Klasyczna teoria instrumentalnego traktowania spółki zakłada występowanie trzech czynników[68]:

(i) sprawowanie kontroli nad spółką zależną przez podmiot dominujący w takim stopniu, że spółka zależna staje się wyłącznie narzędziem w rękach podmiotu dominującego (*mere instrumentality*);
(ii) dokonanie oszustwa, niesprawiedliwości, bezprawnego zachowania bądź innego czynu zakazanego przez prawo;
(iii) związku przyczynowego pomiędzy podjętym działaniem a powstałą szkodą po stronie powoda[69].

W klasycznej wersji teorii instrumentalnego potraktowania spółki, udowodnienie wystąpienia trzech wskazanych powyżej czynników uzasadnia zastosowanie mechanizmów odpowiedzialności przebijającej i pominięcie prawnej osobowości spółki[70]. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że przesłanki wskazane powyżej są „racjonalnie precyzyjne", jednak analiza orzecznictwa sądów stanowych może prowadzić do odmiennych wniosków. W praktyce stosowanie powyższych czynników jest często kłopotliwe w określonych stanach faktycznych i prowadzi do zaskakujących rezultatów[71]. Należy bowiem podkreślić, że niekiedy sądy w poszczególnych stanach USA dokonują bardzo liberalnej oceny realizacji niektórych z powyższych kryteriów[72].

Przesłanka wskazana w punkcie (i) powyżej zakłada występowanie w danym przypadku nadmiernej kontroli nad określoną spółką lub rażący brak przestrzegania procedur korporacyjnych prowadzący do tego, że spółka pozbawiona jest jakiejkolwiek faktycznej odrębności („*no separate mind, will or existence of its own*")[73]. W praktyce sądowej kluczową kwestią procesową jest przedstawienie dowodu i wykazanie, że w stanie faktycznym danego przypadku kontrola sprawowana nad spółką była „nadmierna". Nie można jednak stwierdzić, że doszło do wykształcenia się spójnej linii orzeczniczej sądów amerykańskich w tym zakresie, ocena zazwyczaj przeprowadzana jest *ad casum*. Niemniej jednak bezsprzeczne jest, że samo posiadanie znaczącego udziału kapitałowego w spółce i znaczącego odsetka w ogólnej liczbie głosów, jak też wykorzystywanie władztwa korporacyjnego w sposób zwyczajowy i standardowo akceptowany nie pozwala na potwierdzenie przesłanki sprawowania „nadmiernej kontroli"[74]. W celu spełnienia tej przesłanki w toku procesu trzeba wykazać, że spółka pozbawiona jest jakiejkolwiek faktycznej odrębności, a wspólnik, wykonując swoją władzę w spółce, w pełni opanował jej proces decyzyjny[75]. Pomocną kwestią w próbie udowodnienia tego faktu jest

[68] F.J. Powell, *Parent*…, § 6, wskazał listę przykładowych wytycznych dla sądów mających ułatwić rozpoznawanie tych trzech czynników. Tzw. lista Powella uwzględnia m.in.: (i) posiadanie wszystkich lub większości udziałów spółki-córki przez spółkę-matkę; (ii) występowanie unii personalnej we władzach spółki-matki i córki; (iii) finansowanie spółki-córki przez spółkę-matkę; (iv) znaczne niedokapitalizowanie spółki-córki; (v) traktowanie spółki-córki jako niesamoistnej jednostki działającej w ramach przedsiębiorstwa spółki-matki; (vi) wydawanie poleceń spółce zależnej przez spółkę matkę z pominięciem jej interesów; (vii) nieprzestrzeganie procedur korporacyjnych. Lista ta była następnie rozwijana przez sądy.
[69] P.I. Blumberg, K.A. Strasser, N.L. Georgakoulos, E.J. Gouvin, *Blumberg*…, s. 11–3 do 11–4.
[70] P.I. Blumberg, K.A. Strasser, N.L. Georgakoulos, E.J. Gouvin, *Blumberg*…, s. 11–3.
[71] P.I. Blumberg, K.A. Strasser, N.L. Georgakoulos, E.J. Gouvin, *Blumberg*…, s. 11–4.
[72] P.I. Blumberg, K.A. Strasser, N.L. Georgakoulos, E.J. Gouvin, *Blumberg*…, s. 11–20.
[73] P.I. Blumberg, K.A. Strasser, N.L. Georgakoulos, E.J. Gouvin, *Blumberg*…, s. 11–9.
[74] P.I. Blumberg, K.A. Strasser, N.L. Georgakoulos, E.J. Gouvin, *Blumberg*…, s. 11–10 do 11–16.
[75] P.I. Blumberg, K.A. Strasser, N.L. Georgakoulos, E.J. Gouvin, *Blumberg*…, s. 11–10 do 11–16.

wykazanie, że w spółce nie są przestrzegane procedury korporacyjne, a spółka jest „jedynie wydmuszką" nieposiadającą ani aktywów, pracowników, ani kapitałów wymaganych do prowadzenia swojej działalności[76]. W tym zakresie stanowisko sądów bywa jednak rozbieżne – w ocenie niektórych sądów wystarczające jest w tym zakresie wykazanie, że wspólnik decyduje za spółkę, mimo iż nie można tej ostatniej odmówić w wielu aspektach odrębnej egzystencji[77].

W celu zastosowania odpowiedzialności przebijającej niezbędne jest również udowodnienie przesłanki wskazanej w punkcie (ii) powyżej, czyli wykazanie, że określone zachowanie było naganne, oszukańcze i nieuczciwe[78]. Nietrudno zauważyć wybitnie ocenny charakter tych przesłanek. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że tak skonstruowany wymóg jest charakterystyczny dla systemu prawnego USA, ponieważ zasady „czynienia sprawiedliwości" oraz „zapobiegania oszustwom i bezprawności" należą do naczelnych reguł amerykańskiego ustroju sądowego[79]. W praktyce sądowej kwestią sporną jest jednak to, jakie zachowania mogą zostać uznane za oszukańcze. Przykładowo, sądy orzekające w Nowym Meksyku uznają, że wymóg ten został spełniony w sytuacji, w której udowodniono popełnienie przestępstwa oszustwa[80]. Jednakże w przeważającej większości stanów sądy uznają, że określone zachowanie może być uznane za oszukańcze i bezprawne w przypadku negatywnej moralnie oceny określonego zachowania, niezależnie od tego, czy dane zachowanie rzeczywiście mogłoby zostać uznane za oszustwo w rozumieniu przepisów prawa[81]. W kilku przypadkach sądy amerykańskie próbując określić, jakie zachowania spełniają kryteria oszustwa, niesprawiedliwości bądź bezprawnego zachowania stwierdzały, że są to m.in. takie sytuacje, jak: przekazanie majątku spółki do użytku osobistego wspólnika[82], uchylanie się od wymogów prawnych lub od zobowiązań kontraktowych[83], bezpodstawne wzbogacenie[84], pozbawienie spółki aktywów[85], prowadzenie działalności przez spółkę zależną pozbawioną aktywów[86] czy nawet sama niewypłacalność spółki[87]. W tym sensie, naganne zachowanie jest często rozumiane jako zachowanie znajdujące się poza nawiasem praktyk akceptowanych w życiu gospodarczym, które mają negatywny wpływ na sytuację wierzycieli spółki[88]. Kwestia spełnienia przesłanki „niesłusznego zachowania" w praktyce sprowadza się do faktycznej kwalifikacji konkretnego

[76] P.I. Blumberg, K.A. Strasser, N.L. Georgakoulos, E.J. Gouvin, *Blumberg*..., s. 11–13 do 11–14.
[77] T. Targosz, *Nadużycie*..., s. 148.
[78] P.I. Blumberg, K.A. Strasser, N.L. Georgakoulos, E.J. Gouvin, *Blumberg*..., s. 11–16.
[79] B. Jankowski, *Nadużycie*..., s. 73.
[80] Zob. np. orzeczenie w sprawie Scott v. AZL Res., Inc., 107 N.M. 118, 753 p.2D 897 (1988).
[81] P.I. Blumberg, K.A. Strasser, N.L. Georgakoulos, E.J. Gouvin, *Blumberg*..., s. 11–16.
[82] Orzeczenie w sprawie NLRP vs. West Dixie Enters., Inc., 190 F.3d 1191, 1194 (11th Cir. 1999). Zob. również orzeczenie w sprawie Atateks Foreign Trade Ltd. V. Private Label Sourcing LLC, 402 Fed. Appx. 623, 2010.
[83] Zob. np. orzeczenie w sprawie NVR Inc. v. West Georgia Road Venture, LLC, 2012 U.S. Dist. Lexis 72893 (D.S.C.2012).
[84] Zob. np. orzeczenie w sprawie Van Dorn Co. v. Future Chem, & Oil Corp., 753 F2d 565 (7th Cir. 1985); orzeczenie w sprawie Kimo Hill Corp. v. Holt, 618 F.2d 982, 986 (2d Cir. 1980).
[85] Zob. np. orzeczenie w sprawie Atateks Foreign Trade Ltd. V. Private Label Sourcing LLC, 402 Fed. Appx. 623, 2010 czy orzeczenie w sprawie ASARCO LLC v. Amerikas Mining Corp., 2009 U.S. Dist. LEXIS 126325.
[86] Orzeczenie w sprawie Chicago Dist. Council of Carpenters Pension Fund v. Ceiling Well Sys., Inc., 1999 WL 47078 (N.D. Illinios, 1999).
[87] Orzeczenie w sprawie Alberto v. Diversified Group Inc., 55 F.3d 201 (5th Cir. 1995). Orzeczenie to jest krytykowane w literaturze przedmiotu jako przyjmujące zbyt szeroką definicję „niesłuszności". Zob. P.I. Blumberg, K.A. Strasser, N.L. Georgakoulos, E.J. Gouvin, *Blumberg*..., s. 11–19.
[88] P.I. Blumberg, K.A. Strasser, N.L. Georgakoulos, E.J. Gouvin, *Blumberg*..., s. 11–16.

przypadku, a tu występują znaczne rozbieżności pomiędzy sądami w poszczególnych stanach dotyczące wymaganego stopnia natężenia owej niesłuszności[89].

Przesłanka wskazana w punkcie (iii) powyżej wymaga udowodnienia związku przyczynowego pomiędzy „niesłusznym zachowaniem" a powstałą szkodą. W literaturze przedmiotu wskazuje się ponadto, że niesłuszne zachowanie samo w sobie nie jest wystarczające dla zastosowania mechanizmów odpowiedzialności przebijającej (*wrongful conduct in the air will not suffice*)[90]. W zdecydowanej większości przypadków sądy wymagają udowodnienia adekwatnego związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy zaistniałą szkodą a określonym zachowaniem[91], jednak w treści wielu orzeczeń zapadłych w sprawach dotyczących *piercing the corporate veil*, sądy nie wyjaśniają faktu zaistnienia związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą szkodą a określonym zachowaniem (jak wskazuje się w literaturze przedmiotu prawdopodobnie z tego powodu, że był on oczywisty bądź kwestia ta nie została podniesiona przed sądem)[92].

3.1.3. Doktryna alter ego

Teoria ta znajduje zastosowanie, gdy pomiędzy wspólnikiem i spółką istnieje tak daleko posunięta tożsamość interesów, że spółkę można uważać za „drugie ja" wspólnika, a jednocześnie respektowanie prawnej odrębności tych podmiotów prowadziłoby do niesłusznych rezultatów[93]. Doktryna instrumentalnego traktowania spółki jest postrzegana przez przedstawicieli nauki[94] oraz przez część amerykańskiej judykatury[95] za doktrynę tożsamą z doktryną *alter ego*. W niektórych wyrokach sądów amerykańskich wskazuje się jednak na odrębność tych dwóch doktryn[96]. Badacze amerykańscy podkreślają, że doktryna *alter ego* innymi słowami opisuje przesłanki niezbędne do zastosowania odpowiedzialności przebijającej, jednak w praktyce nie jest możliwe rozróżnienie doktryny *alter ego* od doktryny instrumentalnego traktowania spółki. Doktryna *alter ego* w części ujęć definicyjnych pomija konieczność zaistnienia związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy sprawowaniem kontroli nad spółką a dokonanym nadużyciem. W przypadku doktryny *alter ego* wystarczy wykazać, że finalny efekt uznania formalnej odrębności danej spółki byłby niesłuszny (*inequitable*)[97]. Doktryna *alter ego* jest wykorzystywana w następujących stanach: Kalifornia, Kolorado, Delaware, Georgia, Hawaje, Illinois, New Hampshire, New Jersey, Nowy Meksyk, Newada oraz Oregon[98].

---

[89] T. Targosz, *Nadużycie...,* s. 148.
[90] P.I. Blumberg, K.A. Strasser, N.L. Georgakoulos, E.J. Gouvin, *Blumberg*..., s. 11–22.
[91] P.I. Blumberg, K.A. Strasser, N.L. Georgakoulos, E.J. Gouvin, *Blumberg*..., s. 11–22.
[92] P.I. Blumberg, K.A. Strasser, N.L. Georgakoulos, E.J. Gouvin, *Blumberg*..., s. 11–22.
[93] W znanym wyroku w sprawie Zaist v. Olson sąd uznał: „*when the corporation is so manipulated by an individual or another corporate entity as to become a mere puppet or tool for the manipulator, justice may require the courts to disregard the corporate fiction and impose liability on the real actor*". Orzeczenie w sprawie Zaist v. Olson, 227 A.2d 552 (Connecticut 1967).
[94] Zob. P.I. Blumberg, K.A. Strasser, N.L. Georgakoulos, E.J. Gouvin, *Blumberg*..., s. 11–01 do 11–04, gdzie autorzy wskazują, że bez względu na nazwę doktryny (tzw. *instrumentality doctrine* vs. doktryna *alter ego*) wymogi stawiane przez sądy, związane z zastosowaniem którejś ze wskazanych wyżej doktryn, są tożsame.
[95] Zob. np. orzeczenie w sprawie William Passalacqua Builders, Inc. v. Resnick Devs. S., Inc. 933 F2d 131 (2nd Cir. 1991).
[96] Zob. orzeczenie w sprawie Carte Blanche (Singapore) Pte., Ltd. V. Diners Club International, Inc. 802 F. Supp. 1006 (S.D.N.Y. 1992).
[97] T. Targosz, *Nadużycie*..., s. 149.
[98] P.I. Blumberg, K.A. Strasser, N.L. Georgakoulos, E.J. Gouvin, *Blumberg*..., s. 11–5 i 11–6.

3.1.4. Doktryna tożsamości (tzw. identity doctrine)

Doktryna tożsamości jest wykorzystywana wyłącznie w stanie Connecticut, niejako równolegle ze stosowaną w tym stanie doktryną instrumentalnego traktowania spółki[99]. Tzw. *identity doctrine* jest stosowana głównie w odniesieniu do grup kapitałowych. Sąd Najwyższy Connecticut wskazuje, że jest ona stosowana w celu zapobieżenia niesprawiedliwości w przypadkach, w których spółki są traktowane jako jedno przedsiębiorstwo – kontrolowane przez tych samych właścicieli, członków organów lub akcjonariuszy, a procedury korporacyjne zapewniające odrębność prawną pomiędzy tymi spółkami nie są przestrzegane[100]. W tego typu sytuacjach domniemywa się istnienie związku przyczynowo-skutkowego[101].

W literaturze przedmiotu wskazuje się, że doktryna ta nie różni się znacząco od doktryny *alter ego* czy doktryny instrumentalnego traktowania spółki, a jedynie zwiększa istniejące w amerykańskiej doktrynie zamieszanie pojęciowe[102]. Do podobnego wniosku doszedł sędzia J.D. Borden w zdaniu odrębnym do wyroku w sprawie Angelo Tomasso Inc., w którym zauważył, że doktryna instrumentalnego traktowania spółki i doktryna tożsamości to po prostu różne sposoby dojścia do podjęcia tej samej decyzji, wywodzące się z analogicznych zasad[103].

3.2. Jednoelementowe teorie odpowiedzialności przebijającej

3.2.1. Uwagi wstępne

Abstrahując od podobieństw występujących pomiędzy klasycznymi teoriami odpowiedzialności przebijającej, należy zwrócić uwagę, że sądy amerykańskie stosują – obok teorii klasycznych – też teorie słusznościowe[104], zwane jednoelementowymi teoriami odpowiedzialności odszkodowawczej (*single factor piercing*)[105]. Te teorie mogą być stosowane w przypadkach, w których materiał dowodowy zebrany w danej sprawie pozwala na udowodnienie zaledwie jednego z czynników wskazywanych w klasycznych teoriach odpowiedzialności odszkodowawczej, jednak w sposób będący rażącym następstwem nadużycia formy osoby prawnej postrzeganym w kategoriach oszustwa, niesprawiedliwości, uchylania się od odpowiedzialności lub przeinaczania albo ukrywania rzeczywistych stosunków[106]. Poniżej zostaną wskazane przypadki, w których w amerykańskiej praktyce orzeczniczej stosuje się mechanizmy prawne związane z odpowiedzialnością przebijającą w wyniku zastosowania którejś z jednoelementowych teorii odpowiedzialności przebijającej.

---

[99] P.I. Blumberg, K.A. Strasser, N.L. Georgakoulos, E.J. Gouvin, *Blumberg*…, s. 11–27 do 11–30.1.
[100] Orzeczenie w sprawie Angelo Tomasso, Inc., 187 Connecticut, 544, 577–578, 447 A2d 406, 421.
[101] P.I. Blumberg, K.A. Strasser, N.L. Georgakoulos, E.J. Gouvin, *Blumberg*…, s. 11–27.
[102] P.I. Blumberg, K.A. Strasser, N.L. Georgakoulos, E.J. Gouvin, *Blumberg*…, s. 11–27 do 11–30.1.
[103] Orzeczenie w sprawie Angelo Tomasso, Inc., 187 Connecticut, 544, 577–578, 447 A2d 406, 421.
[104] M.D. Caudill, *Piercing the Corporate Veil of a New York Not-for-Profit Corporation*, 8 Fordham J. Corp & Fin L 449 (2003), s. 466.
[105] P.I. Blumberg, K.A. Strasser, N.L. Georgakoulos, E.J. Gouvin, *Blumberg*…, s. 12–1 do 12–50.
[106] P.I. Blumberg, K.A. Strasser, N.L. Georgakoulos, E.J. Gouvin, *Blumberg*…, s. 10–8 do 10–81.

3.2.2. Przypadki spółek pozornych (tzw. sham or shell corporations)

Amerykańskie sądy (w szczególności w stanie Nowy Jork[107]) dopuszczają możliwość zastosowania odpowiedzialności przebijającej w przypadku spółek, które – w świetle obiektywnych kryteriów – działają wyłącznie pozornie[108]. Pozorność działalności spółki jest stwierdzana na następujące sposoby:

(i) spółka nie posiada aktywów, pracowników, kontrahentów lub celów biznesowych niezbędnych do prowadzenia jej działalności[109];
(ii) spółka w sposób rażący nie przestrzega procedur korporacyjnych[110];
(iii) spółka nie może samodzielnie podejmować decyzji ze względu na brak organów lub nadmierną kontrolę sprawowaną przez spółkę-matkę[111].

Część z sądów federalnych w USA (w szczególności sądy apelacyjne USA dla Drugiego Okręgu) w swoim orzecznictwie zaakceptowała możliwość stosowania odpowiedzialności przebijającej we wskazanych powyżej przypadkach[112].

Sądy amerykańskie uznają, że trudno zaakceptować możliwość korzystania przez wspólników z dobrodziejstw prawa spółek i związanej z tym ograniczonej odpowiedzialności, jeżeli wspólnicy spółki nie wykonują wiążących się z tym statusem obowiązków. W konsekwencji możliwość przebicia zasłony korporacyjnej w przypadku spółek pozornych opiera się na założeniu, że im bardziej byt danej osoby prawnej może być postrzegany jako fikcyjny, tym łatwiej można zastosować zabieg pominięcia odrębności spółki. W tego typu przypadkach nie jest wymagane udowodnienie jakiegokolwiek przypadku oszustwa, niesprawiedliwości czy bezprawnego zachowania[113]. Należy jednak zauważyć, że doktryna tzw. *sham (or shell) corporation* nie jest akceptowana przez wszystkie sądy[114].

3.2.3. Przypadki używania spółek w oszukańczych, niesprawiedliwych bądź bezprawnych celach

W amerykańskiej praktyce sądowej widoczne jest również zastosowanie odpowiedzialności przebijającej w przypadku udowodnienia, że forma prawna spółki jest używana w oszukańczych, niesprawiedliwych bądź bezprawnych celach[115]. Tego typu działania mogą zostać stwierdzone w następujących przypadkach:

(i) założenie spółki w celu obejścia prawa[116] (np. w celu uniknięcia zapłaty istniejących lub przyszłych zobowiązań);

---

[107] K. Vandekerckhove [red.] *Piercing…*, s. 83.
[108] P.I. Blumberg, K.A. Strasser, N.L. Georgakoulos, E.J. Gouvin, *Blumberg…*, s. 12–4 do 12–13.
[109] Orzeczenie w sprawie Brunswick Corp. v. Waxman, 599 F.2d 34, 36 (2nd Cir. 1979); orzeczenie w sprawie A&I Realty Corp. v. Kent Dry Cleaners, Inc., 61 Misc. 2nd 887, 307 N.Y.S.2d 99 (Dist. Ct. 1969); orzeczenie w sprawie Wegerer v. First Commodity Corp., 744 F.2d 719 (10th Cir. 1984); orzeczenie w sprawie FMC Fin. Corp. v. Murphree, 632 F.2d 413 (5th Cir. 1980).
[110] Zob. np. orzeczenie w sprawie Sheppard v. River Valley Fitness One, Ltd. P'ship, 2002 U.S. Dist. Lexis 1085 (D.N.H. 2002); orzeczenie w sprawie Browning-Ferries Indus. V. Ter Maat, 195 F.3d 953 (7th Cir. 1999).
[111] Zob. np. orzeczenie w sprawie United States v. Lehigh Valley R.R., 220 U.S. 257, 272 (1911).
[112] P.I. Blumberg, K.A. Strasser, N.L. Georgakoulos, E.J. Gouvin, *Blumberg…*, s. 10–9.
[113] P.I. Blumberg, K.A. Strasser, N.L. Georgakoulos, E.J. Gouvin, *Blumberg…*, s. 12–5.
[114] Zob. np. orzeczenie w sprawie Nelson v. International Paint Co., 734 F.2d, 1084 (5th Cir. 1984); orzeczenie w sprawie Alleheny Airlines, Inc. v. United States, 504 F.2d 104 (7th Cir. 1974).
[115] P.I. Blumberg, K.A. Strasser, N.L. Georgakoulos, E.J. Gouvin, *Blumberg…*, s. 12–5.
[116] Zob. np. orzeczenie w sprawie NuFarm v. RAM Research, 1998 Del. Ch. Lexis 182 (1998); orzeczenie w sprawie Florida Specialty Inc. v. Nimnicht Cadillac Co., 1999 Fla. App. Lexis 13724 (Dist. Ct. App. 1999), orzeczenie w sprawie Goya Foods Inc. v. Unanue, 233 F.3d 38, 43–44 2000, U.S. App., Lexis 29724 (1st Cir. 2000).

(ii) doprowadzenie do zatarcia możliwości rozróżnienia obszaru interesów danej spółki i innych powiązanych spółek[117] (w tym przypadku amerykańskie sądy uznały, że zatarcie możliwości rozróżnienia obszaru interesów poszczególnych spółek jest rodzajem dorozumianego oświadczenia, którego treścią jest zgoda na pociągnięcie do odpowiedzialności osób stojących za spółką lub danej grupy spółek);
(iii) wykorzystywanie aktywów spółki przez wspólnika do prywatnych celów;
(iv) podział działalności jednego przedsiębiorstwa na wiele spółek w celu uniknięcia odpowiedzialności w przyszłości (w tego typu sprawach sądy czasami uznawały dopuszczalność przebicia zasłony korporacyjnej w przypadkach dokonywania reorganizacji spółek w sposób mogący uniemożliwić wierzycielom dochodzenie przyszłych roszczeń)[118];
(v) niedokapitalizowanie spółki[119] (sytuacji, w której kapitał spółki jest iluzoryczny w stosunku do skali zamierzonej działalności bądź ryzyka strat)[120].

Przypadki wskazane powyżej, aczkolwiek kontrowersyjne, są czasami stosowane w celu zastosowania odpowiedzialności przebijającej i są przedmiotem rozbieżności w orzecznictwie sądów amerykańskich[121]. Należy dodać, że odpowiedzialność przebijająca w powyższych przypadkach może też zostać zastosowana w przypadku przestrzegania wszystkich procedur korporacyjnych[122].

3.2.4. Przypadki dotyczące kwestii regulowanych prawem federalnym

W przypadku kwestii regulowanych prawem federalnym można również mówić o wykorzystywaniu jednoelementowej teorii odpowiedzialności przebijającej. W przypadku kwestii dotyczących, bezpośrednio lub pośrednio, spraw związanych z polityką publiczną i bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa federalnego (np. kwestie związane z unikaniem przepisów prawa pracy czy prawa środowiska[123]) sądy federalne dopuszczają liberalizację przesłanek pozwalających na zastosowanie odpowiedzialności przebijającej w celu niedopuszczenia do obejścia przepisów bezwzględnie obowiązującego prawa lub nadużycia formy prawnej spółki. Niemniej jednak, należy zauważyć, że doktryna ta nie jest jednolicie stosowana przez sądy federalne i niektóre z nich – również w sprawach dotyczących kwestii regulowanych prawem federalnym – konsekwentnie stosują klasyczne teorie odpowiedzialności przebijającej[124].

---

[117] P.I. Blumberg, K.A. Strasser, N.L. Georgakoulos, E.J. Gouvin, *Blumberg*…, s. 12–17.
[118] Orzeczenie w sprawie Papa v. Katy Industries Inc., 166 F.3d 937, 941–942 (7th Cir. 1999); orzeczenie w sprawie Craig v. Johns-Manville Corp., 1987 WL 10191 (E.D. Pa. 1987).
[119] Niedokapitalizowanie spółki jest jedną z najbardziej kontrowersyjnych przypadków stosowania odpowiedzialności przebijającej i jest również przedmiotem znacznych rozbieżności w orzecznictwie. Po pierwsze, niedostateczna kapitalizacja jest często traktowana jako przypadek pozwalający stwierdzić brak samoistnej działalności spółki. Po drugie, istnieją poglądy, że niedostateczna kapitalizacja nie może stanowić samoistnej przesłanki przebicia zasłony korporacyjnej. Zob. orzeczenie w sprawie Papa v. Katy Industries Inc., 166 F.3d 937, 941–942 (7th Cir. 1999).
[120] Orzeczenie w sprawie Castleberry v. Branscum, 721 S.W.2d 270 (Teksas 1987).
[121] P.I. Blumberg, K.A. Strasser, N.L. Georgakoulos, E.J. Gouvin, *Blumberg*…, s. 12–31.1 do 12–33.
[122] P.I. Blumberg, K.A. Strasser, N.L. Georgakoulos, E.J. Gouvin, *Blumberg*…, s. 10–10.
[123] M.D. Caudill, *Piercing*…, s. 466.
[124] P.I. Blumberg, K.A. Strasser, N.L. Georgakoulos, E.J. Gouvin, *Blumberg*…, s. 10–10.

3.2.5. Doktryny dotyczące grupy spółek (single business enterprise)

Dodatkowo, możliwe jest wyodrębnienie też grupy doktryn dotyczących możliwości pominięcia osobowości prawnej spółki w przypadku, gdy spółki nie prowadzą działalności jako odrębne podmioty gospodarcze, ale w wyniku porozumienia doprowadzają do połączenia swoich zasobów i wysiłków w celu osiągnięcia wspólnego celu biznesowego. Innymi słowy, doktryna ta znajduje zastosowanie do grup spółek, niemniej nie odnosi się ona bezpośrednio do orzecznictwa dotyczącego klasycznego *piercing the corporate veil*[125]. Cechą wspólną tych doktryn jest traktowanie grupy powiązanych kapitałowo spółek jako jednego przedsiębiorstwa i dopuszczenie sytuacji, w których każda ze spółek – będąca stroną porozumienia – może zostać pociągnięta do odpowiedzialności za długi pozostałych członków porozumienia[126].

Teorie te występują pod różnymi nazwami w poszczególnych stanach. Przykładowo, występowanie tej teorii jest widoczne w: (i) stanie Teksas i stanie Luizjana jako doktryna grupy spółek (*single integrated enterprise*); (ii) w stanie Nowy Jork jako doktryna agencji (*agency doctrine*); (iii) w stanach sądu apelacyjnego USA dla Siódmego Okręgu (stany Illinois, Indiana i Wisconsin) jako doktryna podziału przedsiębiorstwa (*fragmentation of the enterprise*), oraz (iv) w przypadkach związanych z prawem pracy jako doktryna połączonego przedsiębiorstwa (*integrated enterprise*) stosowana przez federalną Krajową Komisję Prawa Pracy i przyjmowaną przez większość sądów w USA (z wyjątkiem sądu apelacyjnego USA dla Siódmego Okręgu)[127].

Stany Teksas i Luizjana wypracowały doktrynę grupy spółek, którą można uznać za kolejną odmianę jednoelementowej teorii odpowiedzialności przebijającej. Zgodnie z tą doktryną możliwe jest zastosowanie odpowiedzialności przebijającej w przypadku, gdy spółki nie prowadzą działalności jako odrębne podmioty gospodarcze, ale w wyniku porozumienia doprowadzają do połączenia swoich zasobów i wysiłków w celu osiągnięcia wspólnego celu biznesowego. W takim przypadku każda ze spółek będąca stroną porozumienia może zostać pociągnięta do odpowiedzialności za długi pozostałych członków porozumienia[128]. Doktryna ta została pierwotnie sformułowana w trakcie rozpatrywania sprawy Paramount Petroleum Corp.[129] Zgodnie z tą doktryną można domniemywać działanie przez spółki w celu osiągnięcia wspólnego celu biznesowego w przypadku, gdy posiadają one wspólnych pracowników, łączy je unia personalna pomiędzy członkami organów, wspólny system księgowy, wspólnie świadczą usługi lub działają pod tym samym logo[130]. Doktryna ta pierwotnie miała znajdować zastosowanie tylko do podmiotów powiązanych funkcjonujących w grupach kapitałowych, jednak sporadycznie była również stosowana do osób fizycznych będących wspólnikami spółki kapitałowej[131].

[125] P.I. Blumberg, K.A. Strasser, N.L. Georgakoulos, E.J. Gouvin, *Blumberg*..., s. 10–10 i 10–11.
[126] P.I. Blumberg, K.A. Strasser, N.L. Georgakoulos, E.J. Gouvin, *Blumberg*..., s. 10–10 i 10–11.
[127] P.I. Blumberg, K.A. Strasser, N.L. Georgakoulos, E.J. Gouvin, *Blumberg*..., s. 10–11.
[128] P.I. Blumberg, K.A. Strasser, N.L. Georgakoulos, E.J. Gouvin, *Blumberg*..., s. 12–34.
[129] Orzeczenie w sprawie Paramount Petroleum Corp. v. Taylor Rental Ctr., 712 S.W.2d 534, 536 (Tex. Ct. App. 1986).
[130] P.I. Blumberg, K.A. Strasser, N.L. Georgakoulos, E.J. Gouvin, *Blumberg*..., s. 12–35.
[131] P.I. Blumberg, K.A. Strasser, N.L. Georgakoulos, E.J. Gouvin, *Blumberg*..., s. 12–33.

Niemniej doktryna grupy spółek budziła znaczące wątpliwości komentatorów, ponieważ zezwalała na przebicie zasłony korporacyjnej też w przypadku braku moralnej naganności określonych zachowań. W związku z tym doktryna grupy spółek została zmodyfikowana w orzeczeniu w sprawie SSP Partners[132], w którym doprecyzowano, że możliwe jest pominięci osobowości prawnej spółki wyłącznie wtedy, gdy doszło do nadużycia formy spółki w celu oszustwa, uniknięcia obowiązków lub w innym niesłusznym celu. Tym samym, w pewnym stopniu dostosowano teorię *single business enterprise* do ustawodawstwa obowiązującego w stanie Teksas[133].

Zbliżone podejście jest przyjmowane również w stanie Nowy Jork i jest określane jako doktryna agencji. Zgodnie z orzecznictwem stanu Nowy Jork możliwe jest zastosowanie doktryny agencji w przypadku, w którym jedna ze spółek zależnych wykonuje zadania przewidziane na rzecz grupy spółek, które – w przypadku braku określonej spółki zależnej – musiałyby być wykonywane przez spółkę-matkę lub inną spółkę z grupy[134].

Doktryna podziału przedsiębiorstwa (*fragmentation of the enterprise*) jest stosowana w przypadkach, gdy działalność określonej grupy kapitałowej wykonuje w praktyce wiele spółek zależnych, w sposób, który sugeruje, że przyczyną dokonania podziału była chęć uniknięcia odpowiedzialności za działalność wykonywaną przez określoną spółkę[135].

3.3. Podsumowanie

Omówienie wybranych teorii odpowiedzialności przebijającej przedstawianych w amerykańskiej literaturze przedmiotu pozwala na wysunięcie następujących wniosków.

Po pierwsze, praktyka orzecznicza sądów amerykańskich w zakresie „przebicia zasłony korporacyjnej" jest dużo bardziej skomplikowana niż wynikałoby to wyłącznie z klasycznej teorii odpowiedzialności przebijającej.

Po drugie, sądy w Stanach Zjednoczonych wykorzystują zarówno klasyczną, trójelementową teorię odpowiedzialności przebijającej, jak i liczne odmiany jednoelementowych teorii odpowiedzialności przebijającej. Fakt koegzystencji tych teorii w amerykańskim systemie prawnym został potwierdzony w orzeczeniu Castleberry v. Branscum[136]. Niemniej jednak sądy, wykorzystując jednoelementowe teorie odpowiedzialności, w swoich orzeczeniach wskazują także na takie elementy stanu faktycznego, które mogłyby stanowić podstawę wnioskowania prawniczego też w przypadku oparcia danego judykatu na innej teorii związanej z wykorzystaniem mechanizmów odpowiedzialności przebijającej[137]. W konsekwencji nie można stwierdzić, że w judykaturze amerykańskiej istnieje jedna spójna linia doktrynalna czy orzecznicza dotycząca odpowiedzialności przebijającej.

---

[132] Orzeczenie w sprawie SSP Partners v. Gladstrong Invs. (USA) Corp., No. 05–0721, 2008 Tex. LEXIS 997.
[133] E.S. Miller, *The Limits of Limited Liability. Veil Piercing and Other Bases of Personal Liability of Owners, Governing Persons and Agents of Texas Business Entities,* http://www.baylor.edu/content/services/document.php/187922.pdf (dostęp: 9.10.2017 r.).
[134] P.I. Blumberg, K.A. Strasser, N.L. Georgakoulos, E.J. Gouvin, *Blumberg*…, s. 10–12.
[135] P.I. Blumberg, K.A. Strasser, N.L. Georgakoulos, E.J. Gouvin, *Blumberg*…, s. 10–12.
[136] Orzeczenie w sprawie Castleberry v. Branscum, 721 S.W.2d 270 (Teksas 1987).
[137] P.I. Blumberg, K.A. Strasser, N.L. Georgakoulos, E.J. Gouvin, *Blumberg*…, s. 12–49 do 12–50.

Po trzecie, w judykaturze amerykańskiej oraz w literaturze przedmiotu nie można znaleźć odpowiedzi na fundamentalne pytanie – w jakich okolicznościach możliwe jest zastosowanie jednoelementowej teorii odpowiedzialności przebijającej w przypadku, gdy nie są spełnione przesłanki umożliwiające zastosowanie obowiązującej w danym stanie klasycznej teorii odpowiedzialności przebijającej? Zwraca też uwagę to, że klasyczna teoria odpowiedzialności przebijającej jest relatywnie często stosowana na poziomie prawa stanowego tak długo, jak w danej sprawie nie występują żadne elementy regulowane prawem federalnym. Jeśli dana sprawa dotyczy kwestii regulowanych prawem federalnym, wówczas jest wysoce prawdopodobne, że sądy federalne zastosują którąś z jednoelementowych teorii odpowiedzialności przebijającej[138].

Teorie opisane powyżej, aczkolwiek stosowane przez amerykańskie sądy w sposób niekoniecznie tożsamy, pozwalają jednak na ogólne zarysowanie teoretycznych granic dopuszczalności zastosowania mechanizmów odpowiedzialności przebijającej lub mechanizmów funkcjonalnie zbliżonych do odpowiedzialności przebijającej.

4. Odpowiedzialność przebijająca w wybranych jurysdykcjach w Stanach Zjednoczonych

4.1. Wprowadzenie

Przed przejściem do omówienia zagadnień związanych z odpowiedzialnością przebijającą występujących w wybranych jurysdykcjach w USA, należy przypomnieć, że na system prawa spółek składają się tam dwa niezależne reżimy – prawo stanowe oraz prawo federalne. Każdy stan w Stanach Zjednoczonych ma odrębną ustawę stanowiącą podstawę prawną działalności spółek założonych zgodnie z prawem danego stanu. Stanowe ustawy regulują najistotniejsze kwestie związane z procesem zakładania spółki, zakresem praw i obowiązków wspólników oraz członków organów spółki, a także ustalają podstawowe zasady *corporate governance* obowiązującego w spółce. Natomiast do podstawowych aktów regulujących prawo spółek na poziomie federalnym należą dwie ustawy dotyczące przede wszystkim obrotu papierami wartościowymi: amerykańska ustawa o papierach wartościowych (*The Securities Act*) z 1933 r. oraz amerykańska ustawa o giełdzie papierów wartościowych (*The Securities Exchange Act*) z 1934 r.[139] Dodatkowo, niezależnie od terytorialnego zasięgu określonych regulacji prawnych, należy dokonać rozróżnienia na prawo stanowione oraz prawo precedensowe pochodzące z orzeczeń sądowych. Jak się wydaje, jedną z podstawowych przyczyn braku spójnej linii orzeczniczej dotyczącej odpowiedzialności przebijającej jest fakt, że poszczególne sprawy dotyczące możliwości „przebicia" zasłony korporacyjnej są rozpatrywane przede wszystkim przez sądy stanowe znajdujące się w różnych stanach. Jednocześnie należy zauważyć, że w zdecydowanej większości stanów USA[140] kwestia

[138] P.I. Blumberg, K.A. Strasser, N.L. Georgakoulos, E.J. Gouvin, *Blumberg*…, s. 13–3.
[139] B. Jankowski, *Nadużycie*…, s. 65–66.
[140] Z wyjątkiem stanu Teksas, o którym mowa poniżej. Niemniej jednak niektóre ze stanów USA podejmowały pewne działania w celu określenia zasad odpowiedzialności przebijającej. Zob. np. § 300(e) California Corporation Code czy § 180.1835 Wisconsin Statute.

możliwości skorzystania z mechanizmów odpowiedzialności przebijającej nie została uregulowana w prawie stanowym[141]. Co więcej, paragraf 6.22(b) Model Business Corporation Act[142] przewiduje, że – jeśli nie stanowi inaczej statut spółki – akcjonariusz nie jest odpowiedzialny za działania spółki i zobowiązania spółki względem wierzycieli, z wyjątkiem przypadków, gdy jest osobiście odpowiedzialny z powodu swojego działania lub zaniechania[143]. W konsekwencji w większości przypadków to orzekający sędziowie mają dyskrecjonalne prawo do stwierdzenia, czy w konkretnym stanie faktycznym zasadne jest – ze względów słusznościowych – skorzystanie z możliwości „przebicia" zasłony korporacyjnej.

Ze względu na brak ustawowych regulacji federalnych dotyczących omawianej tematyki oraz dużą różnorodność rozwiązań stosowanych w orzecznictwie poszczególnych stanów, w niniejszym rozdziale zdecydowano się omówić wyłącznie linie orzecznicze występujące w wybranych stanach USA. Wybór stanów został dokonany z uwagi na następujące kryteria:

(i) liczba orzeczeń dotyczących odpowiedzialności przebijającej zapadłych w danym stanie, oraz
(ii) liczba spółek zarejestrowanych w danym stanie.

W związku z tym, po przeanalizowaniu danych statystycznych dotyczących liczby spraw związanych z „przebiciem" zasłony korporacyjnej w USA, zdecydowano się szczegółowo przedstawić trzy jurysdykcje, w których liczba orzeczeń sądowych dotyczących *piercing the corporate veil* jest najwyższa, czyli stany: Nowy Jork, Teksas oraz Kalifornia[144].

Dodatkowo, biorąc pod uwagę specyfikę stanu Delaware i jego popularność jako stanu najbardziej przyjaznego inwestorom[145], analiza została uzupełniona o rozstrzygnięcia zapadłe w stanie Delaware, chociaż kwestie związane z odpowiedzialnością przebijającą nie trafiają często do sądów w stanie Delaware[146]. Dodatkowo, rozdział został podsumowany obserwacjami dotyczącymi mechanizmów stosowania odpowiedzialności przebijającej na poziomie sądów federalnych.

4.2. Stan Nowy Jork

Stan Nowy Jork jest jednym z największych centrów biznesowych współczesnego świata. Co szczególnie interesujące z punktu widzenia tej pracy, w stanie Nowy Jork zapada dwukrotnie więcej orzeczeń dotyczących odpowiedzialności

[141] R.B. Thompson, *Piercing*…, s. 1041.
[142] Model Business Corporation Act został przygotowany przez Komitet Prawa Korporacyjnego, Bankowego i Handlowego Amerykańskiego Stowarzyszenia Adwokatów i jest traktowany jako wzorcowy akt prawny regulujący prawo spółek. Chociaż dokument ten jednak nie ma mocy wiążącej, to znaczna część stanów USA przyjęła zaproponowane w nim rozwiązania jako swoisty kanon. W dalszej części niniejszej pracy autorka odnosi się do trzeciej edycji Model Business Corporation Act 2002, zob. http://www.lexisnexis.com/documents/pdf/20080618091347_large.pdf (dostęp: 5.10.2017 r.).
[143] 6.22(b) Model Business Corporation Act, trzecia edycja 2002 r.
[144] R.B. Thompson, *Piercing*…, s. 1050 oraz P.B. Oh, *Veil-Piercing*…, s. 115.
[145] Stan Delaware jest uznawany za amerykańskiego lidera prawa spółek ze względu na liczbę inkorporowanych spółek na terytorium tego stanu. Zgodnie z danymi rządu stanu Delaware ponad 66% amerykańskich spółek publicznych zostało inkorporowanych (założonych) w tym stanie, zob. http://www.corp.delaware.gov/aboutagency.shtml (dostęp: 5.10.2017 r.).
[146] R.B. Thompson, *Piercing*…, s. 1050 oraz P.B. Oh, *Veil-Piercing*…, s. 115.

przebijającej niż w jakimkolwiek innym stanie USA[147], a tym samym niezbędne wydaje się przeanalizowanie stanowego orzecznictwa dotyczącego odpowiedzialności przebijającej. Przed przejściem do omówienia zasad odpowiedzialności przebijającej w stanie Nowy Jork, należy zauważyć, że badania empiryczne przeprowadzone przez R.B. Thompsona sugerują, iż sędziowie stanu Nowy Jork mogą stosować bardziej restrykcyjne podejście do stosowania mechanizmów odpowiedzialności przebijającej niż sędziowie w pozostałych stanach USA[148]. Niemniej jednak badania przeprowadzone przez P.B. Oha pozwalają na wysnucie odmiennych wniosków[149]. W ocenie komentatorów przepisy dotyczące odpowiedzialności przebijającej są stosowane w sposób korzystny dla akcjonariuszy spółek[150] i jednocześnie sprawiają, że w stanie Nowy Jork trudniej jest doprowadzić do przebicia zasłony korporacyjnej niż w innych stanach USA[151].

W tym stanie reguły odpowiedzialności przebijającej nie zostały w żaden sposób skodyfikowane i są w pełni wytworem judykatury, a stan Nowy Jork walnie przyczynił się do rozwoju klasycznej teorii odpowiedzialności przebijającej[152]. W doktrynie wskazuje się, że reguły odpowiedzialności przebijającej w stanie Nowy Jork zostały ukształtowane przez następujące orzeczenia: Berkey v. Third Avenue Railway Company[153], Bartle v. Home Owners Cooperative[154] oraz Walkovszky v. Carlton[155].

Wyrok w sprawie Berkey v. Third Avenue Railway Company zapadł na kanwie następującego stanu faktycznego. Powódka, pani Berkey, ze względu na błąd motorniczego tramwaju doznała obrażeń, wysiadając z tramwaju zarządzanego przez spółkę Forty-second Street, Manhattanville and Saint Nicholas Avenue Railway Company (dalej Forty-Second Street, Railway Company). Spółka Forty-Second Street, Railway Company była spółką zależną spółki Third Avenue Railway Company, która posiadała w niej większość kapitału zakładowego oraz korzystała z usług tych samych pracowników. Spółki te były zarządzane przez te same osoby. Wszystkie tramwaje wykorzystywane przez spółkę Forty-Second Street, Railway Company były oznaczone znakami spółki Third Avenue Railway Company, niemniej na bilecie uprawniającym do przejazdu znajdowało się logo spółki Forty-Second Street, Railway Company. Powódka pozwała spółkę-matkę w celu uzyskania odszkodowania za poniesione obrażenia. Sąd w Nowym Jorku stwierdził, że sam fakt posiadania przez spółkę-matkę większości udziałów w spółce-córce nie pozwala na przypisanie odpowiedzialności spółce-matce za zobowiązania spółki-córki. Sąd zwrócił również uwagę na to, że spółka Forty-Second Street, Railway Company

[147] R.B. Thompson, *Piercing*…, s. 1051, tabela nr 6.
[148] Badania przeprowadzone przez R.B. Thompsona wskazują, że w stanie Nowy Jork sądy zdecydowały się na przebicie zasłony korporacyjnej w 34,91% przypadków. Zob. R.B. Thompson, *Piercing*…, s. 1051, tabela nr 6.
[149] W świetle badań przeprowadzonych przez P.B. Oha sądy zezwalają na przebicie zasłony korporacyjnej w 49,81% spraw trafiających do sądu. Zob. P.B. Oh, *Veil-Piercing*…, s. 115.
[150] M.D. Caudill, *Piercing*…, s. 475.
[151] Orzeczenie w sprawie William Wrigley Jr. Co. v. Waters, 890 F.2d 594, 600, 13 U.S.P.Q.2d 1125 (2d Cir. 1989), gdzie zostało stwierdzone, że: „*It is well settled that New York courts are reluctant to disregard the corporate entity*".
[152] S.B. Presser, *Piercing the Corporate Veil*, 2017, dostępne w bazie Westlaw International, 2:33. New York. Introduction.
[153] Orzeczenie w sprawie Berkey v. Third Avenue Railway Co. (155 N. E. 58, 61 (N.Y. 1926).
[154] Orzeczenie w sprawie Bartle v. Home Owners Cooperative Inc., 309 N.Y. 103, 127 N.E.2d 832, 1955 N.Y. LEXIS 938 (N.Y. 1955).
[155] Orzeczenie w sprawie Walkovszky v. Carlton, 223 N.E.2d 6 (N.Y. 1966).

posiadała koncesję na organizowania przewozów na określonej trasie, niezależne konta bankowe i funkcjonowała na rynku wiele lat, więc nie mogła zostać uznana za spółkę stworzoną w oszukańczym celu[156]. Tym samym – w ocenie sądu – nie zostały spełnione przesłanki dla zastosowania odpowiedzialności przebijającej. W doktrynie wskazuje się, że orzeczenie to udowadnia silne domniemanie odrębnej osobowości prawnej spółek wchodzących w skład zgrupowania spółek widoczne w linii orzeczniczej sądów stanu Nowy Jork[157].

W sprawie Bartle v. Home Owners Co-op. dotyczącej odpowiedzialności za zobowiązania spółki w ramach grupy kapitałowej sąd nowojorski zajął podobne stanowisko. W tym przypadku Home Owners Co-op. założyła spółkę Westerlea Builders Inc., która miała zajmować się pracami budowlanymi. Home Owners Co-op. posiadała 100% kapitału w Westerlea Builders Inc. Po pewnym czasie Westerlea Builders Inc. wpadła w kłopoty finansowe i została postawiona w stan upadłości. Syndyk spółki Westerlea Builders Inc. próbował doprowadzić do przebicia zasłony korporacyjnej i twierdził, że Home Owners Co-op. jest odpowiedzialna za zobowiązania swojej spółki-córki. W toku procesu udowodniono, że spółka-matka kontrolowała spółkę-córkę, jednak spółki te zawsze występowały wobec osób trzecich jako odrębne podmioty. Co więcej, w ocenie sądu spółka-matka nie podjęła żadnych działań mogących mieć na celu pokrzywdzenie wierzycieli spółki-córki. W zdaniu odrębnym do wyroku sędzia B. Van Voorhis wskazywał jednak, że spółka Westerlea Builders Inc. została założona w celu wykonywania prac budowlanych, bez zamiaru uzyskiwania zysku ze sprzedaży swoich usług, ponieważ jedynym odbiorcą usług tej spółki była jej spółka-matka. Tym samym, głównymi beneficjentami polityki niskich cen prowadzonej przez spółkę Westerlea Builders Inc. była spółka-matka i jej akcjonariusze. Sąd wyjaśnił jednak, że w świetle prawa dopuszczalne jest założenie spółki zależnej w celu skorzystania z przywileju ograniczonej odpowiedzialności w zakresie działań podejmowanych przez tę spółkę[158]. W konsekwencji sąd oddalił powództwo[159], podtrzymując zasadę, że założenie spółki zależnej w celu uniknięcia odpowiedzialności przez spółkę-matkę nie stanowi przesłanki umożliwiającej wykorzystanie mechanizmów odpowiedzialności przebijającej.

Z podobnymi problemami dotyczącymi układu stosunków w ramach grupy powiązanych ze sobą spółek zmierzyli się sędziowie w sprawie Walkovszky v. Carlton[160]. W sprawie tej pan Carlton był właścicielem przedsiębiorstwa składającego się z 20 taksówek posiadanych przez 10 spółek zależnych, z których każda miała jeden lub dwa samochody obciążone ograniczonym prawem rzeczowym na rzecz kredytodawcy i wykupione ubezpieczenie w minimalnej ustawowej wysokości wynoszącej 10.000 dol. Powód, pan Walkovszky uległ ciężkiemu wypadkowi spowodowanemu przez jedną z taksówek, a poniesiona przez niego szkoda przewyższała aktywa spółki, do której należała taksówka. Powód twierdził, że wszystkie spółki zależne

[156] Orzeczenie w sprawie Berkey v. Third Avenue Railway Co. (155 N. E. 58, 61 (N.Y. 1926).
[157] S.B. Presser, *Piercing*…, 2:34.
[158] Orzeczenie w sprawie Bartle v. Home Owners Cooperative Inc., 309 N.Y. 103, 127 N.E.2d 832, 1955 N.Y. LEXIS 938 (N.Y. 1955), „*[t]he law permits the incorporation of a business for the very purpose of escaping personal liability*".
[159] Orzeczenie w sprawie Bartle v. Home Owners Cooperative Inc., 309 N.Y. 103, 127 N.E.2d 832, 1955 N.Y. LEXIS 938 (N.Y. 1955).
[160] Orzeczenie w sprawie Walkovszky v. Carlton, 223 N.E.2d 6 (N.Y. 1966).

pana Carltona były niedokapitalizowane, co stanowiło niezgodną z prawem próbę oszukania członków lokalnej społeczności, którzy mogliby zostać pokrzywdzeni przez którąkolwiek z taksówek[161]. Niemniej jednak sąd odmówił przebicia korporacyjnej zasłony, wskazując, że nie są jasne przesłanki, na podstawie których powód dochodzi swoich roszczeń. W ocenie sądu powód mógłby łatwiej wykazać odpowiedzialność pozostałych spółek-córek na podstawie doktryny odpowiedzialności przedsiębiorstwa (*enterprise liability*) przez udowodnienie, że spółka zależna stanowi jedynie niesamodzielną część tego przedsiębiorstwa. Z kolei przebicie korporacyjnej zasłony może prowadzić wyłącznie do stwierdzenia odpowiedzialności osoby fizycznej jako podmiotu dominującego[162]. W ocenie sądu pozwany nie udowodnił w wystarczający sposób zaistnienia przesłanek umożliwiających zastosowanie mechanizmów odpowiedzialności przebijającej.

Trzy opisane wyżej przypadki wskazują na linię orzeczniczą obowiązującą w stanie Nowy Jork, zgodnie z którą wspólnicy spółki nie zostaną pociągnięci do odpowiedzialności za zobowiązania spółki tak długo, jak nie zostaną udowodnione wszystkie przesłanki odpowiedzialnością wymagane zgodnie z klasyczną teorią odpowiedzialności przebijającej[163]. Nie oznacza to jednak, że w orzecznictwie stanu Nowy Jork nie można znaleźć orzeczeń, które odbiegają od tego standardu, niemniej analiza orzecznictwa tego stanu pozwala na wysunięcie wniosku, że – co do zasady i z zastrzeżeniem pewnych wyjątków – jest on jednak przestrzegany[164]. Wniosek ten potwierdza też orzeczenie w sprawie Morris v. New York State Dept of Taxation and Finance[165], w którym zakwestionowano orzeczenia sądów niższych instancji, które odbiegały od powyżej opisywanego standardu[166]. Jednocześnie należy zauważyć, że orzeczenie w sprawie Morris v. New York State Dept of Taxation and Finance wyjaśniło, iż przebicie zasłony korporacyjnej może nastąpić tylko wtedy, gdy zostanie udowodnione, że: (i) właściciele sprawowali pełną kontrolę nad spółką w zakresie związanym z kwestionowaną transakcją, oraz (ii) pełna kontrola nad spółką została wykorzystana do popełnienia oszustwa lub podjęcia niesłusznego działania względem powoda, co doprowadziło do powstania szkody po stronie powoda[167].

4.3. Stan Teksas

Do chwili obecnej tylko jeden amerykański stan skodyfikował reguły odpowiedzialności przebijającej. Uregulowanie tej kwestii było pochodną negatywnego postrzegania przez teksańskie środowiska biznesowe[168] szeroko komentowanego

[161] Orzeczenie w sprawie Walkovszky v. Carlton, 223 N.E.2d 6 (N.Y. 1966), „*an unlawful attempt at defrauding members of the general public who might be injured by the cabs*".
[162] Orzeczenie w sprawie Walkovszky v. Carlton, 223 N.E.2d 6 (N.Y. 1966).
[163] S.B. Presser, *Piercing*..., 2:34.
[164] S.B. Presser, *Piercing*..., 2:34.
[165] Orzeczenie w sprawie Morris v. New York State Dept of Taxation and Finance, 588 NYS 2d 927, 927–28 (App Div 1992).
[166] T. Prudhoe, J. Notebaert, *Piercing the veil-an American introduction*, „Trusts & Trustees" 2010/9, Vol. 16, s. 731–732.
[167] Orzeczenie w sprawie Morris v. New York State Dept of Taxation and Finance, 588 NYS 2d 927, 927–28 (App Div 1992), gdzie stwierdzono: „*piercing the corporate veil requires a showing that: (i) the owners exercised complete domination of the corporation in respect to the transaction attacked; and (ii) that such domination was used to commit a fraud or wrong against the plaintiff which resulted in plaintiff's injury*".
[168] S.B. Presser, *Piercing*..., 2:48,Texas.

orzeczenia sądu w sprawie Castleberry v. Branscum[169]. Należy podkreślić, że przed orzeczeniem w sprawie Castleberry v. Branscum sądy teksańskie dopuszczały przebicie zasłony korporacyjnej tylko w wyjątkowych przypadkach.

W omawianej sprawie, ze względu na konflikty między wspólnikami (panowie Castleberry, Branscum oraz Byboth), doszło do sprzedaży przez pana Castleberry 33,3% udziałów w spółce Texan Transfer, Inc. na rzecz tej spółki za cenę 42.000 dol., płatną w ratach. Płatność ceny za udziały została zabezpieczona wekslem własnym wystawionym przez spółkę Texan Transfer, Inc. Niemniej jednak po zapłacie pierwszej raty spółka Texan Transfer, Inc. nie dokonała dalszych płatności. W międzyczasie wszystkie aktywa spółki Texan Transfer, Inc. zostały przeniesione przez wspólników tej spółki do innej spółki, a spółka Texan Transfer, Inc. zaprzestała prowadzenia swojej działalności. Pan Castleberry w związku z tym pozwał swoich byłych wspólników, wskazując, że w tych okolicznościach sprawą zasadniczą jest przebicie zasłony korporacyjnej, ponieważ zaprzestanie dalszej działalności przez spółkę Texan Transfer, Inc. nastąpiło w celu oszukańczym związanym z niechęcią byłych wspólników do zapłaty ceny za nabyte udziały. Co interesujące, sąd dopuścił w tym przypadku przebicie zasłony korporacyjnej, wskazując, że w celu skorzystania z mechanizmów odpowiedzialności przebijającej „powód musi wykazać tylko naruszenie przez wspólnika prawnych lub słusznościowych obowiązków, które, niezależnie od moralnej winy wspólnika, prawo uznaje za oszukańcze ze względu na zamiar wprowadzenia w błąd osób trzecich, zamiar naruszenia pewności obrotu lub pokrzywdzenia interesu publicznego". Innymi słowy, sąd zezwolił na pominięcie odrębności prawnej spółki, nawet wtedy, gdy nie udowodniono oszustwa wspólnikom spółki, spółka przestrzegała procedur korporacyjnych i nie doszło do połączenia majątku spółki oraz wspólników, jednak spółka była używana jako narzędzie pozwalające na osiągnięcie niesłusznego rezultatu („*when the corporate form has been used as part of a basically unfair device to achieve an inequitable result*").

Orzeczenie to spotkało się ze zrozumiałą niechęcią teksańskich środowisk biznesowych. W rezultacie postanowiono uregulować tę kwestię na poziomie ustawodawczym, w celu zawężenia możliwości wykorzystania mechanizmów odpowiedzialności przebijającej. Od 28.08.1989 r.[170] ustawodawstwo stanu Teksas przewiduje klauzulę generalną, zgodnie z którą: „wspólnicy nie odpowiadają za szkody wynikające z niewywiązywania się przez spółkę z jej zobowiązań kontraktowych (...), chyba że wierzyciel wykaże aktywny udział wspólnika w używaniu formy prawnej spółki w celu dokonania oszustwa lub wyrządzenia szkody temu wierzycielowi, skierowany na osiągnięcie przez tego wspólnika bezpośredniej, osobistej korzyści"[171]. Tym samym, obecnie ustawodawstwo stanu Teksas dopuszcza zastosowanie mechanizmów odpowiedzialności przebijającej tylko w przypadku, w którym udowodniono wspólnikowi spółki wszystkie powyższe elementy, w tym też dokonanie czynności w oszukańczym celu lub w celu wyrządzenia szkody.

Co więcej, w celu uniknięcia jakichkolwiek dalszych wątpliwości dotyczących wzajemnych relacji prawa precedensowego oraz przepisów ustawowych w zakresie

[169] Orzeczenie w sprawie Castleberry v. Branscum, 721 S.W.2d 270 (Teksas 1987).
[170] S.B. Presser, *Piercing*..., 2:48,Texas.
[171] Art. 2.21(A) Texas Business Corporation Act.

odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki, w 1993 r. w Texas Business Corporation Act dodano art. 2.21(B), który przewiduje, że zasady odpowiedzialności wspólnika za zobowiązania spółki są ograniczone tylko do przypadków bezpośrednio wskazanych w art. 2.21(A) powyżej i wyłączona jest jakakolwiek inna odpowiedzialność wspólnika z tego tytułu na mocy prawa *common law* czy w jakikolwiek inny sposób, z wyjątkiem przypadków, w których: (i) wspólnik spółki wprost zgodził się na ponoszenie odpowiedzialności za określone zobowiązanie, (ii) wspólnik spółki jest zobowiązany względem uprawnionego na podstawie przepisów ustawy Texas Business Corporation Act bądź jakichkolwiek innych przepisów prawa[172].

Potwierdzeniem ostrożnego korzystania przez teksańskie sądy orzekające w kwestiach dotyczących odpowiedzialności przebijającej może być orzeczenie w sprawie Willis v. Donnelly[173], w którym nie dopuszczono do przebicia zasłony korporacyjnej względem wspólników spółki posiadających pełną kontrolę nad spółką w przypadku, w którym spółka ta nie zrealizowała swoich zobowiązań wynikających z podpisanego listu intencyjnego[174]. W niniejszej sprawie sąd stwierdził, że uznanie wspólników za odpowiedzialnych za zobowiązania spółki byłoby sprzeczne z przepisami ustawowymi[175]. W kolejnych sprawach orzekanych w stanie Teksas potwierdzono, że: „jakakolwiek odpowiedzialność wspólników za szkody wyrządzone przez spółkę jest przewidziana tylko w bardzo ograniczonym zakresie i wyłącznie w ustawowo określonych okolicznościach"[176]. Pewna niechęć sądów w stanie Teksas do przebijania zasłony korporacyjnej znajduje też potwierdzenie w wynikach przeprowadzonych badań empirycznych[177].

Podsumowując, skorzystanie z mechanizmów odpowiedzialności przebijającej w stanie Teksas możliwe jest obecnie tylko w następujących przypadkach: wykorzystania doktryny *alter ego* lub doktryny *single business enterprise* przy jednoczesnym spełnieniu przesłanek określonych w art. 2.21 Texas Business Corporation Act.

4.4. Stan Kalifornia

Wyniki przeprowadzonych badań empirycznych ujawniły, że w stanie Kalifornia zapada najwięcej orzeczeń zezwalających na przebicie zasłony korporacyjnej spośród stanów charakteryzujących się dużą liczbą rozpatrywanych spraw dotyczących tej tematyki[178]. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że ten odsetek może być powiązany z historyczną niechęcią tego stanu do uznawania ograniczonej

[172] Por. art. 2.21(B) Texas Business Corporation Act.
[173] Orzeczenie w sprawie Willis v. Donnelly, 199 S. W.3d 262 (Texas 2006).
[174] T. Prudhoe, J. Notebaert, *Piercing*…, s. 727–740.
[175] Orzeczenie w sprawie Willis v. Donnelly, 199 S. W.3d 262 (Texas 2006).
[176] Orzeczenie w sprawie Seidler v. Morgan, 277 S W 3d 549, 557 (Tex App 2009).
[177] W świetle badań przeprowadzonych przez R.B. Thompsona sądy zezwalają na przebicie zasłony korporacyjnej w 34,91% spraw trafiających do sądu. Zob. R.B. Thompson, *Piercing*…, s. 1050. Z kolei, w świetle badań przeprowadzonych przez P.B. Oha, sądy zezwalają na przebicie zasłony korporacyjnej w 40,76% spraw trafiających do sądu. Zob. P.B. Oh, *Veil-Piercing*…, s. 115.
[178] W świetle badań przeprowadzonych przez R.B. Thompsona, sądy zezwalają na przebicie zasłony korporacyjnej w 44,94% spraw trafiających do sądu. Zob. R.B. Thompson, *Piercing*…, s. 1050 i 1052. Natomiast w świetle badań przeprowadzonych przez P.B. Oha, sądy zezwalają na przebicie zasłony korporacyjnej w 50,86% spraw trafiających do sądu. Zob. P.B. Oh, *Veil-Piercing*…, s. 115.

odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki. Należy bowiem przypomnieć, że aż do 1931 r. prawo stanu Kalifornia przewidywało proporcjonalną, osobistą odpowiedzialność wspólników za zobowiązania spółki[179]. Jednakże ustawodawstwo stanu Kalifornia podejmuje pewne kroki w celu określenia ograniczeń związanych z odpowiedzialnością przebijającą[180].

Omawianie zasad dotyczących odpowiedzialności odszkodowawczej w stanie Kalifornia należy jednak zacząć od wskazania podstawowego orzeczenia dotyczącego tej tematyki, tj. orzeczenia w sprawie Automotriz Del Golfo de California v. Resnick[181]. W tej sprawie Sąd Najwyższy Kalifornii po raz pierwszy wskazał, że: „przesłanki dopuszczające pominięcie osobowości prawnej spółki różnią się zależnie od okoliczności konkretnego przypadku"[182], niemniej jednak równocześnie zauważył, że: „wskazuje się, że niezbędne jest spełnienie dwóch przesłanek w celu zastosowania tej koncepcji [odpowiedzialności przebijającej – dop. autorki], czyli: (i) pomiędzy wspólnikiem i spółką istnieje tak daleko posunięta tożsamość interesów, że nie można mówić o prawnej odrębności tych podmiotów, oraz (ii) respektowanie prawnej odrębności spółki prowadziłoby do niesłusznych rezultatów"[183]. Jak widać, formułując te przesłanki, Sąd Najwyższy Kalifornii odwołał się do teorii *alter ego*. Jednocześnie jednak Sąd Najwyższy w Kalifornia wskazał, że: „jedynym innym czynnikiem do rozważenia przy ustalaniu, czy (...) wspólnicy powinni być odpowiedzialni za zobowiązania spółki jest stwierdzenie (...) czy wspólnicy zapewnili spółce odpowiednie środki do prowadzenia przez nią działalności"[184]. Tym samym, dopuszczając niedokapitalizowanie spółki jako jeden z czynników branych pod uwagę przy ustalaniu istniejącej tożsamości interesów pomiędzy wspólnikiem i spółką w związku z przebiciem zasłony korporacyjnej, Sąd Najwyższy Kalifornii umożliwił postrzeganie stanu Kalifornia jako stanu chętniej wykorzystującego mechanizmy odpowiedzialności przebijającej niż inne stany USA[185]. Powyższe przesłanki zezwalające na przebicie zasłony korporacyjnej były potem wielokrotnie powtarzane przez inne sądy stanowe i federalne[186], czasami nawet sugerując, że niedokapitalizowanie spółki jest – samo w sobie – przesłanką umożliwiającą przebicie zasłony korporacyjnej[187].

---

[179] T. Prudhoe, J. Notebaert, *Piercing*..., s. 735.

[180] Zob. np. § 300(e) California Corporation Code, który przewiduje, że nieprzestrzeganie pewnych procedur korporacyjnych w określonych okolicznościach nie powinno być uznawane za czynnik umożliwiający przesądzenie, że wspólnicy są osobiście odpowiedzialni za zobowiązania spółki.

[181] Orzeczenie w sprawie Automotriz Del Golfo de California v. Resnick, 47 Cal. 2d 792, 306 P.2d 1, 63 A.L.R.2d 1042 (1957).

[182] *„The conditions under which a corporate entity may be disregarded vary according to the circumstances in each case*".

[183] *„It has been stated that the two requirements for application of this doctrine are (1) that there be such unity of interest and ownership that the separate personalities of the corporation and the individual no longer exist and (2) that, if the acts are treated as those of the corporation alone, an inequitable result will follow*".

[184] *„To be considered in determining whether individuals dealing through a corporation should be held personally responsible for the corporate obligations (...) was (...) whether there was an attempt to provide adequate capitalization for the corporation*".

[185] S.B. Presser, *Piercing*..., 2:5, California.

[186] Zob. np. orzeczenie w sprawie Sonora Diamond Corp. v. Superior Court, 83 Cal. App. 4th 523, 99 Cal. Rptr. 2d 824 (5th Dist. 2000); orzeczenie w sprawie Perfect 10, Inc. v. Giganews, Inc., 847 F.3d 657, 677, 96 Fed. R. Serv. 3d 978 (9th Cir. 2017); orzeczenie w sprawie Max Sound Corporation v. Google, Inc., 147 F. Supp. 3d 948, 954 (N.D. Cal. 2015).

[187] Zob. orzeczenie w sprawie Minton v. Cavaney, 56 Cal. 2d 576, 15 Cal. Rptr. 641, 364 P.2d 473 (1961).

4.5. Stan Delaware

Stan Deleware – ze względu na liczbę spółek inkorporowanych na terytorium tego stanu – jest niekwestionowanym liderem amerykańskiego prawa spółek[188]. Chociażby z tego powodu sędziowie orzekający w stanie Delaware z natury rzeczy wykazują o wiele większą wrażliwość na potrzeby spółek i nie chcą w tym zakresie podejmować żadnych ryzykownych kroków. Należy podkreślić, że w stanie Delaware reguły odpowiedzialności przebijającej nie zostały w żaden sposób skodyfikowane i są w 100% wytworem orzecznictwa. Niemniej jednak w stanie Delaware istnieje przepis, zgodnie z którym statut spółki może zawierać postanowienia o odpowiedzialności wspólników, powstałej jednak wyłącznie ze względu na stopień przyczynienia się wspólnika lub jego własne działania zmierzające do zaciągnięcia konkretnego zobowiązania w imieniu spółki[189]. Tym samym istotne jest przeanalizowanie orzecznictwa stanu Delaware dotyczącego odpowiedzialności przebijającej.

Po pierwsze, w Delaware uznaje się, że zastosowanie mechanizmu odpowiedzialności przebijającej powinno być stosowane przede wszystkim przez sądy słuszności (*court of chancery*)[190]. Po drugie, należy zauważyć, że w stanie Delaware sprawy dotyczące odpowiedzialności przebijającej relatywnie rzadko trafiają do sądów[191]. Jeden z najsłynniejszych precedensów w stanie Delaware, orzeczenie w sprawie Pauley Petroleum Inc v. Continental Oil Co[192], ustanowił wysokie wymagania związane z zastosowaniem mechanizmów odpowiedzialności przebijającej, wskazując, że możliwe jest pominięcie osobowości prawnej spółki (lub spółek wchodzących w skład zgrupowania spółek), jednak „(...) można to zrobić wyłącznie w celu czynienia sprawiedliwości, gdy doszło do oszustwa, ominięcia przepisów prawa lub naruszenia postanowień umownych, działań szkodzących interesowi ogółu lub kiedy względu sprawiedliwości tego wymagają"[193]. Jak wskazuje się w judykaturze, sądy stanu Delaware nie są skłonne do stosowania mechanizmów odpowiedzialności przebijającej[194]. Niemniej jednak wyniki badań przeprowadzonych przez P.B. Oha sugerują, że ten stan rzeczy zaczyna się stopniowo zmieniać[195].

---

[188] Zgodnie z danymi rządu stanu Delaware ponad 66% amerykańskich spółek publicznych zostało inkorporowanych (założonych) w tym stanie, zob. http://www.corp.delaware.gov/aboutagency.shtml (dostęp: 5.10.2017 r.).

[189] Deleware Code Ann. Tit. 8, § 102(b)(6) (2009).

[190] S.B. Presser, *Piercing*..., 2:8, Delaware.

[191] W okresie objętym badaniem R.B. Thompsona, do sądów w stanie Delaware trafiło 11 spraw dotyczących przebicia odpowiedzialności korporacyjnej i w żadnej z tych spraw sądy nie zezwoliły na przebicie zasłony korporacyjnej. Zob. R.B. Thompson, *Piercing*..., s. 1051. Z kolei, w okresie objętym badaniem P.B. Oha, do sądów w stanie Delaware trafiło 35 spraw dotyczących przebicia odpowiedzialności korporacyjnej i sądy stanu Delaware w 34,29% z tych spraw zezwoliły na przebicie zasłony korporacyjnej. Zob. P.B. Oh, *Veil-Piercing*..., s. 115.

[192] Orzeczenie w sprawie Pauley Petroleum Inc v. Continental Oil Co, 239 A 2d 629 (Del 1968).

[193] W orzeczeniu w sprawie Pauley Petroleum Inc v. Continental Oil Co stwierdzono: „*There is, of course, no doubt that upon a proper showing corporate entities as between parent and subsidiary may be disregarded and the ultimate party in interest, the parent, be regarded in law and fact as the sole party in a particular transaction. This however, may not be done in all cases. It may be done only in the interest of justice, when such matters as fraud, contravention of law or contract, public wrong, or where equitable consideration among members of the corporation require it, are involved*".

[194] Orzeczenie w sprawie Pauley Petroleum Inc v. Continental Oil Co, 239 A 2d 629 (Del 1968).

[195] W okresie objętym badaniem P.B. Oha, do sądów w stanie Delaware trafiło 35 spraw dotyczących przebicia odpowiedzialności korporacyjnej i sądy stanu Delaware w 34,29% z tych spraw zezwoliły na przebicie zasłony korporacyjnej. Zob. P.B. Oh, *Veil-Piercing*..., s. 115. Zob. też orzeczenie w sprawie Mabon, Nugent & Co. v. Texas American Energy Corp., Fed. Sec. L. Rep. (CCH) P 93674, 1988 WL 5492 (Del. Ch. 1988) oraz orzeczenie w sprawie Geyer v. Ingersoll Publications Co., 621 A.2d 784, 793 (Del. Ch. 1992).

Jednym z istotnych najnowszych orzeczeń, w którym sądy stanu Delaware zdecydowały się na przebicie zasłony korporacyjnej, jest orzeczenie w sprawie Midland Interiors, Inc v. Burleigh[196], które zapadło na tle następującego stanu faktycznego. Powód, spółka Midland Interiors, Inc. dążyła do pominięcia odrębności prawnej spółki Window Treatment & Carpet, Inc, będącej dłużnikiem powoda i uzyskania zasądzonych jej należności od pana Burleigha, będącego jednocześnie jedynym akcjonariuszem, prezesem oraz jedynym pracownikiem pozwanej spółki. Spółka Window Treatment & Carpet, Inc, nie posiadała bowiem środków umożliwiających jej zapłatę roszczenia powoda. W toku postępowania ustalono, że: (i) pan Burleigh nie przestrzegał procedur korporacyjnych w spółce Window Treatment & Carpet, Inc., spółka ta nie posiadała żadnych aktywów i była niedokapitalizowana; (ii) w momencie nabywania towarów przez pozwaną Window Treatment & Carpet, Inc. od Midland Interiors, Inc., pan Burleigh wiedział o tym, że pozwana spółka nie posiada środków na dalszą działalność; (iii) w toku wcześniejszych procesów pan Burleigh złożył oświadczenie przed sądem w celu zapewnienia prezesa powodowej spółki, że pozwana spółka posiada środki wystarczające na spłatę długu, co w momencie składania tego oświadczenia było nieprawdą, jako że spółka od roku znajdowała się w likwidacji i nie posiadała żadnych aktywów w momencie składania tego oświadczenia. W konsekwencji sąd zezwolił na pominięcie osobowości prawnej spółki Window Treatment & Carpet, Inc. i pociągnięcie do odpowiedzialności pana Burleigha za długi pozwanej spółki jako jedynego wspólnika spółki Window Treatment & Carpet, Inc. Tym samym, orzeczenie w sprawie Midland Interiors, Inc v. Burleigh ukazuje, że koncepcja odpowiedzialności przebijającej może być stosowana jako alternatywny środek ochrony mający służyć do odzyskania należności od wspólnika spółki, gdy wskutek zaistniałych okoliczności nie da się tego uczynić za pomocą innych metod[197].

4.6. Orzecznictwo federalne dotyczące odpowiedzialności przebijającej

Jak wskazano powyżej, kwestia odpowiedzialności przebijającej nie została uregulowana na poziomie federalnym. Niemniej jednak tematyka ta jest podstawą wielu orzeczeń wydawanych przez sądy federalne.

W doktrynie wskazuje się, że istnieje kilka orzeczeń sądowych sugerujących, iż podejście sądów federalnych do problemów związanych z przebiciem zasłony korporacyjnej jest analogiczne do podejścia obowiązującego na poziomie orzeczeń sądów stanowych[198], a w szczególności, że zarówno federalne, jak i stanowe sądy wymagają udowodnienia, że doszło do popełnienia pewnego nadużycia bądź oszustwa[199]. Niemniej jednak można zauważyć trend zmierzający do ujednolicenia zasad

[196] Orzeczenie w sprawie Midland Interiors, Inc v. Burleigh, No. 18544, 2006 WL 4782237 (Del. Ch. 2006).
[197] Zob. J.R. Macey, J. Mitts, *Finding Order in the Morass: The Three Real Justifications for Piercing the Corporate Veil*, „Cornell Law Review", luty 2014 r., s. 101.
[198] S.B. Presser, *Piercing*…, 3.1.
[199] Zob. np. orzeczenie w sprawie Mobil Oil Corp. v. Linear Films, Inc., 718 F. Supp. 260, 269, 11 U.S.P.Q.2d 1833, 15 Fed. R. Serv. 3d 233 (D. Del. 1989); orzeczenie w sprawie Dole Food Co. v. Patrickson, 538, U.S. 468, 123 S. Ct. 1655, 1661, 155 L. Ed. 2d 643, 188 A.L.R. Fed. 661 (2003); orzeczenie w sprawie Nelson v. Adams, USA, Inc., 529 U.S. 460, 471, 120 S. Ct. 1579, 146 L. Ed. 2d 530, 54 U.S.P.Q.2d 1513, 46 Fed. R. Serv. 3d 1 (2000).

odpowiedzialności przebijającej na poziomie federalnym[200], który – jak się wydaje – prowadzi do tego, że relatywnie łatwiej jest doprowadzić do przebicia zasłony korporacyjnej przed sądami federalnymi[201]. Wniosek ten jednak tylko w pewnym stopniu znajduje potwierdzenie w badaniach empirycznych przeprowadzonych przez R.P. Thompsona[202] oraz P.B. Oha[203].

Jak się wydaje, sądy federalne odrzucają klasyczne teorie odpowiedzialności przebijającej i wykorzystują jednoelementowe teorie odpowiedzialności przebijającej w przypadku kwestii dotyczących – bezpośrednio lub pośrednio – spraw związanych z polityką publiczną i bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa (np. kwestie związane z unikaniem przepisów prawa pracy czy prawa środowiska) oraz w celu niedopuszczenia do obejścia przepisów prawa federalnego[204]. W tego typu przypadkach sądy federalne są skłonne do stosowania doktryn dotyczących grupy spółek (*single business enterprise*)[205].

4.7. Podsumowanie

Judykatura amerykańska dotycząca odpowiedzialności przebijającej jest niezwykle urozmaicona. Sądy poszczególnych stanów USA w swoim orzecznictwie wykorzystują zarówno klasyczne, jak i jednoelementowe teorie odpowiedzialności przebijającej. Tym samym, mechanizmy odpowiedzialności przebijającej są stosowane wyłącznie przez sądy (stanowe lub federalne), a do przebicia zasłony korporacyjnej nie mogą doprowadzić organy administracji publicznej.

Jak wynika z przedstawionego powyżej orzecznictwa wybranych stanów USA, sądy amerykańskie wykorzystują zarówno klasyczną, trójelementową teorię odpowiedzialności przebijającej, jak i jednoelementowe teorie odpowiedzialności przebijającej. Można zaobserwować niemal nieograniczoną kreatywność sądów w kwalifikacji przypadków nadużycia formy prawnej spółki. W przypadku zastosowania mechanizmów odpowiedzialności przebijającej zazwyczaj w stanach faktycznych występują dwa kluczowe elementy, czyli kontrola oraz – różnie rozumiana – niesłuszność. Różnice występujące pomiędzy poszczególnymi stanami dotyczą sposobu kwalifikowania przypadków zaistnienia (bądź nie) kontroli nad spółką, oceny przypadków niedokapitalizowania spółki, znaczenia przestrzegania procedur korporacyjnych oraz wymaganego – do przebicia zasłony korporacyjnej – stopnia niesłuszności.

Analiza literatury przedmiotu oraz orzecznictwa sądów sugeruje jednak, że sądy często podejmują decyzję o zastosowaniu mechanizmów odpowiedzialności przebijającej ze względu na okoliczności określonego stanu faktycznego, a nie z uwagi na występowanie w danej sprawie abstrakcyjnie sformułowanych przesłanek

[200] W literaturze przedmiotu wskazuje się, że trend ten został zapoczątkowany artykułem zamieszczonym w: „Harvard Business Review" z 1982 r. pt. *Piercing the Corporate Veil: The alter ego doctrine under federal common law*. Zob. "Harvard Law Review", luty 1982 r., nr 4, Vol. 95, s. 853–871.
[201] S.B. Presser, *Piercing*…, 3.1.
[202] R.B. Thompson, *Piercing*…, s. 1049.
[203] P.B. Oh, *Veil-Piercing*…, s. 112.
[204] Zob. np. orzeczenie w sprawie Anderson v. Abbott, 321 U.S. 349 (1944); orzeczenie w sprawie Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp., 467 U.S. 752 (1984).
[205] P.I. Blumberg, K.A. Strasser, N.L. Georgakoulos, E.J. Gouvin, *Blumberg*…, s. 13–12.1.

odpowiedzialności przebijającej[206]. Należy również zauważyć, że zastosowanie mechanizmów odpowiedzialności przebijającej prowadzi do skutku, w którym wspólnicy odpowiadają za szkodę wyrządzoną wierzycielom spółki, choć *de facto* wysokość tej szkody najczęściej odpowiada wysokości niezaspokojonych długów spółki. Pomimo to, że w doktrynie wskazuje się na wyjątkowy charakter odpowiedzialności przebijającej, to jednak badania empiryczne przeprowadzone przez R.B. Thompsona[207] oraz P.B. Oha[208] wskazują, że – odpowiednio – 40,18% lub 48,51% spraw wniesionych do sądów amerykańskich, w których powodowie domagają się zastosowania mechanizmów odpowiedzialności przebijającej, kończy się przebiciem zasłony korporacyjnej.

5. Dane statystyczne dotyczące odpowiedzialności przebijającej

5.1. Uwagi wstępne

Uzupełniając omówione powyżej reguły odpowiedzialności przebijającej stosowane w prawie amerykańskim oraz zasady stosowania tej odpowiedzialności w poszczególnych amerykańskich stanach, warto przedstawić niezwykle interesujące badania empiryczne dotyczące przebicia zasłony korporacyjnej w USA. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że za najistotniejsze należy uznać badania przeprowadzone przez R.B. Thompsona na początku lat 90. XX w.[209] oraz badania przeprowadzone przez P.B. Oha na początku XXI w.[210]

5.2. Badania przeprowadzone w latach 90. XX w.

Badania empiryczne przeprowadzone przez R.B. Thompsona były oparte na próbie 1583 spraw dotyczących odpowiedzialności przebijającej. Z badań przeprowadzanych przez R.B. Thompsona wynikało, że 40,18% spraw dotyczących przebicia zasłony korporacyjnej trafiających do sądów skończyło się zastosowaniem mechanizmów odpowiedzialności przebijającej[211]. Odsetek ten jest zbliżony zarówno dla sądów stanowych, jak i dla sądów federalnych, co pokazano w poniższej tabeli:

Tabela 1.

Rodzaj sądów:	Liczba spraw	Przebicie zasłony	Odmowa przebicia	Wskaźnik procentowy
Sądy stanowe	938	369	569	39,34%
Sądy federalne	647	268	379	41,42%

Źródło: R.B. Thompson, *Piercing…*, s. 1049.

[206] P.I. Blumberg, K.A. Strasser, N.L. Georgakoulos, E.J. Gouvin, *Blumberg…*, s. 14–3 do 14–4.
[207] R.B. Thompson, *Piercing…*, s. 1044 i n.
[208] P.B. Oh, *Veil-Piercing…*, s. 107.
[209] R.B. Thompson, *Piercing…*, s. 1044 i n.
[210] P.B. Oh, *Veil-Piercing…*, s. 82 i n.
[211] Co istotne, według badań R.B. Thompsona na przestrzeni ostatnich kilkudziesięciu lat orzecznictwa w USA, odsetek spraw zakończonych przebiciem zasłony korporacyjnej pozostaje zbliżony.

Sądy amerykańskie porównywalnie często akceptowały przebicie korporacyjnej zasłony na żądanie zarówno powodów będących osobami fizycznymi, jak i powodów będących osobami prawnymi (zob. tabela 2).

Tabela 2.

Rodzaj powoda:	Liczba spraw	Przebicie zasłony	Odmowa przebicia	Wskaźnik procentowy
Osoba fizyczna	695	262	433	37,70%
Osoba prawna	652	240	412	36,81%

Źródło: R.B. Thompson, *Piercing*…, s. 1050.

Można także zauważyć, że mechanizmy odpowiedzialności przebijającej są najczęściej stosowane względem spółek prowadzących działalność na relatywnie niewielką skalę oraz spółek powiązanych działających w grupach kapitałowych, zaś niezwykle rzadko są stosowane względem spółek publicznych[212].

Co może zaskakiwać, sądy amerykańskie częściej dopuszczają możliwość przebicia zasłony korporacyjnej i uznają odpowiedzialność wspólnika za zobowiązania spółki w przypadku, gdy wspólnikiem jest osoba fizyczna, a nie osoba prawna[213] (zob. tabela 3).

Tabela 3.

Wspólnik:	Liczba spraw	Przebicie zasłony	Odmowa przebicia	Wskaźnik procentowy
Osoba fizyczna	1125	339	786	43,13%
Osoba prawna	874	237	637	37,21%

Źródło: R.B. Thompson, *Piercing*…, s. 1056.

Z badań wynika, że podstawa roszczenia zgłaszanego przez powoda może mieć wpływ na skłonność amerykańskich sądów do zastosowania mechanizmów związanych z odpowiedzialnością przebijającą. Warto zwrócić uwagę na wyniki badań przedstawione w tabeli poniżej – ilustrują one, że statystycznie częściej dochodzi do przebicia zasłony korporacyjnej w sprawach, w których podstawą roszczenia jest umowa pomiędzy stronami, a nie roszczenia deliktowe.

Przeprowadzone badania ukazały również znaczące rozbieżności w częstotliwości korzystania z mechanizmów odpowiedzialności przebijającej przez sądy poszczególnych stanów[214].

[212] R.B. Thompson, *Piercing*…, s. 1055. W pracy tej wykazano, że spośród 1423 pozwów dążących do *piercing the corporate veil* tylko dziewięć dotyczyło spółek publicznych, przy czym w każdym z tych przypadków sąd podjął decyzję o niezastosowaniu mechanizmów odpowiedzialności przebijającej. Jednakże w analizowanej próbie badawczej sądy dopuściły do przebicia zasłony korporacyjnej w przypadku ponad 49% pozwów przeciwko akcjonariuszom spółek jednoosobowych i ponad 46% pozwów przeciwko akcjonariuszom spółek dwuosobowych lub trzyosobowych.

[213] P.B. Oh, *Veil-Piercing*…, s. 110.

[214] R.B. Thompson, *Piercing*…, s. 1050–1054.

Tabela 4.				
Podstawa roszczenia:	**Liczba spraw**	**Przebicie zasłony**	**Odmowa przebicia**	**Wskaźnik procentowy**
Kontrakt	779	327	452	41,98%
Delikt	226	70	156	30,97%
Odpowiedzialność karna	15	10	5	66,67%
Statut	552	224	328	40,58%

Źródło: R.B. Thompson, *Piercing*…, s. 1058.

5.3. Badania przeprowadzone na początku XXI w.

Badania empiryczne przeprowadzone przez P.B. Oha były oparte na próbie 2906 spraw dotyczących odpowiedzialności przebijającej. Sprawy te były rozstrzygnięte w latach 1658–2006. Badania przeprowadzone przez P.B. Oha zostały przeprowadzone w oparciu o inne kryteria metodologiczne niż badania przeprowadzone przez R.B. Thompsona[215].

Na podstawie przeprowadzonych badań empirycznych P.B. Oh stwierdził, że 48,51% spraw dotyczących przebicia zasłony korporacyjnej trafiających do sądów kończyło się zastosowaniem mechanizmu odpowiedzialności przebijającej[216]. Odsetek ten jest zbliżony zarówno dla sądów stanowych, jak i dla sądów federalnych[217].

P.B. Oh potwierdził też obserwacje R.B. Thompsona, że mechanizmy odpowiedzialności przebijającej są najczęściej stosowane względem spółek prowadzących działalność na relatywnie niewielką skalę oraz spółek powiązanych działających w grupach kapitałowych, zaś niezwykle rzadko są stosowane względem spółek publicznych. W świetle przeprowadzonych badań sądy amerykańskie nie zdecydowały się dotychczas nie przebicie zasłony korporacyjnej względem spółki publicznej.

Tabela 5.				
Rodzaj spółki:	**Liczba spraw**	**Przebicie zasłony**	**Odmowa przebicia**	**Wskaźnik procentowy**
Spółka prywatna	2925	1421	1504	48,58%
Spółka publiczna	4	0	4	0%

Źródło: P.B. Oh, *Veil-Piercing*…, s. 110.

Co może zaskakiwać, sądy amerykańskie częściej przebijają zasłonę korporacyjną i uznają odpowiedzialność wspólnika za zobowiązania spółki w przypadku, gdy wspólnikiem jest osoba fizyczna, a nie osoba prawna (por. tabela 6).

[215] P.B. Oh, *Veil-Piercing*…, s. 99–106.
[216] P.B. Oh, *Veil-Piercing*…, s. 107.
[217] P.B. Oh, *Veil-Piercing*…, s. 108.

Tabela 6.				
Wspólnik:	**Liczba spraw**	**Przebicie zasłony**	**Odmowa przebicia**	**Wskaźnik procentowy**
Osoba fizyczna	2047	1058	989	51,69%
Osoba prawna	889	366	523	41,17%

Źródło: P.B. Oh, *Veil-Piercing*…, s. 110.

Analogicznie do przypadku badania przeprowadzonego przez R.B. Thompsona, również badania przeprowadzone przez P.B. Oha sugerują, że podstawa prawna roszczenia zgłaszanego przez powoda może mieć wpływ na skłonność amerykańskich sądów do zastosowania mechanizmów związanych z przebiciem zasłony korporacyjnej. Warto zwrócić uwagę na wyniki badań przedstawione w tabeli poniżej – ukazują one, że statystycznie częściej dochodzi do przebicia zasłony korporacyjnej w sprawach, w których podstawą roszczenia jest umowa pomiędzy stronami, a nie roszczenia deliktowe.

Tabela 7.				
Podstawa roszczenia:	**Liczba spraw**	**Przebicie zasłony**	**Odmowa przebicia**	**Wskaźnik procentowy**
Kontrakt	1730	800	930	46,24%
Delikt	377	180	197	47,75%
Odpowiedzialność karna	48	32	12	66,67%
Naruszenie przepisów ustawy	897	444	453	49,50%
Oszustwo	400	244	156	61,00%

Źródło: P.B. Oh, *Veil-Piercing*…, s. 124.

Przeprowadzone badania ukazały również znaczące rozbieżności w częstotliwości korzystania z mechanizmów odpowiedzialności przebijającej przez sądy poszczególnych stanów[218].

6. Podsumowanie

Przedstawiona analiza przesłanek i zakresu odpowiedzialności podmiotu dominującego za działania podmiotu zależnego w kontekście zasad odpowiedzialności przebijającej w prawie amerykańskim pozwala na sformułowanie następujących wniosków.

Po pierwsze, orzecznictwo i doktryna amerykańska włożyły wiele wysiłku w opracowanie maksymalnie obiektywnych kryteriów pozwalających odstąpić od zasady odrębności prawnej spółki i na zastosowanie mechanizmów odpowiedzialności przebijającej. W amerykańskiej literaturze przedmiotu powszechnie

[218] P.B. Oh, *Veil-Piercing*…, s. 115–116.

zauważa się, że brak takich jasnych kryteriów prowadzi do wystąpienia niepewności prawnej i osłabienia bezpieczeństwa obrotu. Jednak pomimo starań podjętych w orzecznictwie i nauce prawa dotychczas nie opracowano jednoznacznych przesłanek zezwalających na zastosowanie mechanizmów odpowiedzialności przebijającej. Sądy poszczególnych stanów USA w swoim orzecznictwie wykorzystują zarówno klasyczne, jak i jednoelementowe teorie odpowiedzialności przebijającej. Jak wykazała analiza literatury przedmiotu oraz orzecznictwa sądów, sądy często podejmują decyzję o zastosowaniu mechanizmów odpowiedzialności przebijającej ze względu na okoliczności określonego stanu faktycznego, a nie ze względu na występowanie w danej sprawie abstrakcyjnie sformułowanych przesłanek odpowiedzialności przebijającej.

Po drugie, wyniki badań empirycznych przeprowadzonych przez R.B. Thompsona oraz P.B. Oha wskazują, że mechanizmy odpowiedzialności przebijającej są stosowane w niemalże co drugiej sprawie dotyczącej przebicia zasłony korporacyjnej, spośród spraw trafiających do amerykańskich sądów stanowych i federalnych.

Po trzecie, stosowanie przez sądy w USA mechanizmu odpowiedzialności przebijającej jest traktowane jako sprawiedliwy środek zaradczy (*equitable remedy*) na problemy mogące znaleźć zastosowanie w danym stanie faktycznym.

Głównym celem wykorzystywanych przez judykaturę amerykańską mechanizmów odpowiedzialności przebijającej jest ochrona wierzycieli spółki, nie zaś jej wspólników mniejszościowych spółek zależnych. Biorąc pod uwagę przeprowadzoną analizę, można zgodzić się z poglądem, że amerykańska „wstrzemięźliwość regulacyjna" – w przypadku prawa grup kapitałowych – w istocie oznacza „uchylenie się" od rozwiązania dylematu związanego z koncepcją ekonomiczną grupy kapitałowej, która „zderza się" z koncepcją prawną autonomii spółki kapitałowej[219]. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że wstrzemięźliwość w regulacji prawa grup spółek wynika z faktu, iż w systemie anglosaskim interes spółki postrzega się przez pryzmat interesu akcjonariuszy (udziałowców), podczas gdy w większości systemów prawnych państw kontynentalnych interes spółki postrzega się jako w pełni autonomiczny[220].

III. ODPOWIEDZIALNOŚĆ PRZEBIJAJĄCA W PRAWIE WŁOSKIM

1. Uwagi wprowadzające

Republika Włoska jest jednym z nielicznych krajów europejskich, w których wprowadzono przepisy wprost regulujące odpowiedzialność spółki dominującej względem wierzycieli spółek zależnych. Odpowiedzialność została uregulowana w art. 2497 i n. włoskiego Kodeksu cywilnego (*codice civile*). Regulacja nakładająca taką odpowiedzialność obowiązuje od dnia 1.01.2004 r., kiedy to znowelizowano włoski Kodeks cywilny (dalej też wł.k.c.) i wprowadzono ograniczoną regulację z zakresu prawa holdingowego[221]. Zgodnie z założeniami reforma ta miała

[219] M. Romanowski, *W sprawie*..., s. 8.
[220] M. Romanowski, *W sprawie*..., s. 8.
[221] *Riforma organica della disciplina delle Società di capitali e delle Società Cooperative* ("Gazzetta Ufficiale" n. 17 z 22.01.2003 r. – Suppl. Ordinario n. 8).

zostać oparta na dwóch podstawowych filarach: jawności stosunków w zgrupowaniu (*trasparenza*) oraz równoważenia interesów podmiotów, których istnienie grupy spółek dotyczy (*contemperamento degli interessi coinvolti*)[222]. Głównym celem nowelizacji włoskiego Kodeksu cywilnego było wprowadzenie ogólnej klauzuli odpowiedzialności podmiotu dominującego wobec wspólników mniejszościowych i wierzycieli spółki zależnej[223]. Zasady, na których oparto reformę włoskiego prawa spółek, były zgodne z postulatami zgłaszanymi przez unijnych ekspertów[224].

Zgodnie z intencją prawodawcy włoskiego nowa regulacja miała przeciwdziałać negatywnemu dla obrotu gospodarczego, zwłaszcza dla wierzycieli spółek zależnych, a powszechnemu we Włoszech, zjawisku zorganizowanego uchylania się od odpowiedzialności za zobowiązania przez uczestników holdingu[225]. Doktryna włoska postrzega przyjęty model jako efekt transplantacji zagranicznych rozwiązań prawnych, które wymagają interpretacji przez orzecznictwo sądowe i doktrynę w celu wypełnienia luk i zapewnienia spójności systemu włoskiego prawa spółek[226]. Omawiana nowelizacja włoskiego Kodeksu cywilnego z 2004 r. jest określana we włoskiej literaturze przedmiotu jako reforma *Viettego*[227].

Należy jednak podkreślić, że prawo włoskie – aż do początku lat 90. XX w. – w zasadzie nie rozpoznawało problematyki grup spółek i odpowiedzialności przebijającej[228]. Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu, przełom w tym zakresie nastąpił na gruncie judykatury, w wyroku włoskiego sądu kasacyjnego (*corte di cassazione*) w sprawie Caltagirone[229]. W sprawie tej orzecznictwo włoskie po raz pierwszy – na gruncie prawa spółek – odniosło się do pojęć zgrupowania spółek (*gruppo di società*) i spółki holdingowej (*società capogruppo*). Orzeczenie to dało impuls do wypracowania w judykaturze reguł związanych z funkcjonowaniem grup kapitałowych oraz do podjęcia prób rozwiązania istotnych problemów związanych z tym zagadnieniem (przede wszystkim w zakresie ochrony interesów innych podmiotów, niż podmioty dominujące)[230]. Następnie, w późniejszych orzeczeniach sformułowano koncepcję wspólnego interesu grupy spółek oraz koncepcję korzyści kompensujących[231]. Rozważania doktrynalne prowadzone od lat 90. ub. w. miały znaczący wpływ na regulacje wprowadzone do włoskiego Kodeksu cywilnego w ramach reformy *Viettego*.

---

[222] Art. 2 ust. 1 lit. h ustawy nr 366 z 3.10.2001 r., GU n. 234 dell'8–10–2001, upoważniającej do wydania dekretu legislacyjnego w zakresie reformy prawa spółek.

[223] P. Moskała, *Konstrukcja odpowiedzialności cywilnoprawnej we włoskim prawie grup spółek*, „Studia Prawa Prywatnego" 2016/1, s. 32.

[224] Zob. *Report of the Reflection Group On the Future of EU Company Law*, s. 59 i n., http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf (dostęp: 19.02.2018 r.).

[225] R. Perugi, *La recente evoluzione del fenomeno dei gruppi d'impresa in Italia* [w:] *I gruppi cooperativi*, red. S. Bitossi, Bolonia 2008, s. 141 i n.

[226] M. Ventoruzzo, *Experiments In Comparative Corporate Law: The Recent Italian Reform And The Dubious Virtues Of A Market For Rules In The Absence Of Effective Regulatory Competition*, 40 Tex. Int'l L.J. 113 (2004), s. 2.

[227] P. Balzarini, *La riforma del diritto societario*, Strumenti 30, 2003/9–10, http://www.mondadorieducation.it/risorse/media/secondaria_secondo/strumenti/strumenti_30/pp_03_09.pdf (dostęp: 30.11.2017 r.).

[228] P. Moskała, *Konstrukcja*..., s. 31.

[229] Wyrok z 26.02.1990 r., nr 1439, Foro Italiano 1990, I, s. 1174.

[230] P. Moskała, *Konstrukcja*..., s. 32.

[231] Zob. np. wyroki włoskiego sądu kasacyjnego z 13.02.1992 r., nr 1759, Banca Borsa e Titoli di Credito 1993, II, s. 503 oraz z 5.12.1998 r., nr 12325, Le società 1999, s. 428.

2. Grupy kapitałowe. Pojęcie dominacji i zależności we włoskim prawie spółek

Przed reformą *Viettego* włoski Kodeks cywilny, będący miejscem regulacji spółek handlowych, nie odnosił się do problematyki prawa holdingowego, z wyjątkiem pojedynczych przepisów ustanawiających przeważnie definicje grup spółek na użytek poszczególnych gałęzi prawa (np. prawa bankowego, prawa finansowego czy prawa upadłościowego)[232]. Zagadnienia związane z funkcjonowaniem grup spółek były wówczas rozwiązywane z wykorzystaniem ogólnych instrumentów prawa cywilnego i prawa spółek, w szczególności ogólnego reżimu odpowiedzialności odszkodowawczej w reżimie deliktowym[233].

Po przeprowadzeniu reformy *Viettego* włoski Kodeks cywilny nie posługuje się bezpośrednio pojęciem spółki dominującej ani też grupy spółek oraz nie przewiduje podziału grup spółek ze względu na jakiekolwiek kryteria. Określenia ustawowe, które na gruncie włoskiego Kodeksu cywilnego można utożsamiać z pojęciami spółki dominującej i spółki zależnej w rozumieniu prawa holdingowego to odpowiednio „spółka zarządzającą spółkami i koordynująca ich działalność" oraz „spółka podlegająca zarządowi i koordynacji" (art. 2497 wł.k.c.). Tym samym – jak łatwo zauważyć – jednym z centralnych pojęć włoskiego prawa spółek wydaje się być pojęcie „zarządzania i koordynacji". Można zatem skonstatować, że włoskie prawo spółek nie opiera się na pojęciu „grupy spółek", a raczej na konkretnych, występujących *ad casum*, relacjach podmiotowych (podmiot sprawujący zarządzanie i koordynację oraz spółka poddana zarządzaniu i koordynacji). Ustawodawca włoski nie definiuje pojęć kierownictwa i koordynacji. W doktrynie przyjmuje się, że przejawem tych procesów jest wydawanie poleceń dotyczących prowadzenia spraw spółki zależnej, w tym zasad finansowania, polityki budżetowej czy wyboru kontrahentów. W literaturze przedmiotu wskazuje się również, że termin „zarządzanie i koordynacja" określa skuteczne wykonywanie władzy przez spółkę lub inny podmiot w postaci kierowania innymi spółkami i koordynowania ich działalności w zorganizowany sposób, przede wszystkim w kwestii podstawowych funkcji danego przedsiębiorstwa[234].

Oznacza to, że zakres przedmiotowy tej regulacji odnosi się do rzeczywistego oddziaływania na spółkę zależną[235], choć prawo włoskie przewiduje też domniemanie, iż podmiot zobowiązany do sporządzania skonsolidowanych sprawozdań finansowych jest podmiotem zarządzającym i koordynującym swoje spółki zależne[236]. W świetle przepisów prawa włoskiego za podmiot zarządzający i koordynujący swoje spółki zależne powinny być również uznane spółki kontrolujące w rozumieniu art. 2359 wł.k.c.[237] Należy jednocześnie podkreślić, że prawo włoskie określa,

---

[232] R. Truffi, S. Straneo, *Groups of Companies Under the New Italian Company Law*, Mediolan 2004, s. 1.
[233] M. Ventoruzzo, *Experiments*…, s. 30.
[234] P. Fasciani, *Groups*…, s. 199–200. Zagadnienia związane ze sprawowaniem jednolitego kierownictwa w prawie włoskim, w tym z dopuszczalnością wydawania wiążących poleceń wobec spółki zależnej, znajdują się poza zakresem tematycznym tego opracowania.
[235] K. Pyzio, *Odpowiedzialność spółki dominującej względem wierzycieli kapitałowych spółek zależnych*, Warszawa 2015, s. 25.
[236] Zob. art. 2497-sexies wł.k.c.
[237] Art. 2359 wł.k.c.: „*Sono considerate società controllate: 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; 2) le società in cui un'altra società dispone di voti*

jakie spółki mogą zostać uznane za spółki kontrolowane (*società controllate*). Jako spółki zależne są traktowane spółki spełniające kryteria określone w art. 2359 wł.k.c. W konsekwencji można uznać, że przepis ten pośrednio definiuje pojęcie spółek dominujących, za które mogą być uznane:

(i) spółki dysponujące większością głosów na zwyczajnym zgromadzeniu innej spółki;
(ii) spółki dysponujące taką większością głosów, która umożliwia im posiadanie wiodącej pozycji na zwyczajnym zgromadzeniu innej spółki, lub
(iii) spółki wywierające dominujący wpływ na inną spółkę na mocy szczególnych postanowień zawartych pomiędzy nimi umów.

Ustalając większość głosów na potrzeby stosowania powyższych przepisów, uwzględnia się również głosy przysługujące spółkom kontrolowanym, spółkom powierniczym (trustom) i powiernikom, nie uwzględnia się natomiast prawa głosu wykonywanego w imieniu osób trzecich[238].

Tytuł rozdziału włoskiego Kodeksu cywilnego poświęconego grupom spółek brzmi: „*Direzione e Coordinamento di Società*". Jak się wydaje, celem tego rozdziału jest doprowadzenie do sytuacji, w której zostaną zrównoważone interesy zgrupowania jako całości z interesami spółek zależnych i ich akcjonariuszy mniejszościowych. Poszukiwanie równowagi interesów pozwala w pewnych warunkach poświęcić interes spółki zależnej dla realizacji celów zgrupowania. W celu uproszczenia siatki pojęciowej i dla przejrzystości dalszego wywodu w pozostałej części niniejszego opracowania podmiot sprawujący zarządzanie i koordynację określany będzie podmiotem dominującym, a spółka poddana zarządzaniu i koordynacji – spółką zależną.

3. Podstawowe zasady włoskiej regulacji

3.1. Wprowadzenie

Odpowiedzialność cywilnoprawna spółki dominującej względem wierzycieli spółek zależnych, w tym zwłaszcza kapitałowych spółek zależnych, została uregulowana w art. 2497 wł.k.c. (księga piąta, tytuł V – „Spółka", rozdział IX – „Zarządzanie spółkami i ich koordynacja" [*Direzione e coordinamento di società*]), który wraz z art. 2497-bis do art. 2497-septies tworzy aktualnie obowiązujące włoskie prawo holdingowe[239].

---

sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa. Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta: non si computano i voti spettanti per conto di terzi. Sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in mercati regolamentati". Tym samym, spółkami kontrolowanymi są spółki, w których: (i) inna spółka wykonuje większość głosów na walnym zgromadzeniu; (ii) inna spółka dysponuje taką większością głosów, która umożliwia im posiadanie wiodącej pozycji na walnym zgromadzeniu, (iii) inna spółka wywiera dominujący wpływ na działalność określonej spółki na mocy szczególnych postanowień zawartych pomiędzy nimi umów.

238 Art. 2359 ust. 2 wł.k.c.

239 K. Pyzio, *Odpowiedzialność…*, s. 23–24.

Regulacja ta składa się z ośmiu artykułów poświęconych następującym zagadnieniom: odpowiedzialności cywilnej w grupie spółek, jawności funkcjonowania grupy, obowiązkowi uzasadniania decyzji podejmowanych w interesie grupy, prawu wyjścia wspólnika mniejszościowego ze spółki w sytuacji powstania grupy spółek, podporządkowaniu wierzytelności podmiotu z tej samej grupy spółek wobec wierzytelności innych wierzycieli w przypadku upadłości spółki zależnej, domniemaniom związanym ze stosowaniem powyższych przepisów oraz kwestii ich zastosowania w sytuacji istnienia powiązań umownych między spółkami. Istotę całej regulacji stanowi art. 2497 o następującej treści:

Artykuł 2497 (Odpowiedzialność)

1. *Spółki albo podmioty, które podczas sprawowania zarządzania spółkami i ich koordynacji działają we własnym interesie lub w interesie osoby trzeciej, naruszając zasady prawidłowego zarządzania spółką i prowadzenia działalności gospodarczej wobec spółek poddanych zarządzaniu i koordynacji, ponoszą bezpośrednio odpowiedzialność wobec wspólników tych spółek za szkodę w postaci obniżenia rentowności spółki i wartości udziałów lub akcji wspólników tych spółek, jak również wobec wierzycieli za szkodę wywołaną naruszeniem majątku spółki. Odpowiedzialność nie powstaje, gdy brak jest szkody w świetle całokształtu skutków sprawowania zarządzania i koordynacji lub gdy szkoda została naprawiona w wyniku czynności podjętych w ramach sprawowania zarządzania i koordynacji.*
2. *Odpowiada solidarnie z podmiotami wskazanymi w ust. 1 ten, kto brał udział w dokonywaniu czynności wyrządzającej szkodę, oraz, do wysokości wartości uzyskanej korzyści, ten, kto świadomie uzyskał z tego korzyść.*
3. *Wspólnicy oraz wierzyciele spółki poddanej zarządzaniu i koordynacji mogą wnieść powództwo wobec spółki albo podmiotu sprawującego zarządzanie i koordynację tylko wtedy, gdy nie zostali zaspokojeni przez spółkę poddaną zarządzaniu i koordynacji*[240].

3.2. Zakres podmiotowy regulacji

Zwraca uwagę, że zakres podmiotowy tej regulacji został określony szeroko, przy wykorzystaniu klauzuli generalnej. Podmiotem ponoszącym odpowiedzialność może być spółka lub inne podmioty (*ente*), które sprawują zarząd nad innymi spółkami i koordynują ich działalność we własnym interesie lub w interesie osoby trzeciej. Wobec braku szczególnego wyłączenia przyjmuje się, że przez pojęcie spółki należy rozumieć każdy rodzaj spółki bez względu na jej formę prawną[241]. Z kolei, użycie pojęcia „*ente*" było przedmiotem szerokiej dyskusji we włoskiej doktrynie, ponieważ sformułowanie to nie było – do momentu wprowadzenia reformy *Viettego* – pojęciem normatywnym stosowanym we włoskim Kodeksie cywilnym. Pojęcie to nie jest też tożsame z pojęciem osoby prawnej (*persona giuridica*), choć

[240] Tłum. – autorki.
[241] K. Pyzio, *Odpowiedzialność…*, s. 24.

w języku potocznym stanowi jej synonim[242]. Warto zwrócić uwagę na to, że w wyniku omawianej kontrowersji, art. 19 ust. 6 dekretu legislacyjnego nr 78[243] zawiera obecnie normatywną interpretację pojęcia „podmiotu" (*ente*). W świetle tej definicji podmiotami są zbiorowe podmioty prawa (w tym również państwowe jednostki organizacyjne oraz jednostki samorządu terytorialnego), inne niż Skarb Państwa, które posiadają udział w spółce w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej bądź też dla celów ekonomicznych lub finansowych[244]. W literaturze przedmiotu wskazuje się również, że za sprawujące zarządzanie i koordynację mogą być uznane zagraniczne podmioty prawne prowadzące działalność w formach nieznanych prawu włoskiemu, jednak prowadzące tę działalność na terytorium Włoch (np. trusty)[245]. Zwraca też uwagę, że poza zakresem zastosowania art. 2497 wł.k.c. znajdują się natomiast osoby fizyczne, co jest przedmiotem powszechnej krytyki[246].

3.3. Przesłanki odpowiedzialności podmiotów dominujących

Artykuł 2497 wł.k.c. przypisuje odpowiedzialność podmiotom dominującym, które „działają w interesie własnym lub osoby trzeciej jako przedsiębiorcy" oraz „naruszają zasady zarządzania spółką i prowadzenia działalności gospodarczej". Dla powstania odpowiedzialności nie wystarcza sam fakt sprawowania zarządzania i koordynacji (oraz oczywiście wystąpienie dalszych ogólnych przesłanek odpowiedzialności cywilnoprawnej, w tym wyrządzenie szkody), niezbędne jest też spełnienie pozostałych przesłanek wskazanych w tym artykule.

W literaturze przedmiotu wskazuje się, że interes przedsiębiorcy powinien być rozumiany jako pewien zespół celów gospodarczych realizowanych w ramach działalności gospodarczej spółki, a podmiot dominujący działa w celu zaspokojenia tego interesu[247]. Interes ten jest odmienny zarówno od interesów prywatnych poszczególnych funkcjonariuszy spółki dominującej, jak i od interesu samej spółki zależnej[248]. Z kolei, sprawowanie zarządu zgodnie z zasadami prawidłowego zarządu stanowi klauzulę generalną, której treść wyznaczana jest zarówno przez odpowiednie przepisy prawa, jak i przez normy pozaprawne. W piśmiennictwie podkreśla się przy tym, że przy ustalaniu znaczenia tej klauzuli konieczne jest dostosowanie tradycyjnych zasad prawidłowego zarządu do specyfiki relacji holdingowych oraz ocenianie racjonalności poszczególnych decyzji spółki dominującej z punktu widzenia interesu całej grupy, przy jednoczesnym uwzględnieniu interesu poszczególnych uczestników struktur holdingowych[249]. Przewiduje się, że szczegółowe elementy

[242] Zob. hasło „*ente*" [w:] *Il Sabatini Coletti – Dizionario di Italiano*, www.dizionari.corriere.it (dostęp: 19.02.2018 r.).
[243] Dekret legislacyjny nr 78 z 1.07.2009 r., GU n. 150 del 1–7-2009.
[244] *I soggetti giuridici collettivi, diversi dallo Stato, che detengono la partecipazione sociale nell'ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica o finanziaria* (tłumaczenie autorki).
[245] M. Callegari, *I gruppi di società* [w:] *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003–2009*, red. G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, Zanichelli 2009, s. 1063.
[246] P. Fasciani, *Groups*…, s. 223–224. Postulat stosowania regulacji art. 2497 wł.k.c. *per analogiam* do osób fizycznych zgłasza w doktrynie włoskiej np. F. Guerrera, *'Compiti' e responsabilità del socio di controllo*, „Rivista di diritto societario" 2009, s. 518 i n. Na marginesie należy zauważyć, że w początkowym brzmieniu projektowanego art. 2497 wł.k.c. zamiast zwrotu „*spółka lub podmiot prawa*" (*società o ente*) rozważano posłużenie się sformułowaniem „*ktokolwiek*" (*chiunque*).
[247] P. Moskała, *Konstrukcja*…, s. 37.
[248] P. Moskała, *Konstrukcja*…, s. 37.
[249] K. Pyzio, *Odpowiedzialność*…, s. 27.

treści tego pojęcia zostaną w przyszłości sformułowane w orzecznictwie i dojdzie do ukształtowania szczegółowego wzorca zachowań określającego pojęcie „dobrej spółki zarządzającej" (*buon capogruppo*), który wzmocni pewność działania członków organów spółki dominującej dochowujących należytej staranności[250]. Niemniej jednak nieprecyzyjne zdefiniowanie zasad prawidłowego zarządzania grupą spółek jest uznawane za mankament regulacji włoskiego Kodeksu cywilnego[251].

Kolejną przesłanką odpowiedzialności w stosunku do grupy spółek jest zaistnienie szkody, która została sformułowana w art. 2497 wł.k.c. Odszkodowanie, jakiego może się bezpośrednio domagać od podmiotu dominującego wspólnik spółki zależnej, jest związane ze „szkodą w postaci obniżenia dochodowości spółki i wartości udziałów lub akcji", natomiast wierzyciel spółki zależnej może domagać się odszkodowania za „szkodę wyrządzoną w majątku spółki". W pewnym uproszczeniu, szkoda podlegająca kompensacji to szkoda stanowiąca następstwo naruszenia integralności majątku spółki. Pojęcie naruszenia integralności majątku stanowi klauzulę generalną, niemniej wydaje się, że należy ją rozumieć jako nieekwiwalentne pozbawienie spółki zależnej aktywów czy też doprowadzenie jej przez spółkę dominującą do stanu niewypłacalności. W doktrynie włoskiej podkreśla się, że pojęcie szkody na gruncie art. 2497 wł.k.c. zostało sformułowane w sposób niejasny. Część przedstawicieli włoskiej doktryny popiera tezę, że roszczenia wspólnika i wierzyciela na podstawie art. 2497 wł.k.c. dotyczą tej samej szkody co ewentualne roszczenie spółki zależnej dochodzone na zasadach ogólnych[252]. Inni autorzy natomiast wskazują, że szkoda wspólnika nie może być tożsama ze szkodą w majątku spółki zależnej[253]. Autorzy ci podkreślają, że obliczenie takiej szkody w przypadku wspólnika będzie miało inną podstawę niż sama różnica wartości majątku spółki zależnej przed wyrządzeniem szkody i po jej wyrządzeniu (przypadająca na jego prawa udziałowe), ponieważ będzie się opierać na określeniu dochodowości spółki oraz potencjału dochodowego udziałów, i akcji oraz możliwości jego upłynnienia za kwotę odpowiadającą wartości udziałów lub akcji (tzw. szkoda na inwestycji)[254].

Kolejna przesłanka odpowiedzialności została wyrażona art. 2497 ust. 3 wł.k.c., który stwierdza, że: „wspólnik lub wierzyciel mogą wytoczyć powództwo przeciw spółce lub podmiotowi prawa sprawującemu zarządzanie lub koordynację tylko, jeżeli nie zostali zaspokojeni przez spółkę poddaną zarządzaniu i koordynacji"[255]. Wymóg niespełnienia świadczenia przez spółkę zależną, jako przesłanka dochodzenia roszczenia względem spółki dominującej, stanowi przejaw ochrony interesów tej ostatniej i ma zabezpieczać spółkę dominującą przed dochodzeniem roszczeń z pominięciem spółki zależnej[256]. W konsekwencji przed podjęciem czynności

[250] P. Moskała, *Konstrukcja*…, s. 38.
[251] K. Pyzio, *Odpowiedzialność*…, s. 28.
[252] A. Daccò, T. Tatozzi [w:] *Commentario breve al Codice civile*, G. Cian, red. A. Trabucchi, Cedam 2011, s. 3099.
[253] Zob. G. Alessi, *L'azione di responsabilità nei gruppi* [w:] *Nuovo diritto societario*, red. M. de Tilla, G. Alpa, S. Patti, Rzym 2003, s. 392.
[254] G. Alessi, *L'azione*…, s. 392.
[255] W doktrynie włoskiej podnosi się, że przepis ten nie był przewidziany w projekcie, a jego pojawienie się w ostatecznie uchwalonej wersji dekretu pozostaje niewyjaśnione. P. Abbadessa, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, „Banca borsa titoli di credito" 2008/3, s. 279 i n.
[256] K. Pyzio, *Odpowiedzialność*…, s. 30.

zmierzających do dochodzenia roszczenia odszkodowawczego względem spółki dominującej wierzyciel spółki zależnej powinien zwrócić się o spełnienie świadczenia do spółki zależnej. Niemniej jednak niektórzy przedstawiciele doktryny włoskiej interpretują art. 2497 ust. 3 wł.k.c. jako zakaz podwójnego odszkodowania, który jest wyrazem możliwości transferu aktywów z majątku podmiotu dominującego do majątku spółki zależnej, aby ta druga dokonała spłaty zobowiązań wobec wspólników i wierzycieli w celu zapobieżenia powództwu wobec podmiotu dominującego[257].

Należy zwrócić również uwagę na to, że odpowiedzialność przewidziana w art. 2497 wł.k.c. nie ma charakteru absolutnego. Odpowiedzialność ta jest wyłączona, gdy przy uwzględnieniu całokształtu efektów sprawowania zarządu i koordynacji nie doszło do wyrządzenia szkody lub gdy szkoda została w wyniku tych działań w całości naprawiona. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że sformułowanie to należy interpretować w ten sposób, iż szkoda powinna mieć charakter trwały i musi stanowić skutek kompleksowej działalności podmiotu zobowiązanego do naprawienia szkody, wobec czego należy wykluczyć powództwo uprawnionego oparte na pojedynczych, epizodycznych zachowaniach, ponieważ – w dłuższej perspektywie – możliwe jest zrekompensowanie poniesionego uszczerbku majątkowego[258]. Sformułowanie to stanowi ustawową implementację koncepcji tzw. korzyści kompensujących (*vantaggi compensativi*). Jej celem jest przezwyciężenie trudności wiążących się z występowaniem złożonych konfliktów interesów w relacjach pomiędzy podmiotami wchodzącymi w skład jednej grupy kapitałowej[259]. Teoria korzyści kompensujących zwalnia podmiot sprawujący jednolite kierownictwo od odpowiedzialności za naruszenie zasad prawidłowego prowadzenia spraw spółki zależnej skutkujące zmniejszeniem jej zysków, spadkiem wartości akcji bądź uszczupleniem aktywów, jeśli w świetle ogólnego wyniku czynności kierowniczych i koordynacyjnych uszczerbek nie istnieje lub został wyrównany przez podmiot dominujący, w tym także w drodze szczególnych transakcji służących wyeliminowaniu uszczerbku[260]. Kwestią budzącą najwięcej kontrowersji jest jednak określenie, czy korzyści mogą mieć potencjalną postać i być rozłożone w czasie czy też muszą być wymierne, pokrywać szkodę na zasadzie pełnej kompensacji i istnieć już w momencie wyrządzania szkody. Zwolennicy pierwszego z zaprezentowanych poglądów twierdzą, że możliwe jest zwolnienie się z odpowiedzialności przez odpowiednie ukształtowanie ogólnej strategii biznesowej całej grupy, nawet w średnim i długim okresie[261]. Wskazuje się również, że dopuszczalność rozłożenia kompensacji w czasie wynika z faktu, iż ustawodawca dopuszcza zniwelowanie szkody w ramach samego sprawowania zarządzania i koordynacji, co nie ma charakteru jednorazowego działania[262]. Konsekwencją tego stanowiska jest możliwość uwolnienia się od odpowiedzialności w przypadku wskazania, że porównanie potencjalnych korzyści i strat po stronie spółki zależnej prowadzi do wniosku

[257] G. Scognamiglio, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, Il nuovo diritto delle societa, Turyn 2007, s. 958–960 i 963; U. Tombari, *Diritto dei gruppi de imprese*, Mediolan 2010, s. 50, za: P. Moskała, *Konstrukcja*…, s. 39.
[258] K. Pyzio, *Odpowiedzialność*…, s. 28.
[259] A. Opalski, *Prawo*…, s. 107.
[260] A. Opalski, *Prawo*…, s. 107.
[261] P. Fasciani, *Groups*…, s. 220.
[262] A. Daccò, C. Tatozzi [w:] *Commentario*…, s. 3099–3100.

o hipotetycznej przewadze tych pierwszych[263]. Natomiast inni przedstawiciele doktryny wskazują, że korzyści kompensacyjne powinny posiadać wymierną wartość[264]. W tym kontekście wskazuje się też, że pozytywny bilans korzyści i strat po stronie spółki zależnej lub wyrównanie poniesionej przez nią szkody przez spółkę dominującą nie stanowi efektywnego mechanizmu zabezpieczającego interesy wierzycieli spółki zależnej, i nie oznacza, iż szkody nie poniósł sam wierzyciel, zwłaszcza że horyzont oceny skutków sprawowania zarządu i koordynacji jest niesprecyzowany[265]. Jednakże we włoskiej doktrynie zdaje się przeważać pierwszy z przytoczonych poglądów[266]. Orzecznictwo nie zajęło jednak w tej dyskusji jednoznacznego stanowiska, niemniej w judykaturze zgodnie przyjmuje się, że brak jest możliwości zwolnienia się z odpowiedzialności przez twierdzenie, iż korzyścią spółki zależnej jest sam fakt przynależności do grupy[267]. Ponadto uzyskanie korzyści kompensujących jest przedmiotem dowodu w ramach postępowania sądowego, a więc muszą mieć one charakter dostatecznie zobiektywizowany i nie mogą być czysto hipotetyczne[268].

3.4. Odpowiedzialność innych podmiotów za szkodę wyrządzoną spółce zależnej

Zgodnie z art. 2497 ust. 2 wł.k.c. solidarną odpowiedzialność ze spółką lub jednostką sprawującą zarząd nad innymi spółkami i koordynującą ich działalność ponosi też ten, kto brał udział w działaniach, z których szkoda wyniknęła, oraz w granicach uzyskanych korzyści ten, kto świadomie z nich skorzystał. Tym samym artykuł ten rozszerza krąg podmiotów odpowiedzialnych za szkodę wyrządzoną spółce zależnej. Odpowiedzialność ta może zostać przypisana nie tylko podmiotom aktywnie uczestniczącym w dokonywaniu bezprawnych, wyrządzających szkodę czynności (jak np. członkowie organów spółki czy wspólnicy spółki dominującej), lecz także podmiotom pasywnym odnoszącym świadomie korzyści ze sprawowania zarządu i koordynacji realizowanych przez spółkę dominującą[269].

3.5. Charakter odpowiedzialności przewidzianej w art. 2497 wł.k.c.

Bezsprzecznie, odpowiedzialność przewidziana w art. 2497 wł.k.c. stanowi odpowiedzialność za szkodę, czyli odpowiedzialność odszkodowawczą, a nie odpowiedzialność za zobowiązania spółek zależnych[270]. Niemniej jednak główna oś sporu doktrynalnego dotyczącego charakteru prawnego odpowiedzialności przewidzianej

---

[263] K. Pyzio, *Odpowiedzialność*..., s. 29.
[264] M. Callegari, *I gruppi*..., s. 1076; U. Tombari, *Diritto*..., s. 42.
[265] K. Pyzio, *Odpowiedzialność*..., s. 29.
[266] P. Moskała, *Konstrukcja*..., s. 41.
[267] P. Fasciani, *Groups*..., s. 219; zob. też wyrok włoskiego sądu kasacyjnego z 21.01.1999 r., nr 521, za: A. Śmigaj, *Pozycja prawna wierzyciela spółki zależnej w prawie polskim i włoskim* [w:] *Kodeks spółek handlowych po pięciu latach*, red. J. Frąckowiak, Wrocław 2006, s. 231.
[268] Tak włoski sąd kasacyjny w wyroku z 24.08.2004 r., nr 16707, Banca Borsa e Titoli di Credito 2005, II, s. 373 oraz sąd w Rzymie w wyroku z 5.02.2008 r., nr 1688, Le società 2009, s. 491.
[269] R. Rordorf, *Il gruppi nella recente riforma del diritto societario*, „La Società" 2004/5, s. 544.
[270] V. Cariello, *The 'Compensation' of Damages with Advantages Deriving from Management and Coordination Activity (Direzione e Coordinamento) of the Parent Company (Article 2497, paragraph 1, Italian Civil Code) – Italian Supreme Court 24 August 2004, no. 16707*, „European Company and Financial Law Review" 2006/3, s. 330, 331.

w art. 2497 wł.k.c. dotyczy przyporządkowania jej do odpowiedzialności typu deliktowego (art. 2043 wł.k.c.) lub kontraktowego (art. 1218 ww. kodeksu), co niesie za sobą istotne różnice praktyczne. Charakter tej odpowiedzialności wpływa – między innymi – na przesłanki konieczne do spełnienia ze względu na odmienne rozłożenie ciężaru dowodu w przypadku odpowiedzialności deliktowej oraz kontraktowej[271]. Odmiennie została również ukształtowana instytucja przedawnienia dla obydwu tych rodzajów odpowiedzialności. W przypadku odpowiedzialności kontraktowej zastosowanie ma przepis ogólny o przedawnieniu[272], czyli wynosi ono 10 lat, natomiast w przypadku odpowiedzialności deliktowej – wynosi on pięć lat[273]. Niemniej we współczesnej doktrynie włoskiej przeważają zwolennicy koncepcji deliktowej, którzy podkreślają, że w uzasadnieniu projektu dekretu legislacyjnego nr 6 z 2003 r. określono odpowiedzialność z art. 2497 wł.k.c. jako odpowiedzialność „o charakterze akwiliańskim" („*di stampo aquiliano*")[274]. Dodatkowo, wskazuje się, że pomiędzy podmiotami uprawnionymi a podmiotem zobowiązanym na podstawie art. 2497 ww. kodeksu nie musi istnieć stosunek umowny[275].

4. Podsumowanie

Włoski ustawodawca dostrzegł konieczność szczególnej ochrony wierzycieli spółek zależnych uczestniczących w strukturach holdingowych. Nie ustanowił jednak norm, które wprowadzałyby bezpośrednią osobistą odpowiedzialność spółki dominującej za zobowiązania spółek zależnych, a tym samym stanowiłyby odstępstwo od zasady nieodpowiedzialności wspólników (w tym osób prawnych) za zobowiązania osób prawnych.

Zgodnie z art. 2497 ust. 1 wł.k.c. spółka lub jednostka sprawująca zarząd nad innymi spółkami i koordynująca ich działalność we własnym interesie lub w interesie innych osób, która nie przestrzega zasad prawidłowego zarządzania tymi spółkami, ponosi bezpośrednią odpowiedzialność względem wspólników spółki z tytułu uszczerbku dla rentowności, i wartości ich udziałów w spółce, jak też wobec jej wierzycieli z tytułu szkód poniesionych wskutek naruszenia integralności majątku spółki. Przewidziana we włoskim Kodeksie cywilnym odpowiedzialność spółki dominującej względem wierzycieli spółek zależnych stanowi więc odpowiedzialność odszkodowawczą. Zgodnie z dominującym poglądem prezentowanym w orzecznictwie i doktrynie odpowiedzialność ta została ukształtowana w reżimie deliktowym, co prowadziłoby do wniosku, że jej przypisanie uzależnione jest od spełnienia przesłanki winy spółki dominującej.

Włoskie reguły odpowiedzialności odszkodowawczej nakładają ciężar dowodu na akcjonariuszy mniejszościowych i wierzycieli spółki, którzy powinni wykazać, że:

(i) określony akt kierowniczy (w ramach sprawowania zarządu i koordynowania działalności spółki zależnej) narusza zasady prawidłowego zarządzania;

[271] A. Daccò, C. Tatozzi [w:] *Commentario*…, s. 3101. W odpowiedzialności deliktowej dowód winy (wraz z wykazaniem adekwatnego związku przyczynowego między zachowaniem spółki dominującej a spowodowaną szkodą) spoczywa na powodzie, a w odpowiedzialności kontraktowej wina dłużnika jest domniemana, co ułatwia proces dowodzenia.
[272] Art. 2946 wł.k.c.
[273] Art. 2947 wł.k.c.
[274] P. Moskała, *Konstrukcja*…, s. 40 i powołana tam literatura.
[275] P. Moskała, *Konstrukcja*…, s. 40.

(ii) podmiot dominujący działał we własnym interesie gospodarczym bądź w interesie osób trzecich;
(iii) zmniejszyła się zyskowność spółki bądź wartość jej akcji, oraz
(iv) w wyniku podjętych działań powstała szkoda w ich majątku.

Rozwiązania wprowadzone we włoskim prawie holdingowym mają zabezpieczać interesy wierzycieli spółek zależnych przez przyznanie im szczególnego roszczenia względem spółki dominującej o naprawienie szkody. Za okoliczność uzasadniającą przypisane spółce dominującej szczególnej odpowiedzialności względem wierzycieli spółek zależnych uznano sprawowanie przez podmiot dominujący zarządu nad spółką zależną i koordynację jej działalności. Innymi słowy, rozwiązanie włoskie opiera się na założeniu, że ograniczenie autonomii spółki zależnej przez spółkę dominującą powinno skutkować szczególną odpowiedzialnością spółki dominującej. Wydaje się jednak, że wprowadzone rozwiązanie jednocześnie zabezpiecza pozycję spółki dominującej, ponieważ jej odpowiedzialność może zmaterializować się wyłącznie w przypadku spełnienia przesłanek określonych we włoskim Kodeksie cywilnym (zgodność działania z zasadami prawidłowego zarządu ocenianymi przez pryzmat wszystkich podmiotów wchodzących w skład grupy spółek). Niemniej jednak ze względu na mechanizmy ułatwiające spółce dominującej uwolnienie się od odpowiedzialności względem wierzycieli spółek zależnych, przy jednoczesnym braku wystarczających ułatwień dowodowych po stronie wierzyciela i – w pewnym stopniu – subsydiarnym charakterze tej odpowiedzialności, rozwiązanie to bywa krytykowane przez część przedstawicieli włoskiej doktryny.

Niemniej regulacja obowiązująca w prawie włoskim, przyznająca wierzycielom kapitałowych spółek zależnych szczególne roszczenie odszkodowawcze względem spółki dominującej, może jednak prowadzić do wykorzystania mechanizmów zbliżonych z perspektywy skutków ekonomicznych do mechanizmów odpowiedzialności przebijającej, tj. do sytuacji, w której odpowiedzialność za zobowiązania określonych podmiotów rozciągałaby się na majątek spółki dominującej.

IV. PROPOZYCJA NOWELIZACJI KODEKSU SPÓŁEK HANDLOWYCH Z 28.07.2009 R. DOTYCZĄCA PRAWA GRUP SPÓŁEK

1. Uwagi wprowadzające

Kwestia uregulowania w polskim prawie materii prawa koncernowego (zwanego też holdingowym) wzbudza żywotne zainteresowanie zarówno teoretyków prawa, jak i uczestników obrotu gospodarczego[276]. Niemniej pojęcie grupy kapitałowej jest ujmowane niejednolicie w różnych systemach prawnych. Analiza prawnoporównawcza najnowszych wypowiedzi przedstawicieli wiodących systemów prawnych pozwala jednak na wyodrębnienie podstawowej cechy grupy kapitałowej, która

[276] Zob. np. R.L. Kwaśnicki, D. Nilsson, *Legalne działanie na szkodę spółki zależnej*, „Przegląd Prawa Handlowego" 2007/12, s. 26–32; M. Romanowski, *W sprawie…*, s. 4–12; A. Opalski, M. Romanowski, *O potrzebie zasadniczej reformy polskiego prawa spółek*, „Przegląd Prawa Handlowego" 2008/6, s. 4–11; T. Staranowicz, *Podstawowe problemy regulacji koncernu w prawie spółek*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego" 2009/2, s. 371–404.

jest akceptowana przez wszystkich[277]. Jak wskazuje M. Romanowski: „[c]echą wspólną wszystkich proponowanych ujęć grupy kapitałowej jest dostrzeżenie, że stanowi ona faktycznie jeden organizm gospodarczy niemający podmiotowości (osobowości prawnej), który tworzą odrębne (autonomiczne) prawnie spółki kapitałowe powiązane przez fakt podporządkowania organizacyjnego spółce-matce. Spółka-matka pełni rolę «mózgu» całej grupy kapitałowej określając strategię całej grupy kapitałowej i tworzących ją spółek wraz ze wskazaniem środków wdrażania tej strategii"[278].

Jedną z pierwszych propozycji nowego ujęcia prawa grup koncernowego w polskim ustawodawstwie – stanowiącą w założeniu odpowiedź na współczesne wymagania gospodarcze i oczekiwania przedsiębiorców – był wspomniany już na początku opracowania projekt nowelizacji Kodeksu spółek handlowych z 28.07.2009 r. opracowany przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego. Projekt ten zainicjował szeroką dyskusję na temat pożądanego kształtu polskiego prawa koncernowego[279]. W wyniku toczącej się dyskusji, wprowadzono zmiany do zaprezentowanego projektu i 22.03.2010 r. przedstawiono zmieniony projekt nowelizacji Kodeksu spółek handlowych[280], mający uregulować prawo koncernowe na poziomie tego kodeksu. Zgodnie z informacją zamieszczoną w 2011 r. na stronie internetowej Ministerstwa Sprawiedliwości[281] prace nad tym projektem zawieszono do czasu opracowania nowych założeń w zakresie prawa holdingowego[282].

Przechodząc do omówienia proponowanej nowelizacji Kodeksu spółek handlowych, należy podkreślić, że regulacja prawa grup spółek wymaga przyjęcia jednego z (co najmniej) trzech możliwych założeń:

(i) prawo grup spółek ma być kształtowane przede wszystkim z punktu widzenia ochrony interesu całej grupy (utożsamianego w praktyce z interesem spółki dominującej), zakładając jednocześnie możliwość „poświęcenia" interesu spółki zależnej na rzecz interesu grupy (bądź spółki dominującej);

---

277 M. Pariente, *The Evolution of the Concept of "Corporate Group" in France*, „European Company and Financial Law Review" 2007/3, s. 321–330; P. Fasciani, *Groups*..., za: M. Romanowski, *W sprawie*..., s. 5 i powołana tam literatura.

278 M. Romanowski, *W sprawie*..., s. 5.

279 P. Błaszczyk, *Odpowiedzialność cywilna spółki dominującej w projekcie nowelizacji kodeksu spółek handlowych w zakresie grup spółek (cz. I)*, „Przegląd Prawa Handlowego" 2010/2, s. 13–21 i P. Błaszczyk, *Odpowiedzialność…, (cz. II)*, „Przegląd Prawa Handlowego" 2010/3, s. 24–32; P. Błaszczyk, *Ochrona wspólników mniejszościowych spółki zależnej należącej do grupy spółek*, „Państwo i Prawo" 2010/10, s. 20–34; B. Krassowski, K. Kuch, A. Michalska, A. Nartowski, *Prawo o grupach spółek musi nadążać za praktyką – dyskusja z 11.05.2010 r.*, „Przegląd Corporate Governance" 2010/2, s. 3–20; R.L. Kwaśnicki, *„Legalne" działanie na szkodę spółki kapitałowej (z uwzględnieniem projektu nowelizacji k.s.h. z 28 lipca 2009 r.)* [w:] *Prawo handlowe po przystąpieniu Polski do Unii Europejskiej*, red. W.J. Katner, U. Promińska, Warszawa 2010, s. 173–178; R.L. Kwaśnicki, *Prawo holdingowe – uwagi do projektu nowelizacji kodeksu spółek handlowych*, „Przegląd Prawa Handlowego" 2011/3, s. 22–30; J. Schubel, *Nowa regulacja prawa koncernowego na Węgrzech a reforma prawa grup spółek w Polsce*, „Czasopismo Kwartalne Całego Prawa Handlowego, Upadłościowego oraz Rynku Kapitałowego (HUK)" 2010/1, s. 79–110; A. Szumański, *Spór wokół roli interesu grupy spółek i jego relacji w szczególności do interesu własnego spółki uczestniczącej w grupie*, „Przegląd Prawa Handlowego" 2010/5, s. 9–17; J.J. Zięty, *Projekt zmian w zakresie prawa grup spółek (próba oceny)*, „Państwo i Prawo" 2010/3, s. 20–31.

280 Projekt dostępny na stronie: http://bip.ms.gov.pl/Data/Files/_public/bip/projekty_aktow_prawnych/prawo_gospodarcze/proj090616a_2.rtf (dostęp: 20.02.2018 r.).

281 Zob. www.ms.gov.pl.

282 G. Domański, J. Schubel, *Krytycznie o projekcie prawa grup spółek*, „Przegląd Prawa Handlowego" 2011/5, s. 5.

(ii) prawo grup spółek jest *de facto* prawem o ochronie interesu spółki zależnej, uczestniczącej w grupie, sterowanej faktycznie przez spółkę dominującą;
(iii) prawo grup spółek powinno równoważyć sprzeczne interesy spółki zależnej i spółki dominującej wyrażającej interes grupy[283].

W literaturze przedmiotu wskazuje się, że projekt nowelizacji Kodeksu spółek handlowych ewoluował od koncepcji drugiej do koncepcji trzeciej (wersja z 22.03.2010 r.). Niemniej jednak w związku z tym, że jednym z celów niniejszego opracowania jest ustosunkowanie się do propozycji nowelizacji k.s.h. z 2009 r., zdecydowano się przedstawić podstawowe założenia zaproponowanego projektu, jednak z uwzględnieniem zmian wprowadzonych do projektu tej nowelizacji k.s.h. 22.03.2010 r. (dalej projekt nowelizacji k.s.h. z 2010 r.)[284].

2. Treść proponowanej nowelizacji Kodeksu spółek handlowych dotyczącej prawa grup spółek

Autorzy projektu nowelizacji k.s.h. z 2010 r. zaproponowali m.in. wprowadzenie w ramach tytułu pierwszego Kodeksu spółek handlowych nowego działu IV pt. „Grupy spółek" (art. 21^1–21^5), jak też wprowadzenie w art. 4 § 1 pkt 5^1 k.s.h. normatywnej definicji pojęcia „grupy spółek" oraz wykreślenie krytykowanego w piśmiennictwie art. 7 k.s.h.[285]. Projekt nowelizacji przewidywał, że za grupę spółek powinna być uznawana „spółka dominująca i spółka lub spółki od niej zależne, pozostające w faktycznym bądź umownym trwałym powiązaniu organizacyjnym oraz mające wspólny interes gospodarczy (interes grupy spółek)"[286]. Potrzebę wprowadzenia normatywnej definicji grupy spółek uzasadniano koniecznością odróżnienia „grupy spółek" od stosunku dominacji i zależności pomiędzy spółkami, o którym mowa w art. 4 § 1 pkt 4 k.s.h. Jak wskazywano w treści uzasadnienia projektu nowelizacji k.s.h. z 2010 r.: „grupa spółek jest «kwalifikowanym» stosunkiem dominacji i zależności pomiędzy określonymi spółkami tworzącymi grupę spółek, gdyż spółki te kształtują faktyczne lub umowne trwałe powiązanie organizacyjne, którego uczestnicy mają wspólny interes gospodarczy tzw. interes grupy spółek" [287].

Zasadniczy trzon projektu miał stanowić nowy dział IV pt. „Grupy spółek", który planowano włączyć do przepisów ogólnych Kodeksu spółek handlowych (art. 21^1–21^5 projektu). Centralną normę tej regulacji stanowił projektowany art. 21^1 § 1 k.s.h.[288], określający podstawowe zasady uczestnictwa w grupie spółek:

[283] A. Szumański, *Próby regulacji prawa grup spółek w Polsce (2009–2011)*, „Monitor Prawniczy" 2011/24, s. 8.
[284] Projekt dostępny na stronie: http://bip.ms.gov.pl/Data/Files/_public/bip/projekty_aktow_prawnych/prawo_gospodarcze/proj090616a_2.rtf (dostęp: 20.02.2018 r.).
[285] Ustawa z 15.09.2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2017 r. poz. 1577 ze zm.) – dalej k.s.h.
[286] Zob. art. 4 § 1 pkt 5^1 projektu nowelizacji k.s.h. z 2010 r.
[287] Zob. uzasadnienie projektu nowelizacji k.s.h. z 2010 r., s. 7.
[288] Na marginesie należy zauważyć, że treść tego przepisu podlegała wielokrotnym zmianom w trakcie prac legislacyjnych. W doktrynie wskazywano, że nie jest wykluczone, iż jeżeli w przyszłości doszłoby do wznowienia prac nad omawianym projektem, norma ta ulegnie wówczas kolejnym modyfikacjom. Zob. P. Błaszczyk, *Ochrona wspólnika mniejszościowego spółki zależnej*, Warszawa 2013, s. 553.

„Spółka dominująca oraz spółka zależna, uczestnicząca w grupie spółek, może kierować się także interesem grupy spółek o ile leży to również w interesie tej spółki oraz gdy nie narusza to uzasadnionych interesów wierzycieli i wspólników mniejszościowych spółki zależnej". Przepis ten – w założeniu – miał obejmować regulację kluczowej dla prawa grup spółek kwestii prawnej, a mianowicie obowiązku uwzględnienia interesu grupy spółek zarówno przez spółkę dominującą, jak i spółkę zależną obok własnego interesu każdej z tych spółek, którego konieczność ochrony wynika z istoty prawa spółek[289].

Spółka dominująca lub spółka zależna miały ujawniać uczestnictwo w grupie spółek poprzez wpisanie odpowiedniej wzmianki do rejestru przedsiębiorców[290]. Przez wpis do rejestru przedsiębiorców KRS planowano ujawnić wobec osób trzecich, że spółka dominująca oraz spółki zależne kierują się w swoim funkcjonowaniu także interesem grupy spółek oraz dodatkowo mają obowiązek uwzględniania uzasadnionego interesu wierzycieli spółki zależnej oraz uzasadnionego interesu wspólników mniejszościowych spółki zależnej[291]. Warto tu podkreślić, że takie ujawnienie uczestnictwa w grupie spółek miało uprawniać członków organów spółki należącej do grupy spółek do powoływania się na działanie lub zaniechanie w interesie grupy spółek[292]. Sankcją za niewykonanie wspomnianego obowiązku rejestrowego była niemożliwość skorzystania przez spółkę dominującą bądź spółkę zależną z przepisów art. 21^1–21^3 k.s.h., których ewentualne stosowanie leżało w interesie zarówno jednej, jak i drugiej spółki, a zwłaszcza w interesie członków organów korporacyjnych tych spółek[293]. Ponadto, ujawnienie uczestnictwa w grupie spółek w rejestrze przedsiębiorców KRS miało dawać spółce dominującej prawo do możliwości wglądu w każdym czasie do ksiąg i do dokumentów spółki zależnej oraz do żądania od niej stosownych informacji[294]. Prawo to zostało ujęte jako prawo, którego wykonaniu nie mogą przeszkodzić członkowie zarządu spółki zależnej[295].

W celu ochrony interesów akcjonariuszy mniejszościowych projekt wprowadzał również dodatkowy obowiązek sprawozdawczy w grupie spółek – zarząd spółki zależnej należącej do grupy spółek był także zobowiązany do sporządzania sprawozdania o umowach oraz o innych powiązaniach tej spółki ze spółką dominującą za okres ostatniego roku obrotowego, a sprawozdanie to miało stanowić część sprawozdania zarządu[296]. Przepis ten miał umożliwić wspólnikom spółki zależnej, a zwłaszcza wspólnikom mniejszościowym, kontrolowanie, czy umowy te oraz powiązania były podyktowane interesem grupy spółek czy też miały na one celu wyłącznie ochronę interesów spółki dominującej oraz jej wspólników[297].

Dodatkowo, interes wspólników mniejszościowych spółki zależnej miał być chroniony przez specjalne uprawnienie wspólnika mniejszościowego spółki zależnej do żądania wyznaczenia przez sąd rejestrowy podmiotu uprawnionego do badania

[289] Zob. uzasadnienie projektu nowelizacji k.s.h. z 2010 r., s. 12.
[290] Zob. projektowany art. 21^1 § 2 k.s.h.
[291] Zob. uzasadnienie projektu nowelizacji k.s.h. z 2010 r., s. 13.
[292] Zob. projektowany art. 21^1 § 3 k.s.h.
[293] Zob. uzasadnienie projektu nowelizacji k.s.h. z 2010 r., s. 13.
[294] Projektowany art. 21^2 § 1 k.s.h.
[295] Zob. uzasadnienie projektu nowelizacji k.s.h. z 2010 r., s. 14.
[296] Projektowany art. 21^3 k.s.h.
[297] Zob. uzasadnienie projektu nowelizacji k.s.h. z 2010 r., s. 14.

sprawozdań finansowych w celu zbadania rachunkowości oraz działalności grupy spółek[298]. Nowy dział IV Kodeksu spółek handlowych miał zaś zamykać, zgodnie z projektem, postanowienie rozszerzające stosowanie przepisów kodeksu o grupach spółek dotyczących spółki dominującej odpowiednio do innych przedsiębiorców podlegających obowiązkowi wpisu do rejestru przedsiębiorców[299].

3. Doktryna *Rozenblum* jako inspiracja twórców projektu nowelizacji Kodeksu spółek handlowych dotyczącej prawa grup spółek

W literaturze przedmiotu powszechnie wskazuje się, że proponowane w projekcie nowelizacji Kodeksu spółek handlowych dotyczącej prawa grup spółek przesłanki istnienia grupy spółek, takie jak występowanie trwałego powiązania organizacyjnego pomiędzy spółkami oraz ich wspólnego celu gospodarczego wyraźnie odpowiadają założeniom doktryny *Rozenblum*[300]. Doktryna *Rozenblum* została wypracowana we Francji przez judykaturę[301], a następnie rozwinięta w dyskusji międzynarodowej jako model współpracy koncernowej[302]. Należy podkreślić, że doktryna *Rozenblum* nie ma charakteru ustawowego i w całości jest wytworem francuskiego orzecznictwa oraz nauki prawa[303]. W świetle tej doktryny członkowie organów menedżerskich spółki zależnej (zarządu i rady nadzorczej) mogą – bez narażania się na odpowiedzialność – stosować się do niekorzystnych dla spółki zależnej poleceń spółki dominującej, jeśli łącznie zostaną spełnione trzy przesłanki. Po pierwsze, grupa spółek musi stanowić trwałą i zrównoważoną strukturę organizacyjną. Po drugie, spółka zależna jest włączona w realizację długoterminowej i spójnej strategii przyjętej przez grupę. Celem tej polityki ma być zapewnienie równowagi zarówno pomiędzy interesami poszczególnych spółek grupy, jak i pomiędzy ich interesami a interesem całej grupy. Ma ona zatem zagwarantować, że różnorakie możliwości rozwoju, jakie powstają w grupie, zostaną sprawiedliwie rozdzielone, a żadna ze spółek nie zostanie na stałe i całkowicie wyłączona z udziału w zyskach grupy. Po trzecie, zarządcy spółki zależnej mogą racjonalnie zakładać, że straty, szkody czy niekorzyści poniesione przez spółkę zależną – w wyniku stosowania się do wiążących poleceń spółki dominującej – zostaną w rozsądnym czasie wyrównane[304]. W ramach grupy niedopuszczalne jest niewspółmierne obciążanie jednych, a niesłuszne uprzywilejowywanie innych spółek[305]. Należy jednak podkreślić, że doktryna *Rozenblum* nie dotyczy takich przypadków, które mogą podważyć sens bytu prawnego spółki zależnej, np. przez tzw. wyprowadzanie

[298] Projektowany art. 21^4 k.s.h.
[299] Projektowany art. 21^5 k.s.h.
[300] Zob. A. Szumański, *Spór*…, s. 13; G. Domański, J. Schubel, *Krytycznie*..., s. 7; P. Błaszczyk, *Ochrona*…, s. 552–553.
[301] Początek dała jej głośna sprawa *Rozenblum*, Chambre Criminelle der Cour de Cassation – Cass. crim. z 4.02.1985 r., JCP/E 1985, II, 14614. Rozstrzygnięcie to stanowi pierwszy z serii wyroków, w których została wypracowana linia orzecznicza dotycząca zasad odpowiedzialności karnej członków zarządu spółki zależnej. Za: G. Domański, J. Schubel, *Krytycznie*…, s. 7.
[302] Zob. G. Domański, J. Schubel, *Krytycznie*…, s. 7 i powołana tam literatura.
[303] P. Błaszczyk, *Ochrona*…, s. 111.
[304] Zob. A. Szumański, *Spór*…, s. 13.
[305] P. Hommelhoff, J. Schubel, *W sprawie prawa faktycznych grup spółek w Polsce. Uwagi do projektu Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego,* „Monitor Prawniczy – dodatek" 2011/24, s. 16.

jej aktywów na rzecz spółki dominującej[306]. Jeżeli zostaną spełnione powyższe przesłanki doktryny *Rozenblum*, to dopuszczalne jest, aby spółka dominująca, działająca w ramach grupy spółek, zlecała spółce zależnej konkretne niekorzystne dla tej spółki działania i to bez obowiązku natychmiastowego wyrównania owej jednostkowej szkody. Zarząd spółki zależnej może natomiast zgodzić się na takie działania, jeśli będzie miał wystarczającą pewność, że szkoda wyrządzona tej spółce zostanie w przyszłości wyrównana przez inne korzyści koncernowe[307].

W literaturze przedmiotu wskazuje się jednak, że przesłanki pozwalające na zastosowanie doktryny *Rozenblum* nie zostały precyzyjnie uwzględnione w projekcie nowelizacji Kodeksu spółek handlowych[308], co może budzić wątpliwości w szczególności w kontekście zasady rzeczywistego wyrównania korzyści i obciążeń w grupie spółek. Niepewność w tym zakresie rodzi przede wszystkim treść zaproponowanej regulacji w art. 21^1 § 3 k.s.h., zgodnie z którą członkowie organów spółek należących do grupy spółek mogą się powoływać na działania lub zaniechania w interesie grupy spółek. Postanowienie to sugeruje bowiem, że w grupie nie jest wymagane żadne równoważenie interesów, a wszystko, co leży w interesie grupy, jest prawnie dopuszczalne[309].

4. Ocena projektu nowelizacji Kodeksu spółek handlowych dotyczącej prawa grup spółek

Nie budzi natomiast wątpliwości, że podjęcie przez twórców omawianego projektu nowelizacji próby uregulowania kwestii prawnych związanych z funkcjonowaniem grup spółek było wysiłkiem jak najbardziej uzasadnionym. Wydaje się, że forma ograniczonej regulacji prawnej grup spółek – przyjęta w omawianym projekcie nowelizacji – była rozwiązaniem słusznym, przede wszystkim ze względu na brak konsensusu w polskiej i zagranicznej doktrynie co do zakresu szczegółowych zagadnień, które powinny zostać określone w prawie holdingowym[310]. Za trafny należy uznać również postulat zaproponowany przez twórców analizowanej nowelizacji Kodeksu spółek handlowych w postaci ujmowania koncepcji interesu grupy *in concreto*, w nawiązaniu do konkretnych okoliczności, w których znajduje się dana

[306] Szerzej o doktrynie *Rozenblum* zob. P. Błaszczyk, *Ochrona*…, s. 110–117 i powołana tam literatura.
[307] P. Hommelhoff, J. Schubel, *W sprawie*…, s. 16.
[308] P. Hommelhoff, J. Schubel *W sprawie*…, s. 16.
[309] P. Hommelhoff, J. Schubel *W sprawie*…, s. 16. Autorzy ci wskazują, że przepis ten należałoby interpretować w kontekście projektowanego art. 21^1 § 1 k.s.h., a więc pomimo takiej treści art. 21^1 § 3 można uznać, że członkowie organów spółek zależnych będą musieli uwzględniać wskazany tam interes spółki zależnej oraz uzasadnione interesy wierzycieli i wspólników mniejszościowych tej spółki. Niemniej jednak w projekcie nowelizacji Kodeksu spółek handlowych nie sformułowano jednoznacznie obowiązku rzeczywistego, całościowego wyrównania w określonych ramach czasowych poszczególnych niezgodnych ze sobą interesów.
[310] W uzasadnieniu projektu nowelizacji k.s.h. z 2010 r. wskazywano, że możliwe są dwa warianty regulacji prawa holdingowego, tj. wariant pełnej regulacji oraz wariant braku regulacji lub regulacji ograniczonej (szczątkowej). W uzasadnieniu tym czytamy, że: „wariant pierwszy występuje zdecydowanie rzadziej w ramach prawa krajowego państw należących do Unii Europejskiej. Chodzi tu w szczególności o regulację niemiecką (§ 291–337 Aktiengesetz z 6.09.1965 r.), portugalską (art. 488–508 Decreto Lei 262/86 z 2.09.1986 r.), słoweńską (art. 460–569 ustawy o spółkach gospodarczych z 10.06.1993 r.) a ostatnio też czeską (§ 190 a. – § 190 d. kodeksu handlowego z 1991 r. ze zm.)". Niemniej jednak ze względu na negatywne doświadczenia praktyczne krajów, które przyjęły wariant pełnej regulacji prawa holdingowego, polegające na pojawieniu się nowych, dodatkowych wątpliwości prawnych w następstwie takiej regulacji, proponowana nowelizacja k.s.h. z 2010 r. przewidywała wyłącznie wariant ograniczonej regulacji prawnej.

grupa spółek. Taka definicja nakładała na sądy konieczność weryfikacji *ad casum*, czy w danych okolicznościach rzeczywiście mielibyśmy do czynienia z zaplanowaną strategią spółki dominującej.

Abstrahując jednak od kwestii formalnych, z perspektywy niniejszego opracowania, kluczową kwestią jest, czy proponowana nowelizacja Kodeksu spółek handlowych zapewnia możliwość sprawnego funkcjonowania grupy kapitałowej, przy jednoczesnej ochronie interesów akcjonariuszy i wierzycieli spółek zależnych.

Kluczową kwestią jest to, czy nowelizacja ta doprowadziłaby do zrównoważenia interesu grupy spółek z interesem jej uczestników (w tym przede wszystkim z interesem spółki zależnej oraz wierzycieli i akcjonariuszy spółek zależnych). Należy zwrócić uwagę, że nowelizacja ta przewidywała obowiązek uwzględnienia przez spółkę dominującą oraz przez spółkę zależną okoliczności, czy ich działanie bądź zaniechanie „nie narusza uzasadnionych interesów wierzycieli i wspólników mniejszościowych spółki zależnej". Ocena tego, czy nie dochodzi do naruszenia uzasadnionych interesów powinna być dokonywana przez zarząd spółki dominującej z uwzględnieniem okoliczności faktycznych działalności prowadzonej przez spółkę, a następnie ocena ta mogłaby być weryfikowana przez sądy orzekające w ramach konkretnej sprawy. Tym samym, w mojej ocenie, treść projektowanego art. 21^1 § 1 *in fine* k.s.h. stwarzałaby dla polskiej judykatury podstawę do zastosowania na tle prawa polskiego konstrukcji odpowiedzialności przebijającej. Odpowiedzialność ukształtowana w art. 21^1 § 1 k.s.h. miałaby stanowić odpowiedzialność odszkodowawczą o charakterze deliktowym[311].

Jak się wydaje, proponowana nowelizacja nakładałaby ciężar dowodu na akcjonariuszy mniejszościowych i wierzycieli spółki, którzy powinni wykazać w analizowanym przypadku spełnienie się wszystkich przesłanek odpowiedzialności deliktowej. Zaproponowane rozwiązanie miałoby zabezpieczać interesy wierzycieli spółek zależnych i wspólników mniejszościowych spółki zależnej przez przyznanie im szczególnego roszczenia względem spółki dominującej o naprawienie szkody. Jak widać, zaproponowane rozwiązanie opiera się na założeniu, że ograniczenie autonomii spółki zależnej przez spółkę dominującą powinno skutkować szczególną odpowiedzialnością spółki dominującej. W literaturze przedmiotu podnosi się jednak, że nie jest jednoznaczne, jakie sankcje przewidywałby ustawodawca w przypadku naruszenia interesów wierzycieli spółki zależnej lub jej wspólników mniejszościowych. Wydaje się, że omawiana nowelizacja powinna wprost przyznawać wierzycielom kapitałowych spółek zależnych i wspólnikom mniejszościowym spółki zależnej szczególne roszczenie odszkodowawcze względem spółki dominującej. Możliwość skutecznego podniesienia roszczenia odszkodowawczego powinna – w mojej ocenie – prowadzić do wykorzystania mechanizmów zbliżonych z perspektywy skutków ekonomicznych do mechanizmów odpowiedzialności przebijającej, tj. do sytuacji, w której odpowiedzialność za zobowiązania określonych podmiotów rozciągałaby się na majątek spółki dominującej. Rozwiązanie to byłoby zgodne z trendami

[311] Należy jednak zwrócić uwagę, że w polskiej literaturze przedmiotu kontrowersyjna pozostaje kwestia, czy naruszenia zaproponowanego w art. 21^1 § 1 k.s.h. obowiązku uwzględniania uzasadnionych interesów wierzycieli spółki zależnej zostało powiązane ze specjalną odpowiedzialnością koncernową spółki dominującej za zobowiązania spółki zależnej względem wierzycieli tej ostatniej spółki – za takim rozwiązaniem opowiada się A. Szumański, *Spór*…, s. 15; odmiennie: R.L. Kwaśnicki, *Prawo*…, s. 26.

panującymi obecnie w państwach członkowskich UE[312]. Bezsprzecznie jednak, w przypadku przyjęcia do polskiego porządku prawnego rozwiązań zbliżonych do wskazanych w projekcie nowelizacji, równoważenie interesu grupy spółek z interesem spółki zależnej, a także z interesem spółki dominującej będzie przede wszystkim zadaniem judykatury. Tym samym, wskazane byłoby precyzyjne uregulowanie w ustawie zakresu możliwej odpowiedzialności dominującej oraz przesłanek warunkujących zaistnienie tej odpowiedzialności.

Zwraca też uwagę fakt, że twórcy projektu nowelizacji nie przewidzieli prawa wspólników mniejszościowych do wyjścia ze spółki w przypadku złożenia oświadczenia koncernowego, o którym mowa w art. 21^1 § 2 k.s.h., czy zarejestrowania grupy spółek. W uzasadnieniu projektu nowelizacji wskazano, że obecnie obowiązujące przepisy prawa już umożliwiają „wyjście" drobnego akcjonariusza z zależnej spółki akcyjnej[313]. Dodatkowo, brak prawa wspólników mniejszościowych do wyjścia ze spółki tłumaczono obawami przed zbytnim osłabieniem pozycji gospodarczej spółki dominującej[314]. Niemniej jednak wydaje się, że ten wybór aksjologiczny można obronić przez wskazanie, iż straty i korzyści miałyby być wyrównane w dłuższej perspektywie czasowej. W świetle projektowanych norm ochronę mniejszości spółki zależnej miałyby zapewnić w pierwszej kolejności zasady realizacji tzw. interesu grupy spółek wynikające z uregulowanej w tej nowelizacji koncepcji interesu grupy spółek, a ponadto dwa dodatkowe środki ochronne – szczególne obowiązki informacyjne zarządu spółki zależnej oraz szczególny audyt grupy spółek.

Omawiana nowelizacja przedstawiła propozycję regulacji mającą nie tylko doniosłość dla prawa spółek w Polsce. Propozycja ta jest ciekawa i stanowi interesujący materiał do dyskusji na temat przyszłej regulacji prawa holdingowego w naszym kraju. W mojej ocenie prace legislacyjne nad regulacją prawa grup spółek powinny zostać wznowione, niemniej projekt regulacji powinien jasno określać zasady ochrony wierzycieli spółek zależnych oraz jej akcjonariuszy. Zwraca bowiem uwagę to, że wiele spółek prowadzących działalność w Polsce stanowi element międzynarodowych struktur kapitałowych, w związku z tym niezbędne byłoby jasne określenie konsekwencji związanych z naruszeniem interesów podmiotów, których interesy mogą być odmienne od interesów akcjonariuszy dominujących określonej grupy spółek.

V. PRZEPISY PRAWA KONKURENCJI A ZAGADNIENIE ODPOWIEDZIALNOŚCI PRZEBIJAJĄCEJ

1. Uwagi wprowadzające

Koncepcja jednego organizmu gospodarczego (*single economic unit*) jest nierozerwalnie wpisana w reguły ochrony konkurencji[315]. Przepisy prawa antymonopolowego mają chronić konkurencję, w związku z tym niezbędnym elementem treści

[312] Zob. *Report*…, s. 59 i n.
[313] Zob. uzasadnienie projektu nowelizacji k.s.h. z 2010 r., s. 7, pkt A. 6.
[314] Zob. uzasadnienie projektu nowelizacji k.s.h. z 2010 r., s. 7, pkt A. 6.
[315] Szerzej w zakresie koncepcji jednego organizmu gospodarczego zob. P. Semeniuk, *Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji*, Warszawa 2015, s. 19.

każdej hipotezy normy prawa antymonopolowego jest wyodrębnienie podmiotów pomiędzy którymi konkurencja zachodzi, jest ograniczona lub zgoła nie istnieje[316]. Wspomniane „podmioty" są przez jurysdykcje antymonopolowe różnorako nazywane. Przykładowo, w prawie ochrony konkurencji Unii Europejskiej centralną funkcję pełni pojęcie „przedsiębiorstwo" (*undertaking*). Artykuł 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej[317] stanowi o „porozumieniach między przedsiębiorstwami", art. 102 TFUE – zakazuje nadużywania pozycji dominującej przez „jedno lub więcej przedsiębiorstw"[318]. Z kolei z pojęciem przedsiębiorstwa nieodłącznie wiąże się zagadnieniem tzw. granic przedsiębiorstwa (*boundaries of an undertaking*), tj. tego, jak obrazowo określił to W. Wils, kiedy „kończy się jedno przedsiębiorstwo, a zaczyna następne"[319]. Na gruncie zagadnienia granic przedsiębiorstwa doktryna europejskiego prawa konkurencji zgodnie podkreśla, że: „prawny status lub forma prawna podmiotu (*entity*) jest bez znaczenia" dla ustalenia tego, jaki podmiot jest „przedsiębiorstwem"[320]. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego jest próbą rozwiązania problemów związanych z pojęciem „przedsiębiorstwo" – kilka z pozoru samodzielnych prawnie podmiotów może bowiem w istocie stanowić właśnie „jeden organizm gospodarczy"[321]. Co istotne, część doktryny europejskiego prawa konkurencji podkreśla podobieństwa pomiędzy doktryną *piercing of corporate veil* a koncepcją jednego organizmu gospodarczego, szczególnie w zakresie przypisania odpowiedzialności za naruszenie prawa antymonopolowego[322].

W dniu 27.06.017 r. weszła w życie ustawa z 21.04.2017 r. o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji[323]. Ustawa ta stanowi implementację dyrektywy 2014/104/UE[324] (tzw. dyrektywy odszkodowawczej), która stanowi podsumowanie blisko 10-letnich prac prowadzonych przez organy unijne w celu harmonizacji standardów dochodzenia roszczeń o naprawienie szkody wynikłej z naruszenia prawa konkurencji i uwzględnia obszerne orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej dotyczące prywatnoprawnych konsekwencji antykonkurencyjnych praktyk[325]. Niemniej jednak należy zwrócić uwagę, że w trakcie prac nad przygotowaniem dyrektywy 2014/104/UE w wielu państwach członkowskich UE wznowiono debatę dotyczącą tego, czy dopuszczalne jest zastosowanie mechanizmów zbliżonych do odpowiedzialności przebijającej w przypadku wdrażania prywatnoprawnych mechanizmów ochrony prawa

[316] P. Semeniuk, *Koncepcja*…, s. 19.
[317] Dz.Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 47 – dalej TFUE.
[318] P. Semeniuk, *Koncepcja*…, s. 19.
[319] W. Wils, *The Undertaking as Subject of E.C. Competition Law and the Imputation of Infringements to Natural or Legal Persons*, „European Law Review" 2000/2, Vol. 25, s. 100.
[320] A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*, Oksford 2011, s. 126.
[321] P. Semeniuk, *Koncepcja*…, s. 21.
[322] Zob. w szczególności M. Bronckers, A. Vallery, *No Longer Presumed Guilty? The Impact of Fundamental Rights on Certain Dogmas of EU Competition Law*, „World Competition: Law and Economics Review" 2011/4, Vol. 34, s. 557–567.
[323] Dz.U. z 2017 r. poz. 1132 – dalej u.r.n.s.
[324] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/104/UE z 26.11.2014 r. w sprawie niektórych przepisów regulujących dochodzenie roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji państw członkowskich i Unii Europejskiej, objęte przepisami prawa krajowego (Dz.Urz. UE L 349, s. 1–19) – dalej dyrektywa 2014/104/UE.
[325] Uzasadnienie projektu ustawy o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji, s. 1, http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=1370 (dostęp: 22.02.2018 r.).

konkurencji[326]. Podstawą do tej dyskusji była treść art. 1 dyrektywy 2014/104/UE[327] oraz pkt 13 preambuły do tej dyrektywy[328].

Nie jest możliwe, aby w ramach niniejszego opracowania szczegółowo omówić wszystkie postanowienia ustawy o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji. Z tego powodu autorka zdecydowała się omówić tylko najważniejsze kwestie z punktu widzenia tematu pracy. Jednym z jej celów badawczych jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy na ewentualne uregulowanie odpowiedzialności podmiotów dominujących w prawie polskim wpływają rozwiązania zawarte w tej ustawie, a jeśli tak, to w jaki sposób. Przed udzieleniem odpowiedzi na to pytanie niezbędne jest przedstawienie rozwiązań prawnych, które zostały w niej przewidziane.

2. Regulacje ustawy o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji

Zgodnie z art. 1 u.r.n.s. ustawa ta określa zasady odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez naruszenie prawa konkurencji oraz zasady dochodzenia roszczeń o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji w postępowaniu cywilnym. Celem ustawy jest umożliwienie dochodzenia na drodze prywatnoprawnej naprawienia szkody spowodowanej naruszeniem prawa konkurencji (prawa publicznego). Nowe regulacje mają zapewniać lepszą ochronę jednostce oraz umożliwiać skuteczniejsze zwalczanie praktyk ograniczających konkurencję na rynku (tzw. *private enforcement*). Ustawa wprowadza zarówno materialnoprawne, jak i procesowe odrębności w zakresie odpowiedzialności odszkodowawczej i dochodzenia roszczeń odszkodowawczych. Nowe przepisy przewidują też *explicite* związanie sądu rozpoznającego sprawę o odszkodowanie decyzją prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję lub prawomocnym wyrokiem wydanym w wyniku wniesienia środka odwoławczego od takiej decyzji[329].

Artykuł 2 pkt 1 u.r.n.s. definiuje naruszenia prawa konkurencji jako naruszenie zakazów określonych w art. 101[330] lub art. 102[331] TFUE lub zakazów określonych

[326] Zob. https://gettingthedealthrough.com/intelligence/46/article/5096/cartels-private-damages-action (dostęp: 1.12.2017 r.).

[327] Art. 1 dyrektywy 2014/104/UE przewiduje, że: „dyrektywa ustanawia określone przepisy niezbędne do zapewnienia, **by każdy, kto poniósł szkodę wynikającą z naruszenia prawa konkurencji przez przedsiębiorstwo lub związek przedsiębiorstw, mógł skutecznie korzystać z prawa dochodzenia od tego przedsiębiorstwa lub związku pełnego odszkodowania z tytułu tej szkody**. Ustanawia ona przepisy sprzyjające niezakłóconej konkurencji na rynku wewnętrznym oraz usuwające przeszkody w jego właściwym działaniu, zapewniając równoważną ochronę w całej Unii każdemu, kto poniósł taką szkodę" (wszystkie podkr. – autorki).

[328] Zgodnie z pkt 13 preambuły dyrektywy 2014/104/UE: „z prawa do odszkodowania mogą korzystać osoby fizyczne lub prawne – konsumenci, przedsiębiorstwa oraz organy publiczne – **bez względu na to, czy łączą je bezpośrednie stosunki umowne z przedsiębiorstwem będącym sprawcą naruszenia,** oraz niezależnie od tego, czy organ ochrony konkurencji stwierdził wcześniej naruszenie prawa. Niniejsza dyrektywa nie powinna wymagać od państw członkowskich wprowadzania mechanizmów zbiorowego dochodzenia roszczeń w celu wykonania art. 101 i 102 TFUE. Bez uszczerbku dla odszkodowania z tytułu utraconych możliwości pełne odszkodowanie na mocy niniejszej dyrektywy nie powinno prowadzić do nadwyżki odszkodowania, ani w drodze odszkodowania karnego, ani odszkodowania wielokrotnego, ani innego rodzaju odszkodowania".

[329] Zob. art. 30 u.r.n.s.

[330] Zgodnie z art. 101 ust. 1 TFUE: „niezgodne z rynkiem wewnętrznym i zakazane są: wszelkie porozumienia między przedsiębiorstwami, wszelkie decyzje związków przedsiębiorstw i wszelkie praktyki uzgodnione, które mogą mieć wpływ na handel między Państwami Członkowskimi i których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz rynku wewnętrznego, a w szczególności te, które polegają na: a) ustalaniu w sposób bezpośredni lub pośredni cen zakupu lub sprzedaży albo in-

w art. 6[332] lub art. 9[333] u.o.k.k. Co więcej, w przypadku odpowiedzialności za czyn niedozwolony, który polega na naruszeniu zakazu porozumień ograniczających konkurencję oraz zakazu nadużywania pozycji dominującej, zostało wprowadzone domniemanie winy sprawcy szkody oraz związku przyczynowego między szkodą a zachowaniem naruszającym reguły konkurencji[334]. Domniemanie to stanowi odstępstwo od cywilistycznej zasady odpowiedzialności za czyn niedozwolony, która głosi, że szkodę należy udowodnić. Domniemanie wprowadzone w ustawie oznacza, że to sprawca, aby uwolnić się od odpowiedzialności, musi dowieść brak szkody lub związku przyczynowo-skutkowego między uszczerbkiem poniesionym przez powoda a naruszeniem prawa ochrony konkurencji przez sprawcę.

Zgodnie z art. 3 u.r.n.s. sprawca naruszenia jest obowiązany do naprawienia szkody wyrządzonej „komukolwiek" przez naruszenie prawa konkurencji, chyba że nie ponosi winy. Tym samym, odpowiedzialność sprawcy naruszenia jest oparta na zasadzie winy. W związku z art. 10 u.r.n.s., który w zakresie nieregulowanym w ustawie dotyczącym zasad odpowiedzialności odsyła do przepisów Kodeksu cywilnego[335] o czynach niedozwolonych, należy uznać, że art. 3 u.r.n.s. stanowi szczególny delikt. Odpowiedzialność na tej podstawie zatem ma charakter deliktowy.

---

nych warunków transakcji; b) ograniczaniu lub kontrolowaniu produkcji, rynków, rozwoju technicznego lub inwestycji; c) podziale rynków lub źródeł zaopatrzenia; d) stosowaniu wobec partnerów handlowych nierównych warunków do świadczeń równoważnych i stwarzaniu im przez to niekorzystnych warunków konkurencji; lub e) uzależnianiu zawarcia kontraktów od przyjęcia przez partnerów zobowiązań dodatkowych, które ze względu na swój charakter lub zwyczaje handlowe nie mają związku z przedmiotem tych kontraktów".

331 Zgodnie z art. 102 TFUE: „niezgodne z rynkiem wewnętrznym i zakazane jest nadużywanie przez jedno lub większą liczbę przedsiębiorstw pozycji dominującej na rynku wewnętrznym lub na znacznej jego części, w zakresie, w jakim może wpływać na handel między Państwami Członkowskimi. Nadużywanie takie może polegać w szczególności na: a) narzucaniu w sposób bezpośredni lub pośredni niesłusznych cen zakupu lub sprzedaży albo innych niesłusznych warunków transakcji; b) ograniczaniu produkcji, rynków lub rozwoju technicznego ze szkodą dla konsumentów; c) stosowaniu wobec partnerów handlowych nierównych warunków do świadczeń równoważnych i stwarzaniu im przez to niekorzystnych warunków konkurencji; d) uzależnianiu zawarcia kontraktów od przyjęcia przez partnerów zobowiązań dodatkowych, które ze względu na swój charakter lub zwyczaje handlowe nie mają związku z przedmiotem tych kontraktów".

332 Ustawa z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (obecnie Dz.U. z 2018 r. poz. 798 ze zm.) – dalej u.o.k.k. Zgodnie z art. 6 ust. 1 u.o.k.k.: „zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na: 1) ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów; 2) ograniczaniu lub kontrolowaniu produkcji lub zbytu oraz postępu technicznego lub inwestycji; 3) podziale rynków zbytu lub zakupu; 4) stosowaniu w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednolitych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji; 5) uzależnianiu zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy; 6) ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem; 7) uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny".

333 Zgodnie z art. 9 ust. 1 u.o.k.k.: „zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców". Natomiast zgodnie z art. 9 ust. 2 u.o.k.k.: „nadużywanie pozycji dominującej polega w szczególności na: 1) bezpośrednim lub pośrednim narzucaniu nieuczciwych cen, w tym cen nadmiernie wygórowanych albo rażąco niskich, odległych terminów płatności lub innych warunków zakupu albo sprzedaży towarów; 2) ograniczeniu produkcji, zbytu lub postępu technicznego ze szkodą dla kontrahentów lub konsumentów; 3) stosowaniu w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednolitych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji; 4) uzależnianiu zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy; 5) przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji; 6) narzucaniu przez przedsiębiorcę uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści; 7) podziale rynku według kryteriów terytorialnych, asortymentowych lub podmiotowych".

334 Zob. art. 3 i 7 u.r.n.s.

335 Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2018 r. poz. 1025 ze zm.) – dalej k.c.

Należy także zwrócić uwagę, że zakres podmiotowy uprawnienia do odszkodowania jest rozszerzony w stosunku do klasycznej odpowiedzialności deliktowej przewidzianej w przepisach Kodeksu cywilnego. Jak zauważono w uzasadnieniu projektu ustawy, „na tle ogólnych przepisów o odpowiedzialności deliktowej zawartych w Kodeksie cywilnym dominuje pogląd, iż uprawniona do odszkodowania jest tylko osoba bezpośrednio dotknięta skutkami zdarzenia szkodzącego"[336]. Tym samym, w ocenie ustawodawcy zastrzeżenie „komukolwiek" jest niezbędne w celu umożliwienia tzw. pośrednio poszkodowanym przez naruszenie prawa konkurencji dochodzenia odszkodowania[337]. Konieczność zapewnienia przez państwa członkowskie możliwości dochodzenia odszkodowania przez tzw. pośrednio poszkodowanych przez naruszenie prawa konkurencji została przewidziana w art. 12 dyrektywy 2014/104/UE. Powyższe oznacza, że podmiotami uprawnionymi do dochodzenia odszkodowań na gruncie omawianej ustawy są zarówno osoby bezpośrednio, jak i pośrednio poszkodowane danym naruszeniem. Co więcej, w art. 4 u.r.n.s. domniemanie przewiduje, że poszkodowany przez naruszenie prawa ochrony konkurencji bezpośredni nabywca towarów lub usług przerzucił nadmierne obciążenie spowodowane naruszeniem na swojego odbiorcę, czyli tzw. nabywcę pośredniego. Na domniemanie to może powołać się wyłącznie nabywca pośredni, który dochodzi naprawienia szkody wynikającej z przerzucenia na niego nadmiernego obciążenia.

Przy okazji warto zwrócić uwagę, że ustawa o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji przewidziała również ustawową definicję pojęcia kartelu. Zgodnie z art. 2 pkt 3 u.r.n.s. kartel to „porozumienie lub praktyki uzgodnione przez co najmniej dwóch przedsiębiorców, którzy są wobec siebie konkurentami, zmierzające do koordynowania działań konkurencyjnych na rynku lub wpływania na istotne czynniki konkurencji, w szczególności polegające na ustalaniu lub koordynowaniu cen zakupu lub sprzedaży lub innych warunków transakcji handlowych, w tym dotyczących praw własności intelektualnej, ustalaniu poziomu produkcji lub sprzedaży, podziale rynków i klientów, w tym na zmowie przetargowej, ograniczeniu przywozu lub wywozu lub działaniach antykonkurencyjnych podejmowanych przeciwko innym konkurentom". Na sprawców naruszenia prawa konkurencji, będących uczestnikami zdefiniowanego porozumienia kartelowego, została nałożona solidarna odpowiedzialność odszkodowawcza z tytułu szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji[338]. W prawie unijnym prawo do dochodzenia roszczeń z tytułu naruszenia reguł konkurencji zostało wyartykułowane wyraźnie po raz pierwszy w orzecznictwie, mianowicie w wyroku Trybunału Sprawiedliwości (TS) sprawie Courage[339], gdzie w sposób precyzyjny ustanowiono przesłanki powstania odpowiedzialności odszkodowawczej za naruszenie reguł konkurencji, a następnie potwierdzone w wyroku w sprawie Manfredi[340]. Odpowiedzialność na podstawie

[336] Uzasadnienie…, s. 8.
[337] Uzasadnienie…, s. 8.
[338] A. Milewska, *Solidarna odpowiedzialność sprawców naruszenia prawa konkurencji przewidziana w projekcie ustawy o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji z 7 lutego 2017 r. – aspekt podmiotowy*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2017/1(6), s. 61.
[339] Wyrok TS z 20.09.2001 r. w sprawie C-453/99, Courage Ltd przeciwko Bernard Crehan i Bernard Crehan przeciwko Courage Ltd i innym, EU:C:2001:465.
[340] Wyrok TS z 13.07.2006 r. w sprawach połączonych C-295/04 do C-298/04, Vincenzo Manfredi przeciwko Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA (C-295/04), Antonio Cannito przeciwko Fondiaria Sai SpA (C-296/04) i Nicolò Tricarico (C-297/04) i Pasqualina Murgolo (C-298/04) przeciwko Assitalia SpA, EU:C:2006:461.

art. 3 u.r.n.s. ma – co do zasady – charakter solidarny, tj. za całość szkody odpowiedzialność ponoszą wszyscy naruszyciele. Solidarna odpowiedzialność naruszycieli znajduje swoje oparcie w art. 441 § 1 k.c., zgodnie z którym, jeżeli kilka osób ponosi odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną czynem niedozwolonym, to ich odpowiedzialność jest solidarna. Istotą powstania tej odpowiedzialności jest wspólne działanie lub zaniechanie osób wyrządzających szkodę, które doprowadzają tym samym do wyrządzenia szkody[341]. W konsekwencji poszkodowany, nawet jeśli kupował towary tylko w jednej spółce, może pozwać wszystkie uczestniczące w nielegalnym porozumieniu, bo odpowiadają one solidarnie. Solidarność ta może być jednak ograniczona w przypadku małych i średnich przedsiębiorców, te odpowiadają bowiem tylko wobec swoich nabywców, chyba że mały lub średni przedsiębiorca odgrywał kierowniczą rolę w naruszeniu prawa konkurencji lub nakłonił innych przedsiębiorców do udziału w tym naruszeniu lub uprzednio organ ochrony konkurencji lub sąd stwierdził naruszenie przez niego prawa konkurencji[342]. Rygor solidarności został również złagodzony w stosunku do podmiotu zwolnionego z kary w ramach programu łagodzenia kar[343].

Artykuł 9 u.r.n.s. przewiduje też dłuższy termin przedawnienia roszczeń za naruszenie prawa konkurencji. Roszczenia te będą się przedawniać z upływem 5 lat (zgodnie z Kodeksem cywilnym termin przedawnienia wynosi trzy lata) od dnia, w którym poszkodowany dowiedział się – albo przy zachowaniu należytej staranności mógł się dowiedzieć – o szkodzie i o osobie obowiązanej do jej naprawienia. Co istotne, bieg tego terminu nie rozpoczyna się przez czas trwania naruszenia. W żadnym jednak przypadku termin przedawnienia nie może być dłuższy niż 10 lat od dnia, w którym zaprzestano naruszenia. Bieg przedawnienia ulega zawieszeniu z chwilą wszczęcia postępowania wyjaśniającego lub antymonopolowego, którego przedmiotem jest naruszenie prawa konkurencji będące podstawą roszczenia o naprawienie szkody. Zawieszenie to ustaje po upływie jednego roku od dnia uprawomocnienia się orzeczenia stwierdzającego naruszenie prawa konkurencji lub zakończenia postępowania w inny sposób.

Ustawodawca w treści ustawy o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji określił też zasady dochodzenia roszczeń o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji w postępowaniu cywilnym. Zasady te mają głównie charakter proceduralny i jako nieodnoszące się do kwestii materialnoprawnych zostaną tu pominięte.

3. Ustawa o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji a koncepcja odpowiedzialności przebijającej

Ustawa o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji przewiduje możliwość dochodzenia odszkodowania zarówno przez

[341] Za dominujący należy przy tym uznać pogląd, że zobowiązania solidarne, zgodnie z art. 441 k.c., powstaje nie tylko w przypadku współsprawstwa w znaczeniu przedmiotowym i podmiotowym, lecz także gdy odpowiedzialność w stosunku do każdej z osób oparta jest na innej podstawie deliktowej, w tym również na innej zasadzie odpowiedzialności. Tak: M. Safjan [w:] *Kodeks cywilny*, t. 1, *Komentarz. Art. 1–449[10]*, red. K. Pietrzykowski, Legalis 2015, komentarz do art. 441, nb 7, z powołaniem na W. Czachórskiego [w:] *System prawa cywilnego*, t. III, cz. 1, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. Z. Radwański, Wrocław 1981, s. 339.

[342] Zob. art. 5 ust. 1 u.r.n.s.

[343] Zob. art. 5 ust. 2 u.r.n.s.

osoby bezpośrednio, jak i pośrednio poszkodowane naruszeniem prawa konkurencji. Niemniej jednak odpowiedzialność uczestników porozumienia kartelowego ma odmienny charakter od modelowych przypadków zastosowania mechanizmów odpowiedzialności przebijającej, uwzględniającej odpowiedzialność podmiotów dominujących za zobowiązania ich podmiotów zależnych.

Zwracając uwagę na różnice pomiędzy odpowiedzialnością za naruszenie prawa konkurencji przewidzianą w ustawie o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji a odpowiedzialnością przebijającą, należy wskazać następujące argumenty. Po pierwsze, celem wprowadzenia solidarnej odpowiedzialności uczestników porozumienia kartelowego względem osób zarówno bezpośrednio, jak i pośrednio poszkodowanych naruszeniem prawa konkurencji jest uniemożliwienie stronom uniknięcia odpowiedzialności związanej z naruszeniem prawa konkurencji, a jednocześnie zapewnienie odstraszającego efektu dla kar nakładanych przez organy antymonopolowe. W konsekwencji wszyscy uczestnicy porozumienia naruszającego przepisy prawa konkurencji mogą ponieść odpowiedzialność odszkodowawczą za naruszenie prawa konkurencji, niezależnie od tego, czy stanowią grupę kapitałową. Po drugie, solidarna odpowiedzialność uczestników porozumienia kartelowego sprawia, że podmioty pokrzywdzone działaniem członków porozumienia mogą domagać się zapłaty całości szkody od któregokolwiek z członków porozumienia kartelowego. Po trzecie, członkowie porozumienia kartelowego ponoszą solidarną odpowiedzialność za swoje działania, a nie za działania swoich podmiotów zależnych. Niemniej jednak odnosząc się do podobieństw pomiędzy odpowiedzialnością za naruszenie prawa konkurencji przewidzianą w ustawie o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji a odpowiedzialnością przebijającą, należy zwrócić uwagę, że w jednym i w drugim przypadku odpowiedzialność ma cel przede wszystkim kompensacyjny.

W doktrynie *piercing of corporate veil* chodzi przede wszystkim o swego rodzaju ukaranie wspólnika za nadużycie formy prawnej spółki kapitałowej. Koncepcja odpowiedzialności przebijającej związanej z nadużyciem formy prawnej spółki kapitałowej z założenia więc obejmuje sytuacje wyjątkowe. Z kolei, rozwiązania zawarte w ustawie o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji mają na celu upowszechnienie prywatnoprawnego systemu dochodzenia oszczeń odszkodowawczych od uczestników karteli. O sposobie stosowania tych przepisów w praktyce przez sądy cywilne przekonamy się dopiero wraz z ukształtowaniem się pewnej praktyki w stosowaniu poszczególnych mechanizmów przewidzianych przez wspomnianą ustawę. W konsekwencji rozwiązania w niej zawarte nie powinny wpłynąć na ewentualne uregulowanie odpowiedzialności podmiotów dominujących w prawie polskim.

VI. WNIOSKI KOŃCOWE

Od kilku lat w polskiej doktrynie ma miejsce dyskusja na temat uregulowania na poziomie ustawowym prawa grup spółek. Obecna polska regulacja kwestii związanych z funkcjonowaniem grup spółek, a w szczególności z ochroną interesów zagrożonych przez działalność w formie grupy (przede wszystkim wspólników

mniejszościowych i wierzycieli spółek zależnych) budzi istotne wątpliwości. *De lege lata* przepisy polskiego prawa spółek nie przewidują instrumentów prawnych, które skutkowałyby trwałą relatywizacją prawnej odrębności spółek kapitałowych tworzących grupę kapitałową. Wierzyciele spółki zależnej mogą jedynie kierować roszczenia odszkodowawcze przeciwko wspólnikowi dominującemu, któremu zostanie wykazany zamiar wyrządzenia szkody wierzycielom bądź występować ze skargami pauliańskimi. Ograniczenia wynikające z konstrukcji odpowiedzialności odszkodowawczej oraz trudności dowodowe powodują, że pozycja wierzycieli okazuje się słaba. Konstatacja ta nie oznacza jednak, że w prawie polskim nie istnieją obecnie instrumenty prawne pozwalające na prawną relatywizację odrębności spółek kapitałowych. Jak wskazuje A. Opalski, przypadek taki ma miejsce w bankowej grupie kapitałowej działającej na podstawie ustawy z 14.06.1996 r. o łączeniu i grupowaniu niektórych banków w formie spółki akcyjnej[344]. Przepisy ustawy utraciły już znaczenie praktyczne, niemniej jednak dalej jak najbardziej zasadna wydaje się dyskusja o możliwości wprowadzenia tego typu mechanizmów do polskiego prawa spółek.

Zwraca uwagę to, że w przypadku grup spółek istnieje ryzyko, iż podmiot dominujący będzie dążył do zmajoryzowania spółek zależnych i będzie chciał wykorzystać relacje holdingowe wyłącznie do realizacji własnego interesu. Z kolei podmiot zależny, jego wspólnicy mniejszościowi i wierzyciele mają swoje własne interesy, niekoniecznie zgodne z polityką gospodarczą ogółu zgrupowania. W tego typu sytuacjach istnieje duże ryzyko konfliktu interesów. W razie wystąpienia tego rodzaju rozbieżności potrzeb i dążeń, funkcjonariusze spółek należących do grupy stają przed poważnym problemem: czy podjąć decyzję racjonalną gospodarczo, a więc zgodną z interesem holdingu, i w rezultacie narazić się na poniesienie odpowiedzialności cywilnej lub karnej czy też kierować się wyłącznie interesem „swojej" spółki, nie uwzględniając potrzeb uczestników grupy. Wydaje się, że przepisy prawa spółek powinny uwzględniać faktyczną możliwość prowadzenia działalności gospodarczej w formie grupy spółek oraz mitygować ryzyka prawne z tym związane.

Zasada prawnej odrębności spółek kapitałowych znajduje silne umocowanie normatywne i aksjologiczne. Zasada ta nie ma jednak charakteru absolutnego. Łatwo wyobrazić sobie stany faktyczne, w których relatywizacja prawnej odrębności spółki mogłaby się okazać dopuszczalna i wskazana. Niekiedy podmiotowość spółek kapitałowych pozwala wspólnikom osiągać nieuzasadnione korzyści. Nie jest także wykluczona sytuacja odwrotna, w której prawna odrębność jest źródłem nadmiernych obciążeń dla wspólników. Niemniej zastosowanie mechanizmów odpowiedzialności przebijającej w ramach grup spółek może mieć jednak miejsce tylko wyjątkowo, w określonych przez ustawodawcę okolicznościach. Sądy muszą być w stanie odnaleźć równowagę między dążeniem do interpretacji granic podmiotowości spółek przez pryzmat dyrektyw słuszności a potrzebą ochrony wyjściowej zasady odrębności spółek kapitałowych.

[344] Dz.U. z 1996 r. Nr 90, poz. 406 ze zm. Zob. A. Opalski, *Prawo*…, s. 481–482.

Abstract

Magdalena Zmysłowska, *Piercing the corporate veil in US and Italian law*

The paper discusses issues relating to piercing of the corporate veil in the context of protecting company creditors. The notion of piercing the corporate veil comprises any situations when a company's autonomy vis-a-vis the members or that of the members vis-a-vis the company or other related entities is somewhat relativised due to finding circumstances that prove an abuse of the norms concerning separate legal personality of a company. The purpose of this mechanism in some legal orders is an attempt at eliminating dishonest actions of such entities that abuse the privilege of legal personality. Therefore, the piercing of the corporate veil is a response to the demands of economic transactions and is intended to ensure additional protection to creditors of companies or creditors of members of companies. Within the framework of the paper, the issues relating to piercing the corporate veil are analysed in the context of US and Italian law. In the discussion of the particularities of the US system, the basic theories of piercing of the corporate veil formulated by US legal scholars are presented, along with the way these theories are applied in those states where judgments relating to piercing the corporate veil are the most frequent, that is, New York, Texas, California, and Delaware. In turn, the Italian Republic is among the few European states where laws regulating the liability of the parent company to creditors of its subsidiaries were introduced. Consequently, an analysis of the Italian provisions may be important in the context of drawing conclusions for research problems concerning the system of Polish law.

Keywords: *piercing the corporate veil, disregarding the company's legal personality*

Streszczenie

Magdalena Zmysłowska, *Odpowiedzialność przebijająca w prawie amerykańskim i włoskim*

Praca dotyczy zagadnień związanych z odpowiedzialnością przebijającą w kontekście ochrony wierzycieli. Przez pojęcie odpowiedzialności przebijającej rozumiane są wszelkie sytuacje, w których autonomia spółki w stosunku do wspólników bądź wspólników wobec spółki albo innych podmiotów powiązanych ulega pewnej relatywizacji ze względu na stwierdzenie okoliczności nadużycia norm o odrębnej osobowości prawnej spółki. Celem wprowadzenia tej instytucji do niektórych porządków prawnych jest próba wyeliminowania nieuczciwych działań tych podmiotów, którzy nadużywają przywileju osobowości prawnej. Tym samym, odpowiedzialność przebijająca ma służyć potrzebom praktyki obrotu gospodarczego i zapewnieniu dodatkowej ochrony wierzycielom spółek kapitałowych bądź wierzycielom wspólników spółek kapitałowych. W ramach opracowania zdecydowano się na przeanalizowanie zagadnień związanych z odpowiedzialnością przebijającą występujących w prawie amerykańskim oraz włoskim. Omawiając specyfikę systemu amerykańskiego, wskazano podstawowe teorie odpowiedzialności przebijającej sformułowane przez przedstawicieli amerykańskiej doktryny oraz wskazano sposób wykorzystania tych doktryn w tych stanach, w których najczęściej zapadają orzeczenia dotyczące piercing the corporate veil, tj. w stanach Nowy Jork, Teksas, Kalifornia oraz Delaware. Z kolei Republika Włoska jest jednym z nielicznych krajów europejskich, w których wprowadzono przepisy prawa regulujące odpowiedzialność spółki dominującej względem wierzycieli spółek zależnych. W konsekwencji analiza przepisów włoskich może mieć znaczenie w kontekście wyciągania ewentualnych wniosków dla problemów badawczych osadzonych w systemie prawa polskiego.

Słowa kluczowe: *odpowiedzialność przebijająca (przebicie zasłony korporacyjnej, piercing the corporate veil), pominięcie osobowości prawnej spółki*

Literatura

1. P. Abbadessa, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, Banca borsa titoli di credito 2008, nr 3;
2. G. Alessi, *L'azione di responsabilità nei gruppi* [w:] Nuovo diritto societario, red. M. de Tilla, G. Alpa, S. Patti, Rzym 2003;
3. J.E. Antunes, *Liability of Corporate Groups. Autonomy and Control in Parent-subsidiary Relationships in US, German and EU law. An International and Comparative Perspective*, Deventer–Boston 1994;
4. P. Balzarini, *La riforma del diritto societario*, Strumenti 30, nr 9–10/2003, http://www.mondadorieducation.it/risorse/media/secondaria_secondo/strumenti/strumenti_30/pp_03_09.pdf; S. Bitossi [red.] *I gruppi cooperativi*, Bolonia 2008;
5. F. Bruno, *Crisi di impresa e responsibilità da fatto illecito delle società alle luce dell'esperienza dei sistemi common law*, niepublikowana rozprawa doktorska, http://www.fedoa.unina.it/774/;
6. P.I. Blumberg, *The Law of Corporate Groups: Substantive Law,* Boston–Toronto 1987;
7. B.I. Blumberg, K.A. Strasser, N.L. Georgakoulos, E.J. Gouvin, *Blumberg on Corporate Groups*, Nowy Jork 2004, Vol. 1, suplement 2014–1;
8. P.I. Blumberg, *Limited Liability and Corporate Groups*, (1986), Faculty Articles and Papers 28, http://digitalcommons.uconn.edu/law_papers/28;
9. P. Błaszczyk, *Ochrona wspólnika mniejszościowego spółki zależnej*, Warszawa 2013;
10. P. Błaszczyk, *Odpowiedzialność cywilna spółki dominującej w projekcie nowelizacji kodeksu spółek handlowych w zakresie grup spółek (cz. I)*, Przegląd Prawa Handlowego 2010, nr 2;
11. P. Błaszczyk, *Odpowiedzialność cywilna spółki dominującej w projekcie nowelizacji kodeksu spółek handlowych w zakresie grup spółek (cz. II)*, Przegląd Prawa Handlowego 2010, nr 3;
12. P. Błaszczyk, *Ochrona wspólników mniejszościowych spółki zależnej należącej do grupy spółek*, Państwo i Prawo 2010, nr 10;
13. M. Bronckers, A. Vallery, *No Longer Presumed Guilty? The Impact of Fundamental Rights on Certain Dogmas of EU Competition Law*, World Competition: Law and Economics Review 2011, nr 4, Vol. 34; M. Callegari, *I gruppi di società* [w:] *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003–2009*, red. G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, Zanichelli 2009;
14. V. Cariello, *The 'Compensation' of Damages with Advantages Deriving from Management and Coordination Activity (Direzione e Coordinamento) of the Parent Company (Article 2497, paragraph 1, Italian Civil Code) – Italian Supreme Court 24 August 2004, no. 16707*, European Company and Financial Law Review 2006, nr 3;
15. M.D. Caudill, *Piercing the Corporate Veil of a New York Not-for-Profit Corporation*, 8 Fordham J Corp & Fin L 449 (2003);
16. W. Czachórski [w:] *System prawa cywilnego*, t. III, cz. 1, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. Z. Radwański, Wrocław 1981;
17. A. Daccò, T. Tatozzi [w:] *Commentario breve al Codice civile*, red. G. Cian, A. Trabucchi, Cedam 2011;
18. G. Domański, J. Schubel, *Krytycznie o projekcie prawa grup spółek*, Przegląd Prawa Handlowego 2011, nr 5;
19. F.H. Easterbrook, D.R. Fischel, *Limited Liability and the Corporation*, University of Chicago Law Review 1985, nr 52;
20. P. Fasciani, *Groups of Companies: Italian Approach*, European Company and Financial Law Review 2007, nr 4;
21. D. Fico, *La responsabilità per esercizio abusivo della responsabilità da direzione e coordinamento*, Le società 2009, nr 1;W.M. Fletcher, *Cyclopedia of the Law of the Corporations*, Vol. 1, Chicago 2015;
22. K. Frelek, *O zasadności unormowania w kodeksie spółek handlowych konstrukcji nadużycia formy spółki*, Zeszyty Prawnicze 2013, nr 2;

23. M.J. Gaertner, *Reverse Piercing the Corporate Veil: Should Corporation Owners Have It Both Ways?*, William & Mary Law Review 1989, nr 3, Vol. 30;
24. F.A. Gevurtz, *Piercing Piercing: An Attempt to Lift the Veil of Confusion Surrounding the Doctrine of Piercing the Corporate Veil* (Winter 1997), 76 Oregon Law Review;
25. M. Grześków, *O możliwości implementacji doktryny "piercing the corporate veil" do polskiego prawa spółek i kryteriach jej stosowania*, Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ 2016, nr 8;
26. F. Guerrera, *'Compiti' e responsabilità del socio di controllo*, Rivista di diritto societario 2009, nr3;
27. S. Gurgol, *Odpowiedzialność wspólnika (akcjonariusza) za zobowiązania spółki kapitałowej w stosunku do jej wierzycieli*, Monitor Prawniczy 2010, nr 20;
28. P. Hommelhoff, J. Schubel, *W sprawie prawa faktycznych grup spółek w Polsce. Uwagi do projektu Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego*, Monitor Prawniczy – dodatek 2011, nr 24;
29. B. Jankowski, *Nadużycie formy prawnej spółki w prawie amerykańskim*, Państwo i Prawo 1996, nr 2;
30. A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*, Oksford 2011;
31. W.J. Katner, U. Promińska [red.], *Prawo handlowe po przystąpieniu Polski do Unii Europejskiej*, Warszawa 2010;
32. J. Kołacz, *Piercing the corporate veil – odpowiedzią na nadużycie formy prawnej spółki? (cz. I)*, Prawo Spółek 2009, nr 5;
33. J. Kołacz, *Piercing the corporate veil – odpowiedzią na nadużycie formy prawnej spółki? (cz. II)*, Prawo Spółek 2009, nr 6;
34. B. Krassowski, K. Kuch, A. Michalska, A. Nartowski, *Prawo o grupach spółek musi nadążać za praktyką – dyskusja z 11.05.2010 r.*, Przegląd Corporate Governance 2010, nr 2;K.L. Kwaśnicki, *„Legalne" działanie na szkodę spółki kapitałowej (z uwzględnieniem projektu nowelizacji k.s.h. z 28 lipca 2009 r.)* [w:] *Prawo handlowe po przystąpieniu Polski do Unii Europejskiej*, red. W.J. Katner, U. Promińska, Warszawa 2010;
35. R.L. Kwaśnicki, *Prawo holdingowe – uwagi do projektu nowelizacji kodeksu spółek handlowych*, Przegląd Prawa Handlowego 2011, nr 3;
36. R.L. Kwaśnicki, D. Nilsson, *Legalne działanie na szkodę spółki zależnej*, Przegląd Prawa Handlowego 2007, nr 12;
37. J.R. Macey, J. Mitts, *Finding Order in the Morass: The Three Real Justifications for Piercing the Corporate Veil*, Cornell Law Review February 2014;
38. A. Milewska, *Solidarna odpowiedzialność sprawców naruszenia prawa konkurencji przewidziana w projekcie ustawy o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji z 7 lutego 2017 r. – aspekt podmiotowy*, internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2017, nr 1(6);
39. E.S. Miller, *The Limits of Limited Liability. Veil Piercing and Other Bases of Personal Lliability of Owners, Governing Persons and Agents of Texas Business Entities,* http://www.baylor.edu/content/services/document.php/187922.pdf;
40. P. Moskała, *Konstrukcja odpowiedzialności cywilnoprawnej we włoskim prawie grup spółek*, Studia Prawa Prywatnego 2016, nr 1;
41. P.B. Oh, *Veil-Piercing*, Texas Law Review 2010, nr 1, Vol. 89;
42. K. Olszak, *Piercing the corporate veil w Polsce. Możliwe, potrzebne, zgodne z prawem?*, Biuletyn Prawa Spółek 2013, nr 4–5;
43. A. Opalski, *Prawo zgrupowań spółek*, Warszawa 2012;
44. A. Opalski, *Problematyka pominięcia prawnej odrębności spółek kapitałowych*, Przegląd Prawa Handlowego 2012, nr 8;
45. A. Opalski, M. Romanowski, *O potrzebie zasadniczej reformy polskiego prawa spółek*, Przegląd Prawa Handlowego 2008, nr 6;
46. K. Osajda, *Niewypłacalność spółki z o.o. Odpowiedzialność członków zarządu wobec jej wierzycieli*, Warszawa 2014;
47. L. Panzani, *L'azione di responsabilità ed il coinvolgimento del gruppo di imprese dopo la riforma*, Le Società 2002, nr 12;

48. M. Pariente, *The Evolution of the Concept of "Corporate Group" in France*, European Company and Financial Law Review 2007, nr 3;
49. R. Perugi, *La recente evoluzione del fenomeno dei gruppi d'impresa in Italia* [w:] *I gruppi cooperativi*, red. S. Bitossi, Bolonia 2008;
50. F.J. Powell, *Parent and Subsidiary Corporations*, Chicago 1931;S.B. Presser, *Piercing the Corporate Veil*, 2017, dostępne w bazie Westlaw International;
51. S.B. Presser, *Thwarting the Killing of the Corporation: Limited Liability, Democracy and Economics,* (1992) 87 Northwestern University Law Review;
52. T. Prudhoe, J. Notebaert, *Piercing the veil – an American introduction*, Trusts & Trustees 2010/9, Vol. 16;
53. K. Pyzio, *Odpowiedzialność spółki dominującej względem wierzycieli kapitałowych spółek zależnych*, Warszawa 2015;
54. M. Romanowski, *Wnioski dla prawa polskiego wynikające z uregulowań prawa grup kapitałowych w wybranych systemach prawnych państw UE, Japonii i USA*, Studia Prawa Prywatnego 2008, nr 2;
55. M. Romanowski, *W sprawie potrzeby nowej regulacji prawa grup kapitałowych w Polsce*, Przegląd Prawa Handlowego 2008, nr 7;
56. R. Rordorf, *Il gruppi nella recente riforma del diritto societario*, La Società 2004, nr 5;
57. M. Safjan [w:] *Kodeks cywilny*, t. 1, *Komentarz. Art. 1–449[10]*, red. K. Pietrzykowski, Legalis 2015;
58. L.D. Salomon, D.E. Schwartz, J.D. Bauman, E.J. Weiss, *Corporations. Law and Policy. Materials and Problems*, St. Paul, Minn. (West Publishing Co.) 1994;
59. J. Schubel, *Nowa regulacja prawa koncernowego na Węgrzech a reforma prawa grup spółek w Polsce*, Czasopismo Kwartalne Całego Prawa Handlowego, Upadłościowego oraz Rynku Kapitałowego (HUK) 2010, nr 1;
60. G. Scognamiglio, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, Il nuovo diritto delle societa. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, 3, Turyn 2007;
61. P. Semeniuk, *Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji*, Warszawa 2015;
62. M. Stanik, *Zasada przejrzystości stosunków korporacyjnych w polskim prawie grup spółek*, Warszawa 2017;
63. T. Staranowicz, *Podstawowe problemy regulacji koncernu w prawie spółek*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2009, nr 2;
64. R. Szczepaniak, *Nadużycie prawa do posługiwania się formą osoby prawnej*, Toruń 2009;
65. R. Szczepaniak, *Bezskuteczność względna czynności prawnej jako skutek nadużycia prawa do posługiwania się formą osoby prawnej*, Przegląd Prawa Handlowego 2009, nr 1;
66. R. Szczepaniak, *Kwestia nieważności czynności prawnych jako skutek nadużycia prawa do posługiwania się formą osoby prawnej*, Przegląd Prawa Handlowego 2008, nr 2;
67. A. Szumański, *Próby regulacji prawa grup spółek w Polsce (2009–2011)*, Monitor Prawniczy 2011, nr 24;
68. A. Szumański, *Spór wokół roli interesu grupy spółek i jego relacji w szczególności do interesu własnego spółki uczestniczącej w grupie*, Przegląd Prawa Handlowego 2010, nr 5;
69. A. Śmigaj, *Pozycja prawna wierzyciela spółki zależnej w prawie polskim i włoskim* [w:] *Kodeks spółek handlowych po pięciu latach*, red. J. Frąckowiak, Wrocław 2006;
70. T. Targosz, *Nadużycie osobowości prawnej*, Kraków 2004;
71. R.B. Thompson, *Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study*, Cornell Law Review 1991, Issue 5, Vol. 76;
72. U. Tombari, *Diritto dei gruppi de imprese*, Mediolan 2010;
73. R. Truffi, S. Straneo, *Groups of Companies Under the New Italian Company Law*, Jones Day Commentaries, Mediolan 2004;
74. K. Vandekerckhove [red.] *Piercing the Corporate Veil,* European Company Law Series, Alphen aan den Rijn 2007, Vol. 2;

75. M. Ventoruzzo, *Experiments In Comparative Corporate Law: The Recent Italian Reform And The Dubious Virtues Of A Market For Rules In The Absence Of Effective Regulatory Competition*, 40 Tex. Int'l L.J. 113 (2004);
76. W. Wils, *The Undertaking as Subject of E.C. Competition Law and the Imputation of Infringements to Natural or Legal Persons*, European Law Review 2000, nr 2;
77. P.M. Wiórek, *Ochrona wierzycieli spółki z o.o. poprzez osobistą odpowiedzialność jej wspólników*, Wrocław 2016;
78. P.M. Wiórek, *Kilka uwag o teorii nadużycia prawa jako koncepcji uzasadniającej tzw. odpowiedzialność przebijającą* [w:] *Wpływ europeizacji prawa na instytucje prawa handlowego*, red. J. Kruczalak-Jankowska, Warszawa 2013;
79. D. Wolski, *Implementacja dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie niektórych przepisów regulujących dochodzenie roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji (2014/104/UE)*, https://www.1pkpk.wz.uw.edu.pl/working_papers/D_Wolski_Implementacja.pdf;
80. M. Wormser, *Piercing the Veil of Corporate Entity*, Columbia Law Review 1912, nr 12;
81. J.J. Zięty, *Projekt zmian w zakresie prawa grup spółek (próba oceny)*, Państwo i Prawo 2010, nr 3.

PRAWO W DZIAŁANIU
SPRAWY CYWILNE
34/2018

Яна Беррер (Iana Berger)*

Macierzyństwo zastępcze w Federacji Rosyjskiej

1. UWAGI WPROWADZAJĄCE

Pojęcie „macierzyństwo zastępcze" („surogacyjne") jest używane w celu opisania stanu faktycznego polegającego na zobowiązaniu się kobiety[1] (*matki biologicznej*) do noszenia ciąży i urodzenia dziecka (w tym w pełni obcego jej genetycznie) w celu przekazania go po porodzie parze osób bądź osobie samotnej (*rodzicom socjologicznym*), które mogą, lecz nie muszą być *rodzicami genetycznymi* dziecka, pragnących wychowywać to dziecko od chwili urodzenia, oraz do dokonania czynności wymaganych w systemie prawa obowiązującym w danym państwie, umożliwiających *rodzicom socjologicznym* uzyskanie statusu prawnego rodziców.

Realizacja zastępczego macierzyństwa może wymagać zastosowania różnych działań medycznych (przykładowo: sztuczne zapłodnienie *in vivo*, zapłodnienie *in vitro*, transfer embrionalny)[2]. Zawsze jednak „matka zastępcza" zachodzi w ciążę i rodzi dziecko „bez intencji jego wychowania i przejęcia w przyszłości jakiejkolwiek odpowiedzialności rodzicielskiej"[3].

Urodzenie dziecka dla rodziców socjologicznych może być uzależnione od uzyskania wynagrodzenia[4] albo wynikać z przesłanek altruistycznych. Motywy działania rodziców socjologicznych mogą być różne i w konsekwencji spotykać się ze skrajnymi ocenami etycznymi.

Na wszystkich etapach realizacji macierzyństwa zastępczego mogą wystąpić rozmaite problemy medyczne, psychologiczne i prawne. Opracowanie przez medycynę pierwszych środków umożliwiających ingerencję w ludzką prokreację

* Яна Беррер (Iana Berger) jest absolwentką Wydziału Prawa Irkuckiego Uniwersytetu Państwowego oraz Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego.

1 W polskiej literaturze i w języku potocznym określa się ją także słowem „surogatka", stanowiącym spolszczenie angielskiego określenia „*surrogate matherhood*". Tak np. M. Tomczyk, *Macierzyństwo za pieniądze*, „Służba Zdrowia" z 13.12.2010 r.; J. Ostojska, *Problem tzw. macierzyństwa zastępczego a prawo dziecka do poznania własnej tożsamości*, „Rodzina i Prawo" 2012/22, s. 8, 13, 15. Autorka używa również terminu „wynajęcie brzucha" (s. 7).

2 Przegląd różnych konfiguracji macierzyństwa zastępczego rozważanych – przykładowo – przez Komisję ds. Reformy Prawa w Ontario został przedstawiony w: M. Faras, D. Abłażewicz, *Umowa o macierzyństwo zastępcze i jej dopuszczalność na tle prawa polskiego*, „Rodzina i Prawo" 2008/9–10, s. 96 i powołana tam literatura.

3 Tak w jednej z najwcześniejszych polskich monografii prawniczych poświęconych tej problematyce, zob. M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji*, Warszawa 1990, s. 135.

4 Gdy uzyskanie wynagrodzenia jest w danym systemie prawnym oceniane jako niedopuszczalne w umowach o zastępcze macierzyństwo, zamieszczana jest klauzula o zwrocie wydatków związanych z ciążą i porodem wzorowana na roszczeniu matki wobec pozamałżeńskiego ojca dziecka. Tak M. Safjan, *Prawo*…, s. 142; M. Faras, D. Abłażewicz, *Umowa*…, s. 101–102 i powołana tam literatura.

spowodowało, że w niektórych państwach już w latach 80. XX w. powoływano komisje rządowe w celu zbadania socjologicznych, etycznych i prawnych aspektów tych ingerencji[5].

Samo rozstrzygnięcie, czy status matki powinien przysługiwać kobiecie, która nosiła ciążę i urodziła dziecko – nie będąc jego matką genetyczną – czy też matce genetycznej nasuwa liczne wątpliwości. Pytanie to jest też w zróżnicowany sposób rozstrzygnięte w systemach prawnych, które normują tę problematykę. Ponadto, problematyka medycznych ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji i macierzyństwa zastępczego poddawana jest ocenie z punktu widzenia praw człowieka, dobra dziecka, ochrony instytucji małżeństwa i powstałej wskutek jego zawarcia rodziny, z uwzględnieniem aspektów bioetycznych i religijnych[6], co w konsekwencji prowadzi do rozbieżnych stanowisk odnośnie do ich dopuszczalności.

W literaturze polskiej prezentowany jest m.in. pogląd, że: „każda forma zastępczego macierzyństwa czyni przedmiotem obrotu zarówno dziecko, jak i macierzyństwo jego matki biologicznej i jest zamachem na prawa stanu obojga(..)"[7]. W niektórych państwach zastępcze macierzyństwo jest zakazane, a nawet powoduje pociągnięcie do odpowiedzialności karnej. W polskim prawie problematyka macierzyństwa zastępczego nie jest unormowana, a w literaturze za dominujący należy uznać pogląd, że jeśli zostałaby zawarta umowa o zastępcze macierzyństwo, to byłaby ona bezwzględnie nieważna (art. 58 Kodeksu cywilnego[8])[9]. Choć stwierdza się, że zastępcze macierzyństwo w Polsce nie jest bezpośrednio karane, to rozważono już, w jaki sposób obowiązujące przepisy „penalizują jakiś obszar tejże praktyki"[10].

Zakaz macierzyństwa zastępczego, a nawet jego penalizacja w państwach, w których występuje, prawdopodobnie nie powstrzymuje par niemogących zrealizować pragnienia pełnienia funkcji rodzicielskich wobec własnych, genetycznych dzieci od poszukiwania zastępczych matek w państwach dopuszczających takie procedury, jeśli tylko mają na to odpowiednie środki finansowe[11]. To z kolei generuje nowe, równie trudne do rozwiązania problemy prawne. Nie wydaje się więc także rozwiązaniem optymalnym.

---

[5] Np. w Wielkiej Brytanii *Warnock Committees Report of the Committees of Inquiry into Human Fertilization and Embryology*, Londyn 1984.

[6] Przykładowo, watykańska Kongregacja Nauki Wiary w instrukcji Donum Vitae z 22.02.1987 r. stwierdziła, że: „macierzyństwo zastępcze obraża godność i prawo dziecka do poczęcia, do okresu ciąży i wychowania przez własnych rodziców oraz wprowadza, ze szkodą dla rodzin, podział między czynnikami fizycznymi, psychicznymi i moralnymi elementami, które je konstytuują" – przywołuję za: M.A. Lebensztejn, *Macierzyństwo zastępcze – problemy etyczne i prawne*, „Miscellanea Historico-Juridica" 2014/2, t. XIII, s. 301.

[7] Tak M. Gałązka, *Prawo karne wobec zastępczego macierzyństwa* [w:] *Jus et Lex. Księga Jubileuszowa ku czci Profesora Adama Strzembosza*, red. A. Dębiński, A. Grześkowiak, K. Wiak, Lublin 2002, s. 118 i powołana tam literatura.

[8] Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r. poz. 1025 ze zm.).

[9] Na temat analizy podstawy prawnej stwierdzenia nieważności umowy o zastępcze macierzyństwo w polskim prawie zob. M. Faras, D. Abłażewicz, *Umowa…*, s. 105–106 i powołana tam literatura.

[10] M. Gałązka, *Prawo…*, s. 120 i n. Autorka przedstawiła też w syntetycznej formie rozwiązania karne obowiązujące w innych państwach (s. 125–131).

[11] Z odpowiedzi podsekretarza stanu w Ministerstwie Zdrowia na interpelację poselską nr 3165 w sprawie macierzyństwa zastępczego, ogłoszonej w Sejmie RP 10.07.2008 r., http://orka2.sejm.gov.pl/IZ6.nsf/main/466C3CF9 (dostęp: 2.02.2018 r.), wynikało, że wówczas polski rząd nie zajmował się tą problematyką. W Polsce nie prowadzono badań, czy i na jaką skalę występuje zapotrzebowanie społeczne na macierzyństwo zastępcze. Ministerstwo Zdrowia nie dysponowało ani danymi, ani analizami tego zjawiska. Również Polskie Towarzystwo Ginekologiczne (PTG) nie miało żadnych statystyk tego zjawiska. Przed dziesięcioma laty można było zatem sądzić, że takie zabiegi nie były w Polsce praktykowane. Według informacji prezesa PTG, nieliczne osoby zainteresowane matką zastępczą szukały wcześniej pomocy przez internet w Kanadzie i USA, na Ukrainie i w Rosji.

Federacja Rosyjska należy do grupy państw, w których macierzyństwo zastępcze, dopuszczalne i unormowane ustawowo, jest traktowane jako jedna z metod terapii niepłodności oraz technologii wsparcia reprodukcji, co jest zgodne ze stanowiskiem Światowej Organizacji Zdrowia z października 2009 r. traktującej macierzyństwo zastępcze jako jedną z technik wspomaganego rozrodu.

Istnieją przepisy określające wymagania stawiane matce zastępczej i dawcom gamet, warunki udziału w programie zastępczego macierzyństwa potencjalnych rodziców, tryb rejestracji dziecka urodzonego przez matkę zastępczą oraz przebieg całej procedury. Jednocześnie wiele istotnych zagadnień takich, jak wymagania co do formy i treści umowy macierzyństwa zastępczego, ochrona danych dawcy i wiele innych, nie jest jeszcze objętych spójną regulacją.

Obowiązujące ustawodawstwo rosyjskie regulujące macierzyństwo zastępcze zapewne będzie doskonalone. Przedstawienie aktualnie obowiązujących rozwiązań może być jednak interesujące dla polskiego czytelnika, jako wzbogacające dyskusję nad tą trudną i budzącą liczne emocje problematyką.

Zastępcze macierzyństwo ma w Federacji Rosyjskiej bogatą literaturę, a poszczególnym problemom prawnym poświęcono liczne publikacje naukowe. Wyczerpujące omówienie rozwiązań ustawowych, doktryny i praktyki stosowania przepisów normujących różne aspekty macierzyństwa zastępczego w Rosji wymagałoby obszernej monografii. Niniejsze opracowanie ma na celu jedynie możliwie precyzyjne przedstawienie kształtowania się rozwiązań normatywnych aktualnie obowiązujących przepisów oraz zasygnalizowanie kierunku prawdopodobnych zmian stanu prawnego. Należy je traktować jako wprowadzenie do problematyki, która – być może – będzie jeszcze przedmiotem szczegółowych prezentacji na łamach „Prawa w Działaniu".

Na wstępie warto wspomnieć, że badania naukowe mające na celu wypracowanie metod wspomagających ludzką prokreację były prowadzone od dawna, jeszcze w czasach ZSRR.

Prace nad zapłodnieniem komórek jajowych poza organizmem kobiety rozpoczęły się w połowie lat 50. XX w. Pierwsze skuteczne próby zapłodnienia komórek jajowych człowieka przeprowadzono pod koniec lat 60. minionego stulecia. W lutym 1986 r. w Centrum Naukowym Położnictwa, Ginekologii i Perinatologii Rosyjskiej Akademii Medycznej[12] urodziło się wskutek zapłodnienia *in vitro*, dokonanego pod kierunkiem prof. Borysa Leonowa, pierwsze dziecko (dziewczynka).

Pierwszy program macierzyństwa zastępczego w Federacji Rosyjskiej został zrealizowany w 1995 r. w Centrum IVF[13] przy Instytucie Położnictwa i Ginekologii imienia dr. Ottona Ranka w Sankt Petersburgu.

Regulację procedury sztucznego zapłodnienia kobiet rozpoczęło rozporządzenie nr 669 o rozszerzeniu doświadczeń w zakresie stosowania metody sztucznej inseminacji nasieniem dawcy ze względu na wskazania medyczne, wydane przez Ministerstwo Ochrony Zdrowia ZSRR 13.05.1987 r.[14]

---

[12] Е.Г. Малиновская, *Правовое регулирование суррогатного материнства в Российской Федерации и в республике Беларусь*, „Семейное и жилищное право" 2007/2, s. 29.

[13] *In vitro fertilisation*, zapłodnienie pozaustrojowe, zapłodnienie *in vitro*.

[14] Приказ Министерства здравоохранения СССР от 13.05.87 № 669 „О расширении опыта по применению метода искусственной инсеминации спермой донора по медицинским показаниям", http://zakon.7law.info/base48/part8/d48ru8985.htm (dostęp: 29.10.2017 r.).

Rozporządzenie to zawierało, m.in., rekomendacje dotyczące stosowania metody sztucznej inseminacji kobiet, wzory zgody na wykorzystanie materiału biologicznego dawcy dla dawcy oraz dla osoby zamierzającej skorzystać z programu sztucznej inseminacji, zasady tworzenia katalogów dawców i anonimizacji ich danych.

Kolejnym etapem regulacji metod leczenia niepłodności było wejście w życie Zasad Ustawodawstwa Federacji Rosyjskiej o ochronie zdrowia obywateli[15]. Zgodnie z art. 35 tej ustawy każda pełnoletnia kobieta w wieku rozrodczym miała prawo do sztucznego zapłodnienia i implantacji zarodków.

W celu ujednolicenia stosowania metod leczenia niepłodności zostało uchwalone rozporządzenie Ministerstwa Ochrony Zdrowia o stosowaniu metody sztucznej inseminacji kobiet nasieniem dawcy ze względu na wskazania medyczne oraz metody zapłodnienia pozaustrojowego i implantacji embrionu do jamy macicy w leczeniu niepłodności kobiet[16].

Rozporządzenie to zawierało instrukcję przeprowadzenia procedury sztucznej inseminacji oraz wzory oświadczeń-zobowiązań dla dawcy i biorców (małżonków).

Po raz pierwszy w historii ustawodawstwa rosyjskiego do problematyki związanej z zastępczym macierzyństwem nawiązał, uchwalony w 1995 r., Kodeks rodzinny Federacji Rosyjskiej[17] w art. 51 ust. 4 zd. 2 dotyczącym procedury wpisania rodziców dziecka do księgi urodzeń. Przewidywał, mianowicie, możliwość wpisania do księgi urodzeń jako rodziców dziecka urodzonego przez matkę zastępczą pary małżeńskiej, która wyraziła zgodę na implantację embrionu matce zastępczej[18]. Wprowadzał też zakaz powoływania się na fakt przeprowadzenia procedury implantacji embrionów w przypadku kwestionowania macierzyństwa lub ojcostwa[19].

Powołana norma została doprecyzowana w ustawie z 15.11.1997 r. o aktach stanu cywilnego[20]. Zgodnie z art. 16 ust. 5 tej ustawy w przypadku rejestracji urodzenia dziecka na podstawie wniosku małżonków, którzy wyrazili pisemną zgodę na implantację embrionu innej kobiecie w celu noszenia i urodzenia ich dziecka, wraz z dokumentem potwierdzającym fakt urodzenia się dziecka należy przedstawić dokument wydany przez placówkę służby zdrowia i potwierdzający uzyskanie zgody kobiety, która urodziła dziecko (matki zastępczej) na wpisanie owych małżonków jako rodziców dziecka.

W 2003 r. macierzyństwo zastępcze zostało zdefiniowane w rozporządzeniu Ministerstwa Ochrony Zdrowia o stosowaniu technologii wsparcia reprodukcji (TWR) w terapii niepłodności kobiet i mężczyzn[21] jako jedna z metod terapii

[15] Основы законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан», утв. ВС РФ 22.07.1993 № 5487–1, «Российские вести», № 174, 9.09.1993.

[16] Приказ Минздрава РФ от 28.12.1993 № 301 «О применении метода искусственной инсеминации женщин спермой донора по медицинским показаниям и метода экстракорпорального оплодотворения и переноса эмбриона в полость матки для лечения женского бесплодия», «Российские вести», № 21, 8.02.1994.

[17] «Семейный кодекс Российской Федерации» от 29.12.1995 N 223-ФЗ, «Российская газета», 27.01.1996, № 17. Obowiązujący wcześniej Kodeks o małżeństwie i rodzinie («Кодекс о браке и семье РСФСР» утв. ВС РСФСР 30.07.1969, «Ведомости ВС РСФСР», 1969, № 32, ст. 1397) nie zawierał żadnych regulacji dotyczących sztucznego zapłodnienia.

[18] Art. 51 ust. 4 zd. 2 rosyjskiego Kodeksu rodzinnego.

[19] Art. 52 ust. 3 rosyjskiego Kodeksu rodzinnego.

[20] Федеральный закон от 15.11.1997 № 143-ФЗ «Об актах гражданского состояния», «Российская газета», № 224, 20.11.1997.

[21] Приказ Минздрава РФ от 26.02.2003 № 67 «О применении вспомогательных репродуктивных технологий (ВРТ) в терапии женского и мужского бесплодия», «Российская газета», № 84, 6.05.2003.

niepłodności, przy których poszczególne lub wszystkie etapy poczęcia i wczesnego rozwoju embrionów przebiegają pozaustrojowo.

Rozporządzenie przewiduje, m.in. konieczność uzyskania pisemnej zgody pary małżeńskiej i matki zastępczej na przeprowadzenie tego programu, oraz wymienia przesłanki, których spełnienie umożliwia parze małżeńskiej skorzystanie z programu[22]. Precyzuje także warunki, jakie musi spełniać kobieta pragnąca zostać matką zastępczą. Są to: wiek od 20 do 35 lat, posiadanie własnego zdrowego dziecka, dobry stan zdrowia psychicznego i fizycznego.

W rozporządzeniu ustalono zakres niezbędnych badań potencjalnej matki zastępczej, przeciwwskazania do przeprowadzenia procedury sztucznego zapłodnienia komórki jajowej, a także zakres badań pary małżeńskiej, oraz algorytm przeprowadzenia programu macierzyństwa zastępczego.

Aktualnie obowiązujące unormowanie macierzyństwa zastępczego zostało ukształtowane dopiero w latach 2011–2012. Wtedy do regulacji zawartych w art. 51 ust. 4 i art. 52 ust. 3 rosyjskiego Kodeksu rodzinnego oraz w art. 16 ust. 5 Ustawy o aktach stanu cywilnego dodano przepisy rozporządzenia Ministerstwa Ochrony Zdrowia Federacji Rosyjskiej w sprawie procedury stosowania technologii wspomagających reprodukcję, przeciwwskazaniach i ograniczeniach w ich stosowaniu[23] (dalej rozporządzenie w sprawie stosowania TWR) oraz Ustawy federalnej o podstawach ochrony zdrowia obywateli Federacji Rosyjskiej[24] (dalej ustawa o podstawach ochrony zdrowia obywateli).

Prace legislacyjne nad projektem ustawy o podstawach ochrony zdrowia obywateli rozpoczęły się w kwietniu 2011 r. Wniesiony do Dumy Państwowej projekt ustawy[25] zawierał art. 51 (Stosowanie technologii reprodukcyjnych – dop. autorki) dotyczący m.in. macierzyństwa zastępczego. W ustępie 1 tego artykułu, jako jedną z technologii wspierania reprodukcji wymieniono program macierzyństwa zastępczego. Zgodnie z ust. 7 prawo do korzystania z programu macierzyństwa zastępczego mieli uzyskać mężczyzna i kobieta będący lub też niebędący ze sobą w związku małżeńskim oraz samotne kobiety. Projekt ustawy nie przewidywał takiego prawa dla samotnego mężczyzny.

Zgodnie z art. 51 ust. 6 projektu ustawy przy wykorzystaniu gamet dawców osoby korzystające z programów wsparcia reprodukcji mają prawo otrzymywać informacje o wynikach badań medycznych i genetycznych dawcy komórek, jego rasie i narodowości.

Artykuł 51 ust. 8 projektu ww. ustawy stanowił, że implantacja embrionów osobie trzeciej – matce zastępczej, która ma odbyć ciążę i urodzić dziecko – może nastąpić w wyniku jej niewymuszonej, świadomej zgody w myśl umowy, na podstawie której rodzicami urodzonego dziecka będą jedna lub obydwie osoby, których komórki płciowe zostały wykorzystane do zapłodnienia.

---

[22] Wymienione przesłanki dotyczyły wyłącznie braku możliwości urodzenia dziecka przez kobietę (brak macicy, synechia macicy, choroby, przy których ciąża jest niewskazana, nieudane próby zajścia w ciążę za pomocą metody *in vitro*, kiedy implantacja embrionów nie doprowadziła do zapłonienia).

[23] Приказ Минздрава России от 30.08.2012 № 107н «О порядке использования вспомогательных репродуктивных технологий, противопоказаниях и ограничениях к их применению», «Российская газета», спецвыпуск, № 78/1, 11.04.2013.

[24] Федеральный закон от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации», «Российская газета», № 263, 23.11.2011.

[25] Проект Федерального закона № 534829–5 „Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации, внесенный в Государственную Думу РФ 21 апреля 2011 г., Система обеспечения законодательной деятельности, http://sozd.parlament.gov.ru/bill/534829–5 (dostęp: 29.10.2017 r.).

Szczegółowa regulacja stosowania programów wsparcia reprodukcji, przeciwwskazań i ograniczeń w ich stosowaniu miała być umieszczona w akcie prawnym wydanym przez upoważniony federalny organ władzy wykonawczej (Ministerstwo Ochrony Zdrowia Federacji Rosyjskiej).

W drugiej redakcji projektu ustawy[26], przedstawionej podczas drugiego czytania w parlamencie w lipcu 2011 r., przepisy regulujące technologie wspierania reprodukcji, w tym macierzyństwo zastępcze, zostały przeniesione do art. 55.

Podczas debaty parlamentarnej przedstawiono także propozycje usunięcia przepisów regulujących macierzyństwo zastępcze i, w konsekwencji, wyeliminowanie możliwości korzystania z programu macierzyństwa zastępczego. Wnioski w tej kwestii zostały odrzucone.

W projekcie przedstawionym w drugim czytaniu metody wsparcia reprodukcji, w tym program macierzyństwa zastępczego, uzyskały bardziej szczegółową regulację. Treść przepisów została uzupełniona o definicję macierzyństwa zastępczego, wymogi stawiane dawcy komórek oraz osobie, która może zostać matką zastępczą. Dodano też przepis dający przyszłym rodzicom prawo do uzyskania informacji o wyglądzie dawcy komórki.

W art. 55 ust. 4 projektu pojawił się również przepis, zgodnie z którym nie byłby dopuszczalny wybór płci przyszłego dziecka, z wyjątkiem sytuacji, w których istniałoby zagrożenie rozwoju choroby genetycznej mającej bezpośredni związek z płcią.

Dalsze prace legislacyjne nie wpłynęły na zaproponowany w drugim czytaniu model regulacji instytucji macierzyństwa zastępczego. Ustawa została uchwalona i weszła w życie 22.11.2011 r., a w części regulującej programy wsparcia reprodukcji – 1.01.2012 r.[27] Najistotniejsze unormowania tej ustawy zostaną omówione w dalszych punktach niniejszego opracowania.

2. OSOBY UPRAWNIONE DO KORZYSTANIA Z PROGRAMU MACIERZYŃSTWA ZASTĘPCZEGO

W myśl przepisu art. 55 ust. 9 ustawy o podstawach ochrony zdrowia obywateli przez pojęcie macierzyństwa zastępczego należy rozumieć odbycie ciąży i urodzenie dziecka (w tym przedwczesne urodzenie) na podstawie umowy zawartej między matką zastępczą (kobietą, która nosi płód po przeniesieniu embrionu dawcy) a potencjalnymi rodzicami lub samotną kobietą, których komórki płciowe zostały wykorzystane do zapłodnienia.

Ustawa przewiduje dopuszczalność macierzyństwa zastępczego, gdy odbycie ciąży i urodzenie dziecka przez kobietę jest niemożliwe ze względów medycznych[28]. Traktuje bowiem macierzyństwo zastępcze jako technologię wsparcia reprodukcji.

[26] Проект Федерального закона № 534829–5...

[27] W dniu 28.11.2014 r. Międzyparlamentarne Zgromadzenie (Państw Członkowskich) Wspólnoty Niepodległych Państw postanowieniem nr 14–21 uchwalilo Ustawę modelową o ochrone praw reprodukcyjnych i zdrowia reprodukcyjnego ludności (Модельный закон „Об охране репродуктивных прав и репродуктивного здоровья граждан", утв. Постановлением МПА СНГ от 28.11.2014 г. № 41–21, http://iacis.ru/activities/documents/, dostęp: 29.10.2017 r.). Ustawa ta nie jest obowiązkowa do zastosowania. W części regulującej macierzyństwo zastępcze nie jest sprzeczna z przepisami ustawodawstwa federalnego.

[28] Przedstawiona definicja została powtórzona w pkt 78 rozporządzenia w sprawie stosowania TWR. Na potrzeby rozporządzenia potencjalni rodzice są w rozporządzeniu zwani ojcem genetycznym i matką genetyczną (w przypadku pary) lub matką genetyczną (w przypadku samotnej kobiety).

Zgodnie art. 55 ust. 3 ww. ustawy prawo do korzystania z technologii wsparcia reprodukcji przysługuje mężczyźnie i kobiecie, będącym lub niebędącym (ze sobą – dop. autorki) w związku małżeńskim pod warunkiem udzielenia dobrowolnej, świadomej dwustronnej zgody na interwencję medyczną, jak i samotnej kobiecie pod warunkiem udzielenia takiej dobrowolnej świadomej zgody na interwencję medyczną.

Literalna wykładnia przedstawionych przepisów prowadzi do wniosku, że z programu macierzyństwa zastępczego, pod warunkiem udzielenia dobrowolnej świadomej dwustronnej zgody na interwencję medyczną, mogą skorzystać:

- mężczyzna i kobieta, będący ze sobą w związku małżeńskim, których komórki płciowe będą wykorzystane do zapłodnienia, w sytuacji gdy żona ze względów medycznych nie może odbyć ciąży i urodzić dziecka;
- mężczyzna i kobieta, niebędący ze sobą w związku małżeńskim, których komórki płciowe będą wykorzystane do zapłodnienia, w sytuacji gdy kobieta ze względów medycznych nie może odbyć ciąży i urodzić dziecka;
- samotna kobieta, dla której odbycie ciąży i urodzenie dziecka jest niemożliwe ze względów medycznych.

Ustawodawca nie przewiduje zatem możliwości skorzystania z programu macierzyństwa zastępczego przez samotnego mężczyznę, a przepis art. 55 ustawy o podstawach ochrony zdrowia obywateli określający zakres osób uprawnionych do skorzystania z programu, jest traktowany przez sądy jako zawierający katalog zamknięty[29].

Zasadność takiej interpretacji potwierdza rozporządzenie w sprawie stosowania TWR, w którym, w pkt 79, jako wskazania do stosowania zastępczego macierzyństwa zostały wymienione:

- brak macicy (wrodzony lub nabyty);
- deformacja wnęki lub szyjki macicy wskutek wrodzonych wad rozwojowych lub w wyniku chorób;
- patologia endometrium (synechia, zanik jamy macicy, zanik endometrium);
- choroby wymienione w wykazie przeciwwskazań do zajścia w ciążę;
- nieudane kilkukrotne próby IVF (3 lub więcej) z powtarzającym się uzyskaniem embrionów o dobrej jakości, których przenoszenie nie prowadziło do ciąży;
- zwykłe poronienie (3 lub więcej samoistnych poronień w anamnezie).

(Wszystkie z wymienionych powyżej przyczyn dotyczą wyłącznie niemożności zajścia w ciąże lub urodzenia dziecka spowodowanej wadami fizjologicznymi kobiety).

Niepłodność partnera (mężczyzny) lub brak partnerki nie stanowią więc samodzielnych przesłanek do korzystania z programu macierzyństwa zastępczego.

[29] Powyższe ilustruje stan faktyczny sprawy, która toczyła się w Sądzie Rejonowym w Nowosybirsku w 2015 r. G. Waśkin wytoczył powództwo przeciwko Nowosibirskiemu Centrum Medycyny Reprodukcyjnej Sp. z o.o. o uznanie za niezgodną z prawem odmowę świadczenia usług medycznych polegających na zastosowaniu programu macierzyństwa zastępczego. Powód wraz z osobą, która zgodziła się zostać matką zastępczą, zwrócił się do pozwanego w celu wykonania niezbędnych badań i realizacji programu, jednak pozwany, powołując się na treść art. 55 Ustawy o podstawach ochrony zdrowia obywateli, odmówił świadczenia przedmiotowych usług. Powód w pozwie podnosił, że katalog przypadków, w których ustawodawca pozwala na zastosowanie programu macierzyństwa zastępczego, nie jest katalogiem zamkniętym. Sąd pierwszej instancji oddalił powództwo. Sąd drugiej instancji, utrzymując w mocy wyrok sądu pierwszej instancji, zgodził się ze stanowiskiem sądu pierwszej instancji, że obowiązujące ustawodawstwo nie przewiduje możliwości stosowania programu macierzyństwa zastępczego dla samotnego mężczyzny. (Апелляционное определение Судебной коллегии по гражданским делам Новосибирского областного суда от 3 декабря 2015 г. по делу 33–10392/2015, oblsud.nsk.sudrf.ru, dostęp: 29.10.2017 r.).

3. OSOBY, KTÓRE MOGĄ ZOSTAĆ DAWCAMI GAMET

Rosyjski ustawodawca nie daje jednoznacznej odpowiedzi na pytanie, kto może zostać dawcą gamet, z których powstanie embrion. Zgodnie z definicją zawartą w art. 55 ust. 9 Ustawy o podstawach ochrony zdrowia obywateli potencjalnymi rodzicami są osoby, *których komórki płciowe będą wykorzystane do zapłodnienia*.

Należałoby stwierdzić, że dawcami komórek mogą być zatem wyłącznie osoby, które następnie będą wpisane do księgi urodzeń jako rodzice dziecka urodzonego przez matkę zastępczą.

Jako dodatkowe potwierdzenie zaprezentowanej wyżej tezy może służyć algorytm stosowania programu macierzyństwa zastępczego, przedstawiony w pkt 83 rozporządzenia w sprawie stosowania TWR, zgodnie z którym program macierzyństwa zastępczego na początku przewiduje realizację następujących etapów: 1. synchronizacja cyklów matki genetycznej i zastępczej; 2. uzyskanie superowulacji u matki genetycznej; 3. pobranie komórek jajowych matki genetycznej (...). Poza tym, w treści przepisu ustawodawca wskazuje na niemożliwość odbycia (donoszenia) ciąży i urodzenia dziecka ze względów medycznych. Nie wymienia przy tym braku możliwości samego poczęcia dziecka.

W treści art. 55 ust. 10 ustawy o podstawach ochrony zdrowia obywateli ustawodawca wskazuje jednak, że *matka zastępcza nie może być jednocześnie dawczynią komórki jajowej* (tzn. nie może być matką genetyczną dziecka, które urodzi). Przedstawiona regulacja pozwala na wniosek, że istnieje możliwość skorzystania z komórki jajowej dawczyni pod warunkiem, że nie będzie to matka zastępcza.

Podobnie wygląda sytuacja dotycząca dawcy nasienia. Zgodnie z pkt 83 lit. d rozporządzenia w sprawie stosowania TWR zapłodnienie komórki jajowej może nastąpić przy użyciu nasienia męża (partnera) lub dawcy nasienia. W tym przepisie ustawodawca nie określa, czy nasienie dawcy (tzn. mężczyzny niebędącego ani mężem, ani partnerem matki genetycznej) może być wykorzystane do zapłodnienia komórki jajowej wyłącznie kobiety samotnej korzystającej z programu macierzyństwa zastępczego, czy też w sytuacji, gdy nasienie męża (partnera) matki genetycznej nie może być wykorzystane do zapłodnienia komórki jajowej.

Powyższa regulacja pozwala stwierdzić, że nie ma ustawowego ograniczenia dotyczącego wykorzystania nasienia dawcy również w sytuacji, gdy kobieta ma partnera, jeżeli z uzasadnionych powodów nie jest możliwe wykorzystanie nasienia partnera.

Mimo to, że korzystanie z gamet dawców może prowadzić do sytuacji, w której żadna z gamet (ani męska, ani żeńska) nie będzie należała do chociażby jednego z potencjalnych rodziców, i urodzone dziecko w stosunku do potencjalnych rodziców będzie całkowicie obce pod względem genetycznym, należy stwierdzić, iż ustawodawca nie wyklucza takiej możliwości.

4. STATUS PRAWNY DAWCY MATERIAŁU GENETYCZNEGO

Cechy dawcy

Zgodnie z przepisem art. 55 ust. 7 ustawy o podstawach ochrony zdrowia obywateli dawcą komórek płciowych może być osoba w wieku od osiemnastu do trzydziestu

pięciu lat, zdrowa fizycznie i psychicznie, która przeszła niezbędne badania medyczne i genetyczne. Zgodnie zaś z pkt 54 i 62 rozporządzenia w sprawie stosowania TWR dawca może być anonimowy lub nieanonimowy[30].

Dane osobowe

W obecnym ustawodawstwie rosyjskim kwestia ochrony danych osobowych dawcy i jego stosunku do dziecka urodzonego w wyniku korzystania z materiału genetycznego nie jest odpowiednio uregulowana.

Obowiązujące rozporządzenie mówi jedynie o tym, że osoba korzystająca z komórek płciowych i embrionów dawców ma prawo otrzymać wyłącznie informacje o wynikach badań medycznych i genetycznych dawcy, jego rasie i narodowości oraz danych o wyglądzie zewnętrznym, nie regulując kwestii ochrony anonimowości dawcy.

Przed wejściem w życie rozporządzenia w sprawie stosowania TWR i ustawy o podstawach ochrony zdrowia obywateli przedmiotowe zagadnienia były uregulowane w Zasadach Ustawodawstwa Federacji Rosyjskiej o ochronie zdrowia obywateli i w instrukcji o stosowaniu technologii wsparcia reprodukcji zatwierdzonej rozporządzeniem Ministerstwa Ochrony Zdrowia Federacji Rosyjskiej o stosowaniu technologii wsparcia reprodukcji w terapii niepłodności kobiet i mężczyzn[31].

Tajemnica lekarska

W art. 35 Zasad Ustawodawstwa Federacji Rosyjskiej o ochronie zdrowia obywateli informacje o zapłodnieniu *in vitro* i przeniesieniu embrionu oraz dane o osobie dawcy były objęte tajemnicą lekarską, jednak kobieta miała prawo otrzymać informacje o wynikach badań genetycznych i medycznych dawcy, danych o jego wyglądzie zewnętrznym i narodowości. Przepis art. 35 został uzupełniony o treść pkt 3 instrukcji, zgodnie z którym wyboru dawcy pacjent dokonuje dobrowolnie i niezależnie na podstawie opisu fenotypowego.

Łączna analiza powyższych przepisów pozwala stwierdzić, że wizerunek dawcy mógł być przedstawiony w postaci opisu, natomiast nie mógł być udostępniony w postaci zdjęcia itp.

Niedopuszczalność ustalenia ojcostwa dawcy

Instrukcja określała też, jaki stosunek powstaje między dawcą gamety a przyszłym dzieckiem. Zgodnie z pkt 6 instrukcji dawcy gamet udostępniali swoje gamety innym osobom w celu terapii niepłodności i nie brali na siebie obowiązków rodzicielskich w stosunku do przyszłego dziecka.

Stosowanie tego przepisu w praktyce można przeanalizować na przykładzie wyroku Sądu Najwyższego Federacji Rosyjskiej z 13.01.2011 r. Zgodnie z aktami sprawy powódka zwróciła się do Sądu Najwyższego z wnioskiem o uznanie pkt 6 Instrukcji

[30] W rozporządzeniu z 2003 r. nr 67 nieanonimowym dawcą gamet żeńskich mogła być wyłącznie kobieta, będąca krewną biorcy lub jej znajomą. Obecnie ustawodawca nie stawia takiego wymogu.
[31] Приказ Минздрава РФ от 26.02.2003 № 67...

za nieobowiązujący w części, w jakiej wyklucza on możliwość ustalenia ojcostwa w stosunku do osoby będącej dawcą nasienia.

W uzasadnieniu powyższego żądania powódka wskazała, że Instrukcja w zaskarżonej części jest sprzeczna z art. 19 ust. 2 Konstytucji Federacji Rosyjskiej gwarantującym równość praw i swobód człowieka i obywatela, art. 49 i 80 rosyjskiego Kodeksu rodzinnego oraz narusza prawo jej i jej córki, która urodziła się w wyniku wspomaganych procedur TWR, do ustalenia ojcostwa w stosunku do osoby, która, jak podkreślała powódka, była dawcą gamet na zasadzie odpłatności, zdając sobie sprawę z konsekwencji swoich działań i kierując się chęcią uzyskania korzyści.

W konsekwencji, w ocenie powódki, pkt 6 instrukcji stawia jej dziecko w mniej korzystnej sytuacji w porównaniu do dzieci urodzonych w wyniku naturalnego poczęcia[32].

Sąd Najwyższy Federacji Rosyjskiej oddalił powództwo z niżej wskazanych przyczyn.

Zgodnie z art. 35 Zasad Ustawodawstwa Federacji Rosyjskiej o ochronie zdrowia obywateli z 22.07.1993 r., nr 5487–1, informacja o tożsamości dawcy jest objęta tajemnicą lekarską. Udostępnienie tej informacji bez zgody dawcy jest dopuszczalne jedynie w przypadkach przewidzianych w ustawie.

Wykaz informacji o dawcy, które może otrzymać kobieta zwracająca się o zastosowanie metody TWR, przepisem art. 35 ww. Zasad, jest ograniczony do danych o wynikach badań medycznych i genetycznych, danych o wyglądzie zewnętrznym i narodowości dawcy.

Dawca nie ma prawa do informacji o wynikach wykorzystania jego materiału biologicznego, a jego zgoda na wykorzystanie gamet nie jest wymagana.

Kobieta, zwracając się do ośrodka medycznego w celu przeprowadzenia procedury sztucznego zapłodnienia, wchodzi w relację z ośrodkiem, który uprzednio informuje ją, że dawca nie ponosi obowiązków rodzicielskich w stosunku do przyszłego dziecka.

Dawca również nawiązuje stosunki prawne z ośrodkiem medycznym, który – od momentu przekazania materiału biologicznego – nabywa wszelkie prawa do niego i jest odpowiedzialny za wykorzystanie go w celach medycznych.

Tak więc w ocenie sądu pomiędzy kobietą, która urodziła dziecko w wyniku zabiegu sztucznej inseminacji, a dawcą nie powstają żadne stosunki prawne. Dlatego postanowienia Kodeksu rodzinnego Federacji Rosyjskiej w sprawie sądowego ustalenia ojcostwa w tych przypadkach nie mają zastosowania, a dawca nie może być uznany za ojca dziecka poczętego z wykorzystaniem metody TWR.

Po wprowadzonych zmianach z ustawodawstwa rosyjskiego usunięto przepisy wprost odnoszące dane dawcy gamet do tajemnicy lekarskiej oraz określające stosunki pomiędzy dawcą a przyszłym dzieckiem. Niemniej jednak należy stwierdzić, że założenia ustawodawcy odnośnie do wymienionych kwestii pozostały bez zmian, na co wskazuje stanowisko wypowiedziane w postanowieniu Plenum Sądu Najwyższego nr 16 z 16.05.2017 r.

Zdaniem Sądu Najwyższego, zgodnie z założeniami prawa rodzinnego, urodzenie dziecka przy wykorzystaniu materiału genetycznego dawcy nie pociąga za sobą

[32] Решение Верховного Суда РФ от 13.01.2011 № ГКПИ10–1601 „Об отказе в удовлетворении заявления о признании частично недействующим пункта 6 Инструкции по применению методов вспомогательных репродуктивных технологий, утв. Приказом Минздрава РФ от 26.02.2003 № 67”, system informacji prawnej СПС КонсультантПлюс (dostęp: 29.10.2017 r.).

powstania praw rodzicielskich i obowiązków między dawcą a dzieckiem, niezależnie od tego, czy dana osoba była znana rodzicom dziecka czy też nie (anonimowy dawca)[33].

Odnośnie do anonimowości dawcy należy stwierdzić, że w przypadku, gdy dawca wyraził wolę zachowania anonimowości, wszelkie informacje z nim związane należy traktować jako tajemnicę lekarską[34]. Będzie to również sprzyjało zachowaniu ciągłości stanowiska ustawodawcy w tej kwestii[35].

5. WYMAGANIA STAWIANE MATKOM ZASTĘPCZYM

Warunki, które musi spełnić kobieta, aby zostać matką zastępczą, zostały określone w art. 55 ust. 9 ustawy o podstawach ochrony zdrowia obywateli i powtórzone w pkt 78 rozporządzenia w sprawie stosowania TWR.

Wiek

Wymienione przepisy stawiają ograniczenia wiekowe dla kobiety, mianowicie matką zastępczą może być, jak już wspomniano, kobieta w wieku od 20 do 35 lat. Określone granice wiekowe mają na celu ograniczenie kręgu potencjalnych matek zastępczych do kobiet w wieku rozrodczym oraz kobiet, których organizm gwarantuje najlepsze predyspozycje do urodzenia zdrowego dziecka.

Posiadanie zdrowego dziecka

Kolejnym warunkiem jest posiadanie co najmniej jednego zdrowego własnego dziecka. Kryterium to ma służyć wyeliminowaniu sytuacji, w której kobieta, nieposiadająca własnego dziecka, wskutek powstałego w okresie ciąży związku emocjonalno-fizycznego z dzieckiem, odmawiałaby przekazania urodzonego dziecka rodzicom genetycznym.

Dobry stan zdrowia

Kandydatka na matkę zastępczą powinna być zdrowa, co musi wykazać przedstawiając odpowiednie zaświadczenie lekarskie.

Zgoda kobiety na zabieg

Kolejnym wymaganiem, warunkującym możliwość podjęcia się urodzenia dziecka w ramach macierzyństwa zastępczego, jest wyrażenie pisemnej, dobrowolnej zgody na interwencję medyczną.

---

[33] Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 16.05.2017 № 16 «О применении судами законодательства при рассмотрении дел, связанных с установлением происхождения детей», system informacji prawnej СПС КонсультантПлюс (dostęp: 29.10.2017 r.).

[34] К.А. Кириченко, Охрана тайны информации о рождении ребенка: перспективы российского права и развитие вспомогательной репродукции, „Медицинское право" 2015/1, s. 24.

[35] W rozporządzeniu z 13.05.1987 r. nr 669 oraz rozporządzeniu z 28.12.1993 r., nr 301 ustawodawca ustalił wzory oświadczenia-zobowiązania dawcy oraz oświadczenia-zobowiązania małżonków, zgodnie z treścią których rodzice przyszłego dziecka, wnosząc o przeprowadzenie procedury inseminacji, zobowiązywali się nie dążyć do ustalenia tożsamości dawcy, a dawca nasienia zobowiązywał się nie dążyć do ustalenia tożsamości biorczyni oraz przyszłego dziecka.

Zgoda małżonka dawczyni

Jeżeli kobieta, która planuje zostać matką zastępczą, jest w związku małżeńskim zarejestrowanym w trybie przewidzianym przez ustawodawstwo Federacji Rosyjskiej, to powinna ona przedstawić pisemną zgodę małżonka na udział w programie macierzyństwa zastępczego.

Zakaz udostępnienia własnej komórki jajowej

Jak wspomniano wcześniej, matka zastępcza nie może być jednocześnie dawczynią komórki jajowej[36]. Takie rozwiązanie ustawowe ma na celu wykluczenie sytuacji, w której kobieta będzie postawiona przed wyborem, czy oddać dziecko z którym jest związana nie tylko biologicznie, ale i genetycznie, jego potencjalnym rodzicom.

6. UMOWA MACIERZYŃSTWA ZASTĘPCZEGO

Obecnie ustawodawstwo rosyjskie normuje jedynie niektóre aspekty macierzyństwa zastępczego. Kodeks rodzinny Federacji Rosyjskiej nie reguluje ani samej procedury macierzyństwa zastępczego, ani kwestii umowy między matką zastępczą a rodzicami genetycznymi. Rozporządzenie w sprawie stosowania TWR dotyczy wyłącznie kwestii medycznych istotnych dla realizacji przedmiotowego programu.

Prawny charakter umowy o zastępcze macierzyństwo jest zatem sporny. Wielu autorów nie uważa umowy macierzyństwa zastępczego za umowę cywilnoprawną[37]. Są też zwolennicy stosowania norm prawa cywilnego do relacji powstających w ramach umowy macierzyństwa zastępczego[38]. Niektórzy autorzy uważają, że taką umowę, w rozumieniu art. 169 rosyjskiego Kodeksu cywilnego[39], należy zaliczyć do kategorii umów nieważnych, sprzecznych z fundamentami moralności i porządku prawnego[40], co byłoby zbieżne z poglądami wypowiadanymi w polskiej literaturze prawniczej odnośnie do stanu prawnego w tej kwestii obowiązującego w Rzeczypospolitej Polskiej[41].

Można spotkać opinie, zgodnie z którymi umowa macierzyństwa zastępczego stanowi szczególny rodzaj umowy o świadczenie usług, przedmiotem której są odbycie ciąży, urodzenie dziecka i przekazanie go rodzicom genetycznym[42].

---

[36] Jest to macierzyństwo zastępcze gestacyjne, w którym matka zastępcza nie jest związana genetycznie z urodzonym przez nią dzieckiem.

[37] В. Заева, *Суррогатное материнство*, „Медицинское право" 2007/5, s. 23; Б.Н. Жуков, *О некоторых вопросах установления отцовства в добровольном порядке, не урегулированных действующим законодательством*, „Семейное право" 2004/2, s. 8.

[38] Л. Трунова, *Материнство на заказ*, „Домашний Адвокат" 2004/18, s. 7.

[39] «Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая)» от 30.11.1994 № 51-ФЗ, «Российская газета», № 238–239, 8.12.1994. Art. 169 Kodeksu cywilnego Federacji Rosyjskiej w przekładzie na język polski brzmi następująco: „(Nieważność czynności prawnej dokonanej w celu niezgodnym z zasadami praworządności lub moralności). Czynność prawna dokonana w celu, co do którego było uprzednio wiadomo, że jest on sprzeczny z zasadami praworządności lub moralności, jest nieważna i pociąga za sobą konsekwencje określone w art. 167 Kodeksu cywilnego. W przypadkach przewidzianych w ustawie, sąd może zobowiązać do przekazania na rzecz Skarbu Państwa wszystkiego co było otrzymane w ramach takiej czynności prawnej przez strony, działające w sposób umyślny, lub zastosować inne konsekwencje przewidziane w ustawodawstwie.

[40] О.Ю. Косова, *Семейный кодекс Российской Федерации и некоторые вопросы регулирования брачно-семейных отношении*, „Правоведение" 1996/2, s. 46.

[41] M. Faras, D. Abłażewicz, *Umowa*…, s. 105–111 i powołana tam literatura.

[42] Т.Е. Борисова, *Договор суррогатного материнства: актуальные вопросы теории, законодательства, практики*, „Российская юстиция" 2009/4, s. 7.

Umowę macierzyństwa zastępczego należy uznać za umowę konsensualną zawartą w momencie podpisania[43]. Biorąc pod uwagę złożoność stosunków prawnych, zdaniem niektórych autorów, należy zwrócić uwagę na określenie wymagań co do formy umowy o macierzyństwo zastępcze. Obecnie brak należytej regulacji prowadzi do tego, że taka umowa może być zawarta zarówno w formie pisemnej, jak i ustnej. Notarialna forma umowy nie jest wymagana[44].

W związku z brakiem szczegółowej regulacji obecnie umowa macierzyństwa zastępczego może być zarówno odpłatna, jak i nieodpłatna[45].

Analizując przedmiotową umowę, niektórzy autorzy dochodzą do wniosku, że umowa macierzyństwa zastępczego powinna być wielostronna. Wskazuje się przy tym, że stronami umowy powinny być osoby, które chcą mieć dziecko (potencjalni rodzice), matka zastępcza, a także instytucja medyczna prowadząca interwencje medyczne[46]. Jednak w praktyce umowa jest zawierana zazwyczaj pomiędzy matką zastępczą a rodzicami genetycznymi (ewentualnie samotną kobietą). Należy stwierdzić, że umowa dotycząca macierzyństwa zastępczego jest nowym, samodzielnym rodzajem umowy, której szczegółowa regulacja powinna się znaleźć w ustawodawstwie Federacji Rosyjskiej.

7. REJESTRACJA URODZENIA DZIECKA I WPISANIE RODZICÓW DZIECKA DO KSIĘGI URODZEŃ

Zasada *mater est quam gestatio demonstrant*

W Federacji Rosyjskiej nie istnieje dokładna, prawna definicja pojęcia „matka". Ustawodawca rosyjski tradycyjnie, podobnie jak polski, wychodzi z założenia, że pierwotną podstawą do powstania prawnego stosunku macierzyństwa i wynikających z niego stosunków rodzicielskich jest odbycie ciąży i urodzenie dziecka. Takie podejście jest wzorowane na prawie rzymskim, gdzie istniała zasada *mater est quam gestation demonstrate*. Zostało to wyrażone w brzmieniu art. 48 rosyjskiego Kodeksu rodzinnego, który stanowi (tak samo jak polski art. 61^9 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego[47]), że matką dziecka jest kobieta, która je urodziła[48], wskazując w ust. 1, że pochodzenie dziecka od matki stwierdza się na podstawie dokumentów potwierdzających urodzenie dziecka przez matkę.

---

[43] Т.К. Крайнова, *Договор суррогатного материнства*, „Нотариальный вестник" 2010/11, s. 17.

[44] И.И. Никова, *Исторический и правовой аспект суррогатного материнства: зарубежный и российский опыт*, „Правовая инициатива" 2013/11, s. 8.

[45] А.П. Кокорин, *К вопросу о получении согласия суррогатной матери на запись родителями ребенка супругов, предоставивших свой генетический материал*, „Семейное и жилищное право" 2010/1, s. 28.

[46] А.Н. Чаплыгин, *Суррогатное материнство: to be or not to be?* Актуальные проблемы частно-правового регулирования: материалы Всерос. науч. конф. молодых ученых, Самара: Изд-во Самар. ун-та, 2004, s. 386.

[47] Ustawa z 25.02.1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. z 2017 r. poz. 682). T. Smyczyński, *Macierzyństwo* [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 12, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. T. Smyczyński, rozdział I, § 2, Warszawa 2011, s. 8 i n.; J. Słyk, *Komentarz do art. 61^9 k.r.o.* [w:] *Komentarze Prawa Prywatnego*, red. K. Osajda, t. V, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 900–908.

[48] Tak w uzasadnieniu zdania odrębnego sędziego Sądu Konstytucyjnego Federacji Rosyjskiej, G.A. Gadżijewa do postanowienia Sądu Konstytucyjnego Federacji Rosyjskiej z 15.05.2012 r., nr 880-O, Мнение Судьи Конституционного Суда Российской Федерации Г.А. Гаджиева к Определению Конституционного Суда РФ от 15.05.2012 № 880-О, system informacji prawnej СПС КонсультантПлюс (dostęp: 29.10.2017 r.).

Medyczny akt urodzenia

Pochodzenie dziecka od matki (macierzyństwo) ustala się na podstawie dokumentów potwierdzających urodzenie dziecka przez matkę w placówce służby zdrowia lub, w przypadku narodzin dziecka poza placówką służby zdrowia – na podstawie dokumentów lekarskich, zeznań świadków albo innych dowodów[49]. Dokumentem potwierdzającym urodzenie dziecka przez matkę w placówce służby zdrowia jest medyczny akt urodzenia, wydawany zgodnie z rozporządzeniem Ministerstwa Zdrowia i Rozwoju Społecznego Federacji Rosyjskiej o ustaleniu medycznych kryteriów urodzenia, formy aktu urodzenia i procedury jego wydania[50], w którym, w myśl pkt 19 załącznika nr 3 do rozporządzenia, w rubryce „Matka" w rubryce „Nazwisko, imię, otczestwo" wpisuje się dane osoby, która to dziecko urodziła.

Do księgi urodzeń dane o rodzicach wpisywane są na podstawie zgłoszenia urodzenia dziecka złożonego do właściwego urzędu stanu cywilnego. Do wniosku dołącza się m.in. dokument potwierdzający urodzenie dziecka[51].

Przypadek rejestracji urodzenia dziecka w ramach programu macierzyństwa zastępczego został uregulowany przez ustawodawcę w sposób szczególny, ponieważ wpisanie do księgi urodzeń jako matki innej osoby, niż tej, która faktycznie urodziła dziecko, prowadziłoby do złamania zasady ustalonej w art. 48 rosyjskiego Kodeksu rodzinnego.

Macierzyństwo prawne w stosunku do dziecka urodzonego w ramach procedury macierzyństwa zastępczego

Przepis szczególny zawarty w art. 51 ust. 4 zd. 2 rosyjskiego Kodeksu rodzinnego stanowi, że wpisanie do księgi urodzeń jako rodziców dziecka osób[52], które będąc w związku małżeńskim wyraziły pisemną zgodę na implantację embrionu innej kobiecie w celu noszenia i urodzenia dziecka, jest możliwe wyłącznie za zgodą kobiety, która urodziła to dziecko (matki zastępczej). Rozwijając przedstawiony powyżej przepis, art. 16 ust. 5 ustawy o aktach stanu cywilnego określa, że taka zgoda musi mieć postać dokumentu wydanego przez placówkę służby zdrowia.

Ustawodawca nie określa terminu, w jakim kobieta, która urodziła dziecko, powinna podjąć decyzję o udzieleniu zgody. W literaturze przedmiotu można się spotkać z opinią, że decyzja taka musi być podjęta w ciągu jednego miesiąca od chwili urodzenia dziecka[53]. Jako podstawę tego rozwiązania wskazuje się art. 16 ust. 6 ustawy o aktach stanu cywilnego, zgodnie z którym zgłoszenie urodzenia dziecka powinno być złożone w ciągu jednego miesiąca od jego narodzin.

[49] Art. 48 rosyjskiego Kodeksu rodzinnego (Ustalenie pochodzenia dziecka).

[50] Приказ Минздравсоцразвития России от 27.12.2011 № 1687н «О медицинских критериях рождения, форме документа о рождении и порядке его выдачи», «Российская газета», 23.03.2012 г., nr 64.

[51] Art. 16 ust. 3 rosyjskiej ustawy o aktach stany cywilnego.

[52] Ustawodawstwo Federacji Rosyjskiej nie dopuszcza zawarcia jednopłciowych związków małżeńskich oraz wpisania do aktu urodzenia dziecka jako rodziców osób o jednej płci. W myśl art. 12 rosyjskiego Kodeksu rodzinnego w związek małżeński mogą wstąpić mężczyzna i kobieta. Jak wynika z treści rosyjskiego Kodeksu rodzinnego i ustawy o aktach stanu cywilnego jako rodzice dziecka są wpisywani ojciec i matka, czyli mężczyzna i kobieta.

[53] О.А. Хазова [w:] *Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации (постатейный)*, ред. И.М. Кузнецовой, Warszawa 1996, комментарий к ст. 51.

Ustawodawca nie określa, czy w przypadku udzielenia zgody przez matkę zastępczą na wpisanie rodziców genetycznych jako rodziców dziecka, do medycznego aktu urodzenia należy wpisać matkę zastępczą, czy kobietę, która będzie wpisana do księgi urodzeń jako matka urodzonego dziecka. W literaturze można spotkać opinię, zgodnie z którą w sytuacji udzielenia wymaganej zgody przez matkę zastępczą, do medycznego aktu urodzenia należy wpisać matkę genetyczną[54]. Jednak takie rozwiązanie nie znajduje swojego potwierdzenia w ustawodawstwie, a praktyka sądowa świadczy o tym, że w medycznym akcie urodzenia należy wpisać kobietę, która dziecko faktycznie urodziła[55].

Rejestracja jako rodziców osób niepozostających w związku małżeńskim

Brzmienie przepisów art. 51 ust. 4 i art. 52 ust. 3 rosyjskiego Kodeksu rodzinnego oraz art. 16 ust. 5 ustawy o aktach stanu cywilnego w części mówiącej, że do księgi urodzeń są wpisywane osoby, które *będąc w związku małżeńskim wyraziły pisemną zgodę na implantację embrionu innej kobiecie w celu noszenia i urodzenia dziecka* prowadziło do powstania problemów przy rejestracji jako rodziców osób, niebędących ze sobą w związku małżeńskim oraz samotnych kobiet.

Wskutek zawężającej interpretacji wymienionych wyżej przepisów niejednokrotnie takim osobom odmawiano wpisania ich jako rodziców dziecka do księgi urodzeń, skutkiem czego osoby te były zmuszone zwrócić się do sądu w celu ochrony swoich praw i interesów. Ilustruje to opisany poniżej przypadek.

Powódka zwróciła się do Kuncewskiego Sądu Rejonowego w Moskwie z pozwem przeciwko Kuncewskiemu Oddziałowi Urzędu Stanu Cywilnego (USC), wnosząc o ustalenie pochodzenia dziecka i zobowiązanie oddziału USC do dokonania państwowej rejestracji urodzenia dziecka.

W uzasadnieniu pozwu powódka wskazała, że zwróciła się do oddziału szpitala „Lapino" w celu leczenia niepłodności, w którym zrealizowano program macierzyństwa zastępczego z jej udziałem. Ponieważ powódka nie była w związku małżeńskim, postanowiono wykorzystać nasienie dawcy. W wyniku implantacji embrionów matka zastępcza zaszła w ciążę i urodziła dziecko, po czym udzieliła zgodę na wpisanie powódki jako matki urodzonego dziecka. Powódka zwróciła się do oddziału USC w celu rejestracji urodzenia, lecz jej tego odmówiono.

W uzasadnieniu decyzji odmownej USC wskazał, że dokonanie rejestracji zgodnie z wnioskiem osoby zainteresowanej byłoby sprzeczne z art. 16 ust. 5 ustawy o aktach stanu cywilnego oraz z art. 51 ust. 4 Kodeksu rodzinnego. W decyzji pozwany wskazał, że powódka nie jest w związku małżeńskim, natomiast art. 51 ust. 4 rosyjskiego Kodeksu rodzinnego przewiduje wpisanie jako rodziców dziecka urodzonego w ramach programu macierzyństwa zastępczego osób będących małżeństwem. Jednocześnie pozwany w odpowiedzi na pozew wskazał, że nie jest przeciwny uznaniu żądań powódki za zasadne.

[54] О.А. Хазова [w:] *Комментарий*...

[55] Апелляционное Определение Судебной коллегии по гражданским делам Московского городского суда от 18 июля 2016 года по делу № 33–27809/2016, https://www.mos-gorsud.ru/mgs (dostęp: 29.10.2017 r.); Апелляционное Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного суда республики Татарстан от 12 марта 2015 года по делу № 33–27809/2015, http://vs.tat.sudrf.ru/ (dostęp: 29.10.2017 r.).

Sąd, po zbadaniu stanu faktycznego, uznał żądanie powódki za zasadne. Opierając się na przepisach art. 55 ust. 2, 3 i 9 ustawy o podstawach ochrony zdrowia obywateli, sąd nie stwierdził istnienia ustawowego zakazu uczestnictwa w programie macierzyństwa zastępczego pełnoletnich kobiet niebędących w związku małżeńskim.

Zdaniem sądu z treści przepisu art. 51 ust. 4 rosyjskiego Kodeksu rodzinnego nie wynika, że niepozostawanie w związku małżeńskim może stać się podstawą odmowy rejestracji urodzenia dziecka urodzonego przez matkę zastępczą.

Jednocześnie ponieważ Kodeks rodzinny nie zawiera przepisów regulujących rejestrację urodzenia dziecka przez matkę zastępczą dla samotnej kobiety, sąd na mocy art. 5 Kodeksu rodzinnego[56] uznał za możliwe zastosowanie w tym przypadku art. 51 ust. 4 *per analogiam*[57].

Wśród podobnych orzeczeń należy też wymienić sprawę I. Diakonowej przeciwko Oddziałowi USC Tuapsińskiego rejonu[58], w której powódka zwróciła się do sądu o zobowiązanie USC do wpisania jej jako matki dziewczynki urodzonej w ramach programu macierzyństwa zastępczego. USC odmowę wpisania powódki jako matki urodzonego dziecka argumentował tym, że zgodnie z treścią art. 16 ust. 5 ustawy o aktach stanu cywilnego oraz art. 51 ust. 4 Kodeksu rodzinnego jako rodzice mogą zostać wpisane osoby będące małżeństwem, natomiast powódka w momencie zgłoszenia urodzenia nie była w zarejestrowanym związku małżeńskim.

Sąd uznał żądanie powódki za zasadne i zobowiązał USC do sporządzenia odpowiedniego wpisu do aktów stanu cywilnego, wskazującego powódkę jako matkę.

Z podobnym problemem spotykają się również pary, składające się z mężczyzny i kobiety, lecz niebędące małżeństwem. Wyrokiem z 10.03.2017 r. Czerjemuszkinski Sąd Rejonowy w Moskwie zobowiązał Czerjemuszkinski oddział USC do dokonania rejestracji urodzenia dziecka powodów, niebędących ze sobą w związku małżeńskim, których dziecko urodziło się w wyniku programu macierzyństwa zastępczego.

Używając analogicznej argumentacji, opartej na treści art. 5 Kodeksu rodzinnego, sąd dodatkowo wskazał, że pochodzenie dziecka od rodziców stanowi podstawę do powstania stosunków prawnych pomiędzy rodzicami a dziećmi, niezależnie od tego, czy rodzice są małżeństwem czy nie, oraz od tego, czy mieszkają razem czy osobno[59].

Rozpatrując skargi na decyzje organów stanu cywilnego, sądy dochodzą do wniosku, że w przypadku osób niebędących ze sobą w związku małżeńskim lub samotnej kobiety przy rejestracji urodzenia dziecka przepisy art. 51 ust. 4 Kodeksu rodzinnego stosuje się *per analogiam*. W konsekwencji zgłoszenie urodzenia dziecka może być dokonane zarówno przez pary małżeńskie, jak i pary niebędące w związku małżeńskim, a także przez samotne kobiety.

---

[56] Zgodnie z powołanym przepisem, jeżeli stosunki pomiędzy członkami rodziny nie są uregulowane w prawie rodzinnym lub w umowie zawartej przez strony, oraz w przypadku braku przepisów prawa cywilnego bezpośrednio regulujących przedmiotowe stosunki, stosuje się do nich (jeżeli nie jest to sprzeczne z ich treścią) przepisy prawa rodzinnego lub przepisy prawa cywilnego regulujące podobne stosunki (analogia ustawy).

[57] Решение Кунцевского районного суда г. Москвы от 19 апреля 2017 года по делу № 02–1972/2017, http://docs.pravo.ru (dostęp: 29.10.2017 r.).

[58] Решение Туапсинского городского суда Краснодарского края от 24 ноября 2016 года по делу № 2а–1633/16, http://xn--90afdbaav0bd1afy6eub5d.xn--p1ai/22133641/extended (dostęp: 29.10.2017 r.).

[59] Решение Черемушкинского районного суда г. Москвы от 10 марта 2017 года по делу № 02–1987/2017, http://docs.pravo.ru (dostęp: 29.10.2017 r.).

Urząd stanu cywilnego przy zgłoszeniu urodzenia dziecka sporządza akt urodzenia, w którym jako rodziców podaje osoby korzystające z programu macierzyństwa zastępczego, jednak pod warunkiem przedstawienia przez nie dokumentu zawierającego odpowiednią zgodę matki zastępczej[60], przy czym w takiej sytuacji nie podnosi się kwestii adopcji dziecka przez rodziców genetycznych[61].

Przyjęte rozwiązanie prowadzi do tego, że prawnie dziecko będzie pochodziło nie od kobiety, która je urodziła (matki zastępczej), lecz od innej osoby (osób), która uzyska stan cywilny rodzica na podstawie wpisu do księgi urodzeń.

Wpisanie do aktu urodzenia jako rodzica osoby, która korzysta z programu macierzyństwa zastępczego, zrywa więź prawną dziecka z kobietą, która je urodziła. Matka zastępcza w przypadku kwestionowania macierzyństwa nie może powoływać się na fakt implantacji embrionu[62].

Tajemnica macierzyństwa zastępczego

W celu zachowania tajemnicy urodzenia dziecka przez matkę zastępczą dopuszczalne jest wprowadzenie do aktu urodzenia zmian w zakresie miejsca urodzenia i daty urodzenia dziecka. Zgodnie bowiem z aktualnym orzecznictwem w chwili dokonania rejestracji urodzenia dziecka USC może zastosować *per analogiam* art. 135 rosyjskiego Kodeksu rodzinnego, zgodnie z którym na wniosek osoby adoptującej w celu zachowania w tajemnicy faktu adopcji mogą być zmienione miejsce urodzenia dziecka oraz data jego urodzenia, lecz nie dłużej niż o 3 miesiący.

Problemy z tego wynikające obrazują stany faktyczne i przebieg postępowania w poniższych sprawach.

Urząd stanu cywilnego dla miasta Moskwy zwrócił się do sądu w celu zobowiązania pozwanych do wniesienia zmian do aktów stanu cywilnego w związku z błędnie podanym miejscem urodzenia ich dzieci, faktycznie urodzonych w mieście Rżew.

W księdze urodzeń jako miejsce urodzenia podano Moskwę, w związku z czym urząd uznał, że należy wprowadzić odpowiednie zmiany i uznać za nieważne wydane wcześniej metryki. Pozwani wnosili o niewprowadzanie zmian w związku z interesem prawnym ich dzieci i zastosowanie *per analogiam* art. 135 Kodeksu rodzinnego w celu zachowania tajemnicy urodzenia, ponieważ dzieci były urodzone w Rżewie przez matkę zastępczą.

Sąd pierwszej instancji uznał żądanie USC za uzasadnione, odmawiając zastosowania art. 135 Kodeksu rodzinnego w związku z tym, że reguluje on stosunki adopcji i nie dotyczy macierzyństwa zastępczego.

Sąd drugiej instancji ocenił stanowisko sądu pierwszej instancji jako sprzeczne z obowiązującym ustawodawstwem i uznał za możliwe zastosowanie przepisu

[60] Zdaniem O. Hazowoj, jeżeli kobieta, która urodziła dziecko, wyrazi zgodę na wpisanie do aktu urodzenia jako rodziców osób, które korzystają z programu macierzyństwa zastępczego, to placówka służby zdrowia, w której urodziło się dziecko, musi w medycznym akcie urodzenia wpisać też kobietę, która korzystała z usług matki zastępczej, zob. O.A. Хазова [w:] *Комментарий*...

[61] Апелляционное Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного суда республики Татарстан от 12 марта 2015 года по делу № 33–3506/2015, http://vs.tat.sudrf.ru/(dostęp: 29.10.2017 r.).

[62] Art. 52 ust. 3 rosyjskiego Kodeksu rodzinnego. Analogicznie w przypadku kwestionowania macierzyństwa lub ojcostwa, para, która wyraziła zgodę na implantację embrionu matce zastępczej, nie może powoływać się na fakt implantacji embrionu.

art. 135 *per analogiam* na podstawie art. 1 Kodeksu postępowania cywilnego[63], uchylił wyrok sądu pierwszej instancji i oddalił powództwo USC[64].

Podobnie rozstrzygane są sprawy o zmianę daty urodzenia dziecka. Powodowie złożyli do Kuncewskiego Sądu Rejonowego[65] pozew o unieważnienie decyzji Kuncewskiego Oddziału USC o odmowie zmiany aktów stanu cywilnego polegającej na zmianie daty urodzenia.

W uzasadnieniu pozwu powodowie wskazali, że jako pacjenci brali udział w programie macierzyństwa zastępczego, podczas którego przeprowadzono czynności w celu uzyskania embrionów i ich implantacji matce zastępczej. W ramach przeprowadzonej procedury uzyskano taką liczbę embrionów, że możliwa była ich implantacja zarówno matce zastępczej, jak i pacjentce.

W wyniku przeprowadzonych po określonym czasie badań stwierdzono ciążę jednopłodową u matki zastępczej i wielopłodową u pacjentki. W momencie urodzenia dziecka przez matkę zastępczą pacjentka jeszcze była w ciąży. Możliwość spowodowania przedwczesnego porodu w celu uzyskania wspólnej daty urodzenia wszystkich trojga dzieci była jednoznacznie odrzucona, ponieważ stanowiłoby to duże zagrożenie dla zdrowia pacjentki i jej dzieci. W związku z powyższym, poród pacjentki odbył się w późniejszym terminie, a różnica w czasie wyniosła 18 dni.

USC nie przedstawił odpowiedzi na pozew. Sąd ustalił, że, zgodnie z przedstawionymi dowodami, trójka dzieci jest rodzeństwem, i zgodził się z argumentem powodów, że 18-dniowa różnica w datach urodzenia świadczyłaby o nienaturalnym charakterze nastąpienia ciąży i urodzenia. W konsekwencji doprowadziłoby to do złamania tajemnicy lekarskiej, ponieważ dokumenty zawierające dane o urodzeniu dzieci będą przedstawiane w miejscach publicznych (takich jak przedszkola, szkoły, szpitale itd.).

Sąd uznał, że rozpowszechnienie podobnej informacji może doprowadzić do urazu psychicznego dzieci oraz do naruszenia ich praw. Kierując się przedstawionymi argumentami i powołując się na treść art. 5 Kodeksu rodzinnego, sąd postanowił uchylić decyzję USC, zmienić datę urodzenia dziecka urodzonego przez matkę zastępczą i zobowiązać USC do wprowadzenia odpowiednich zmian do akt stanu cywilnego[66].

Odmowa zgody na rejestrację rodziców genetycznych przez matkę zastępczą

Z treści przepisów art. 51 ust. 4 i art. 16 ust. 5 Kodeksu rodzinnego można wywnioskować, że może mieć miejsce sytuacja w której kobieta, która urodziła dziecko, nie wyrazi zgody na wpisanie innej osoby do aktu urodzenia.

---

[63] «Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации» от 14.11.2002 № 138-ФЗ, «Российская газета» № 220, 20.11.2002. Zgodnie z powołanym przepisem w przypadku braku normy, regulującej stosunki prawne pomiędzy stronami sądy stosują przepisy, regulujące podpbne stosunki prawne *per analogiam*.

[64] Апелляционное Определение Судебной коллегии по гражданским делам Московского городского суда от 18 сентября 2013 г. по делу № 11–26919/2013, https://www.mos-gorsud.ru/mgs (dostęp: 29.10.2017 r.).

[65] Решение Кунцевского районного суда г. Москвы от 21 февраля 2017 г. по делу № 02–1532/2017, http://docs.pravo.ru (dostęp: 29.10.2017 r.).

[66] Warto wskazać, że przy wydaniu takich wyroków sądy zwracają uwagę na przestrzeganie stosowanego *per analogiam* przepisu art. 135 rosyjskiego Kodeksu rodzinnego. Twerski Sąd Rejonowy miasta Moskwa w wyroku z 7.02.2013 r., 2–640/2013, oddalił powództwo o zmianę daty urodzenia z uwagi na fakt, że przepis art. 135 rosyjskiego Kodeksu rodzinnego pozwala na zmianę nie dłuższą niż trzymiesięczną, wtedy gdy powódka w podobnej do opisanej sytuacji wnosiła o zmianę daty urodzenia dziecka o 5 miesięcy i 22 dni. (Решение Тверского районного суда г. Москвы от 7 февраля 2013 г. по делу № 2–640/2013, http://sudact.ru, dostęp: 29.10.2017 r.).

W takiej sytuacji zgłasza ona do urzędu stanu cywilnego, na podstawie medycznego aktu urodzenia, wydanego przez placówkę służby zdrowia, w której dziecko się urodziło, fakt jego urodzenia i wnosi o wpisanie jej jako matki tego dziecka.

Jeśli matka zastępcza jest w związku małżeńskim, jako ojca wpisuje się do metryki jej męża[67]. Jeśli matka zastępcza nie ma męża, wpisu o ojcu dziecka dokonuje się na zasadach ogólnych[68].

Odnośnie do sytuacji, w której matka zastępcza odmawia udzielenia zgody na wpisanie rodziców genetycznych do aktu urodzenia dziecka, wypowiedział się Sąd Najwyższy Federacji Rosyjskiej[69]. W opinii Sądu Najwyższego przy rozstrzyganiu sporów sądy powinny mieć na uwadze, że jeśli matka zastępcza odmówiła zgody na wpisanie jako rodziców osób korzystających z programu macierzyństwa zastępczego, to okoliczność ta nie może stanowić bezwarunkowego powodu dla odmowy zaspokojenia roszczenia tych osób o wpisanie ich jako rodziców dziecka i przekazanie im dziecka na wychowanie.

Zdaniem Sądu Najwyższego w celu poprawnego rozpatrzenia sprawy, sąd powinien w szczególności ustalić, czy została zawarta umowa o świadczeniu usługi matki zastępczej oraz jakie były jej warunki; czy powodowie są genetycznymi rodzicami dziecka; z jakich powodów matka zastępcza nie zgodziła się na rejestrację powodów jako rodziców dziecka, i – biorąc pod uwagę okoliczności ustalone w sprawie, a także treść art. 3 Konwencji o prawach dziecka[70] – rozwiązać spór w sposób najpełniej realizujący „najlepszy interes dziecka".

Problemy konstytucyjne

Treść przepisu art. 51 ust. 4 Kodeksu rodzinnego doprowadziła do szerokiej dyskusji, której kluczowym pytaniem było to, czy matka zastępcza ma obowiązek przekazać dziecko jego genetycznym rodzicom?

Zwolennicy teorii biologicznej (M. Antokolska[71], L. Pczelincewa[72], E. Iwajewa[73]) oceniają jako właściwe obowiązujące obecnie rozwiązanie, preferujące pragnienia kobiety, która urodziła dziecko (jako matka zastępcza), by zadecydowała o tym, kto będzie posiadał prawa rodzicielskie w stosunku do urodzonego przez nią dziecka.

W okresie ciąży bowiem możliwe jest powstanie u matki zastępczej „instynktu macierzyńskiego" (który ma charakter naturalny), a także nawiązanie więzi emocjonalnej i fizjologicznej z nienarodzonym dzieckiem.

Natomiast zwolennicy teorii genetycznej (I. Michailowa[74], A. Majfat[75]) wskazali, że ustawowe określenie priorytetu matki zastępczej w podjęciu przedmiotowej

[67] Zgodnie z art. 51 rosyjskiego Kodeksu rodzinnego ojciec i matka będący w związku małżeńskim są wpisywani jako rodzice dziecka w księdze urodzeń na wniosek któregokolwiek z nich.

[68] Jeśli rodzice nie są w związku małżeńskim, wówczas wpis o matce dziecka jest dokonywany na wniosek matki, a wpisu o ojcu dziecka dokonuje się na podstawie wspólnego wniosku ojca i matki dziecka lub na wniosek ojca dziecka lub ojciec jest wpisywany na podstawie orzeczenia sądu (uznanie lub ustalenie ojcostwa).

[69] Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 16.05.2017, № 16...

[70] Konwencja o prawach dziecka, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 20.11.1989 r. (Dz.U. z 1991 r. poz. 526 ze zm.).

[71] М.В. Антокольская, *Семейное право: Учебник*, Москва 2000, s. 183.

[72] Л.М. Пчелинцева, *Семейное*…, s. 290.

[73] Э.А.Иваева, *Суррогатное материнство: правовое и нравственное измерение проблемы*, „Медицинское право" 2008/3, s. 23.

[74] И.А. Михайлова, *Законодательство, регламентирующее установление происхождения детей, нуждается в корректировке*, „Вопросы ювенальной юстиции" 2009/2, s. 17.

[75] А.В. Майфат, *Суррогатное материнство*, „Коллегия адвокатов", http://www/urallaw.ru (dostęp: 29.10.2017 r.).

decyzji narusza ustaloną w art. 38 Konstytucji Federacji Rosyjskiej zasadę ochrony dziecka, rodziny i macierzyństwa, ponieważ nie chroni interesów genetycznych rodziców dziecka urodzonego przez matkę zastępczą.

Na rzecz tego stanowiska przemawia też cel programu macierzyństwa zastępczego. Jest nim umożliwienie osobom, które nie są w stanie urodzić dziecka, posiadania dziecka, które jest z nimi genetycznie związane, zaś kobieta będąca matką zastępczą uczestniczy w programie jeśli wyraziła – w sposób świadomy i dobrowolny – zgodę na implantację embrionu.

Artykuł 51 ust. 4 Kodeksu rodzinnego w 2012 r. został poddany kontroli konstytucyjności. Sąd Konstytucyjny Federacji Rosyjskiej badał jego zgodność z art. 19 i art. 38 ust. 1 i 2 Konstytucji Federacji Rosyjskiej.

Zgodnie z aktami sprawy wnioskodawcy zawarli umowę o macierzyństwo zastępcze z matką zastępczą. Matka zastępcza po urodzeniu dziecka nie wyraziła jednak zgody na wpisanie małżonków jako rodziców do aktu urodzenia. Małżonkowie zwrócili się do sądu w celu ustalenia pochodzenia dziecka urodzonego przez matkę zastępczą, anulowania wpisu do księgi urodzeń i zobowiązania matki zastępczej, by nie czyniła przeszkód w rejestracji powodów jako rodziców dziecka.

Sąd pierwszej instancji oddalił powództwo, a sądy wyższych instancji utrzymały w mocy decyzję sądu pierwszej instancji. W związku z powyższym małżonkowie zwrócili się do Sądu Konstytucyjnego.

Sąd Konstytucyjny odmawiając przyjęcia sprawy do rozpoznania, wskazał, że mimo to iż przedstawione w art. 51 ust. 4 rozwiązanie nie jest jedynym z możliwych, ustawodawca nie wykroczył w tym zakresie poza swoje uprawnienia, a zaskarżone przepisy nie są sprzeczne z konstytucją oraz międzynarodowymi zobowiązaniami Federacji Rosyjskiej[76]. Do opisanego wyżej orzeczenia sędziowie S. Kniazjew oraz G. Gadżijew złożyli zdania odrębne.

Sędzia Sądu Konstytucyjnego S. Kniazjew[77], nie zgadzając się z wnioskowaniem Sądu, podniósł następujące argumenty: ustalenie wyłącznej prerogatywy matki zastępczej do podjęcia decyzji o przekazaniu rodzicom genetycznym praw rodzicielskich stwarza legalną podstawę do naruszenia równowagi i umniejszenia praw i interesów prawnych zarówno rodziców genetycznych, jak i urodzonego dziecka. Zastosowanie programu macierzyństwa zastępczego prowadzi do „współuczestnictwa" rodziców genetycznych i matki zastępczej, w związku z czym odbycie ciąży i urodzenie dziecka nie może stanowić podstawy do przyznania matce zastępczej nieograniczonej swobody w określeniu osoby, której będą przysługiwały prawa rodzicielskie.

Zdaniem sędziego należy także wziąć pod uwagę cel programu macierzyństwa zastępczego – urodzenie dziecka dla osób, które nie są w stanie samodzielnie go urodzić. W związku z powyższym jest wątpliwe, czy zaproponowane przez ustawodawcę rozwiązanie sprzyja osiągnięciu pierwotnego celu instytucji macierzyństwa zastępczego.

[76] Определение Конституционного Суда РФ от 15.05.2012 № 880-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Ч.П. и Ч.Ю. на нарушение их конституционных прав положениями пункта 4 статьи 51 Семейного кодекса Российской Федерации и пункта 5 статьи 16 Федерального закона «Об актах гражданского состояния», system informacji prawnej СПС КонсультантПлюс (dostęp: 29.10.2017 r.).

[77] Мнение Судьи Конституционного Суда Российской Федерации С.Д. Князева к Определению Конституционного Суда РФ от 15.05.2012 № 880-О, system informacji prawnej СПС КонсультантПлюс (dostęp: 29.10.2017 r.).

Kolejnym argumentem na poparcie zdania odrębnego jest wzgląd na sytuację prawną genetycznego ojca dziecka. „Konkurencja" praw macierzyńskich może uniemożliwić mu nabycie praw rodzicielskich wobec dziecka, które jest genetycznie jego. Gdy matka zastępcza nie pozostaje w związku małżeńskim i będzie chciała samotnie wychowywać dziecko, może to również pogarszać warunki wychowawcze dziecka w porównaniu do sytuacji wychowywania go w pełnej rodzinie przez rodziców genetycznych. Uzależnienie ustalenia prawnego stosunku rodzicielskiego wyłącznie od decyzji matki zastępczej – zdaniem sędziego Kniazjewa – pozostawia cały szereg pytań bez odpowiedzi.

W drugim zdaniu odrębnym sędzia G. Gadżijew[78] zarzucił ustawodawcy niezachowanie zasady proporcjonalności przy dokonaniu przyjętego rozwiązania, które odbyciu ciąży i urodzeniu dziecka przypisuje większe znaczenie niż cierpieniom moralnym rodziców genetycznych, którzy z obiektywnych przyczyn musieli skorzystać z programu zastępczego macierzyństwa[79].

8. POTENCJALNE KIERUNKI ROZWOJU USTAWODAWSTWA REGULUJĄCEGO MACIERZYŃSTWO ZASTĘPCZE

W ciągu ostatnich 2 lat do Dumy Państwowej Federacji Rosyjskiej wniesiono dwa projekty ustaw, mających na celu zmianę stanu prawnego w zakresie regulacji macierzyństwa zastępczego.

W dniu 19.09.2016 r. posłanka Dumy S. Murzabajewa wniosła projekt ustawy nr 1177252–6[80] „O wprowadzeniu zmian do kodeksu rodzinnego Federacji Rosyjskiej oraz art. 16 ustawy federalnej o aktach stanu cywilnego w sprawie stosowania technologii wsparcia reprodukcji"[81], mający na celu optymizację istniejącego ustawodawstwa. W projekcie ustawy zaproponowano nowe brzmienie przepisu art. 51 rosyjskiego Kodeksu rodzinnego umożliwiającego wpisanie, jako rodziców dziecka urodzonego w ramach programu macierzyństwa zastępczego, oprócz małżonków, również mężczyzny i kobiety niebędących (ze sobą – dop. autorki) w związku małżeńskim oraz samotnej kobiety.

Jeśli niebędące małżeństwem rodzice zastępczy, którzy udzielili dobrowolnej zgody na udział w programie macierzyństwa zastępczego, nie wystąpiliby z wnioskiem o wpisaniu ich jako rodziców urodzonego dziecka, wówczas powinni byli być wpisywani jako rodzice dziecka z urzędu.

W przypadku, gdy potencjalni rodzice lub samotna kobieta zrezygnują z rodzicielstwa lub w przypadku ich śmierci przed urodzeniem dziecka, kobieta, która

[78] Мнение...

[79] „*Fakt noszenia i urodzenia dziecka jest uznawany za bardziej znaczący socjalnie i emocjonalnie, niż pochodzenie genetyczne* (...), *moralne cierpienia rodziców genetycznych dziecka, pozbawionych możliwości realizacji określonych ustawowo praw rodzicielskich w odniesieniu do ich dziecka, którego oni nie mogli począć i urodzić w sposób naturalny, są uważane za mniej znaczące społecznie*".

[80] Проект Федерального закона № 1177252–6 „О внесении изменений в Семейный кодекс Российской Федерации и статью 16 Федерального закона «Об актах гражданского состояния» в части применения вспомогательных репродуктивных технологий»", Система обеспечения законодательной деятельности, http://sozd.parlament.gov.ru/bill/1177252–6 (dostęp: 29.10.2017 r.).

[81] Ten sam projekt już wcześniej był wnoszony do Dumy Państwowej przez posłów S. Mazurbajewą, M. Abrasowa i W. Maksymowa w listopadzie 2015 r. pod nr 929657–6, ale przed rozpatrzeniem w pierwszym czytaniu został wycofany przez projektodawcę. Система обеспечения законодательной деятельности, http://sozd.parlament.gov.ru/bill/929657–6 (dostęp: 29.10.2017 r.).

dziecko urodziła, miałaby być wpisana – za jej zgodą – jako matka tego dziecka.

W przypadku, gdy matka zastępcza będąca w związku małżeńskim, wyraziłaby zgodę na wpisanie jej jako matki do aktu urodzenia dziecka, to jako ojciec dziecka miałby być wpisany jej mąż, który wcześniej wyraził pisemną zgodę na udział matki zastępczej w programie macierzyństwa zastępczego.

Zaproponowano wprowadzenie zmiany do ustawy o aktach stanu cywilnego, zgodnie z którą zamiast zgody kobiety, która urodziła dziecko, na wpisanie do metryki urodzenia rodziców genetycznych, w USC musiałaby być przedstawiona umowa zawarta pomiędzy matką zastępczą a potencjalnymi rodzicami lub samotną kobietą, poświadczona przez kierownika placówki służby zdrowia. Zgodnie z uzasadnieniem projektu ustawy projekt miał na celu:

- wyeliminowanie sprzeczności pomiędzy treścią art. 51, 52 rosyjskiego Kodeksu rodzinnego a art. 55 ustawy o podstawach ochrony zdrowia obywateli w części określającej podmioty, które mogą być wpisane jako rodzice dziecka urodzonego w wyniku programu macierzyństwa zastępczego;
- zrównoważenie interesów potencjalnych rodziców i matki zastępczej poprzez zniesienie wymogu uzyskania zgody matki zastępczej na wpisanie potencjalnych rodziców do aktu urodzenia. Projektodawca wychodził bowiem z założenia, że matka zastępcza aprobuje ten stan rzeczy już w chwili podpisania dobrowolnej zgody na udział w programie macierzyństwa zastępczego;
- wzmocnienie ochrony interesów urodzonego dziecka przez określenie procedury ustalenia pochodzenia dziecka w przypadku śmierci potencjalnych rodziców lub rezygnacji z rodzicielstwa.

Projekt przekazano do Komitetu ds. Rodziny, Kobiet i Dzieci, który w sprawozdaniu z rozpatrzenia projektu rekomendował jego oddalenie. Oddalenie projektu wnioskował również rząd Federacji Rosyjskiej.

Projektowi zarzucono następujące wady[82]:

- wprowadzenie przepisu pozwalającego na wpisanie mężczyzny i kobiety niebędących w związku małżeńskim jako rodziców dziecka do aktu urodzenia prowadzi do zaistnienia sprzeczności między art. 51 i 52 rosyjskiego Kodeksu rodzinnego a art. 17 ust. 3 i art. 48 ustawy o aktach stanu cywilnego, zgodnie z którymi w przypadku, gdy matka dziecka nie jest w związku małżeńskim, wpisanie jej partnera jako ojca urodzonego dziecka odbywa się na podstawie aktu uznania ojcostwa;
- zdaniem Komitetu, z uwagi na fakt, że umowa pomiędzy matką zastępczą a potencjalnymi rodzicami jest zawierana na długo przed urodzeniem dziecka, celowe będzie notarialne poświadczenie takiej umowy;
- zaproponowane zmiany przewidują możliwość rezygnacji potencjalnych rodziców z rodzicielstwa oraz nie określają, kto będzie ponosił odpowiedzialność za los dziecka w przypadku rezygnacji z rodzicielstwa przez

[82] Заключение по проекту федерального закона № 1177252–6, Система обеспечения законодательной деятельности, http://sozd.parlament.gov.ru/bill/1177252–6 (dostęp: 29.10.2017 r.).

potencjalnych rodziców oraz matkę zastępczą. Nie są też podane możliwe powody uzasadniające taką rezygnację, co oznacza, że rezygnacja może być oparta wyłącznie na decyzji potencjalnych rodziców. Ponadto wpisanie męża matki zastępczej jako ojca dziecka w przypadku, gdy wyrazi ona zgodę na wpisanie jej jako matki dziecka do aktu urodzenia w sytuacji, gdy potencjalni rodzice nie żyją lub zrezygnowali z rodzicielstwa, pociąga za sobą powstanie obowiązku rodzicielskiego po stronie męża matki zastępczej. Jednak wyrażenie zgody męża matki zastępczej na jej udział w programie macierzyństwa zastępczego nie może być równoważne ze zgodą na wpisanie jego jako ojca przyszłego dziecka.

Duma Państwowa oddaliła projekt ustawy 20.04.2017 r.

Drugi projekt ustawy[83], mającej na celu zmianę regulacji prawnej instytucji macierzyństwa zastępczego, został wniesiony do Dumy 27.03.2017 r. przez posła Rady Federacji Rosyjskiej A. Bieljakowa, który proponował skreślenie przepisów zezwalających na stosowanie programu macierzyństwa zastępczego. W uzasadnieniu projektu ustawy projektodawca podnosił następujące argumenty, wskazujące na wadliwość obowiązującego stanu prawnego:

- niewystarczający poziom rozwoju ustawodawstwa regulującego macierzyństwo zastępcze, m.in. brak regulacji dotyczącej umowy macierzyństwa zastępczego;
- brak jednoznacznych rozwiązań w sytuacji urodzenia dziecka z patologią lub śmierci nienarodzonego dziecka;
- wadliwość ustalonej ustawowo możliwości przekazania dziecka rodzicom wyłącznie na podstawie zgody matki zastępczej, bez przeprowadzenia procedury przysposobienia;
- brak regulacji przeprowadzenia programu macierzyństwa zastępczego z udziałem cudzoziemców;
- naruszenie praw dziecka, przede wszystkim – praw do identyfikacji osobowej i rodzinnej;
- traktowanie dziecka jako przedmiotu umowy;
- komercjalizacja usług matek zastępczych i rozwój „turystyki genetycznej".

W uzasadnieniu projektu jego autor proponował wprowadzenie zakazu stosowania macierzyństwa zastępczego w Federacji Rosyjskiej do momentu opracowania kompleksowej regulacji tej instytucji. Przedstawiona inicjatywa ustawodawcza nie zyskała aprobaty ani władz regionalnych, ani centralnych. Parlamenty Kabardo-Bałkarii, Obwodu Astrachańskiego i Kraju Ałtajskiego w przedstawionych opiniach wskazały, że nie udzielają poparcia projektowi i uznają go za niecelowy.

Komitet Dumy Państwowej ds. Ochrony Zdrowia w swojej opinii wskazał, że metody wsparcia reprodukcji (w tym macierzyństwo zastępcze) w Rosji funkcjonują jako metody wsparcia dzieci, rodzin, macierzyństwa, ojcostwa oraz praw

[83] Проект Федерального закона № 133590–7 „О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части запрета суррогатного материнства", Система обеспечения законодательной деятельности, http://sozd.parlament.gov.ru/bill/133590–7 (dostęp: 29.10.2017 r.).

obywateli do ochrony zdrowia i pomocy medycznej. Zdaniem Komitetu problemy poruszone przez autora projektu są związane nie z instrytucją macierzyństwa zastępczego, lecz ze stosowaniem istniejących przepisów prawnych w praktyce i niewystarczającą kontrolą nad ich stosowaniem. Dlatego celowe będzie dopracowanie przepisów regulujących macierzyństwo zastępcze.

Komitet podkreślił także, że wprowadzenie zaproponowanego zakazu może doprowadzić do sytuacji, w której macierzyństwo zastępcze przejdzie do „szarej strefy", w związku z czym wzrośnie też zagrożenie naruszenia praw obywateli.

Wymienione w projekcie zagadnienia (kwestie nadużycia w przekazywaniu dzieci obcokrajowcom, sprawy spadkowe) należy rozwiązywać w ramach odpowiednich regulacji, natomiast zakaz stosowania programów macierzyństwa zastępczego nie może być podstawą do wypracowania nowego, całościowego podejścia do instytucji macierzyństwa zastępczego[84].

Rząd Federacji Rosyjskiej w swojej opinii, również nie udzielając poparcia projektowi, wskazał po pierwsze, że zgodnie z ustawodawstwem rosyjskim program macierzyństwa zastępczego może być stosowany wyłącznie w określonych ustawowo przypadkach, a zakaz stosowania tego programu prowadzi do ograniczenia praw osób, które nie są w stanie urodzić dziecka w sposób naturalny.

Po drugie, zdaniem rządu zakaz macierzyństwa zastępczego niewątpliwie doprowadzi do rozwoju „turystyki reprodukcyjnej" obywateli Rosji do innych państw, co może skutkować powstaniem problemów dotyczących ustalenia pochodzenia dziecka urodzonego za granicą przez matkę zastępczą, uzyskania przez takie dziecko obywatelstwa, prawa wjazdu na teren Rosji itp.

Przedstawiony projekt ustawy wraz ze wszystkimi sporządzonymi opiniami został przekazany pod obrady Dumy Państwowej 27.09.2017 r., jednak nie został do tej pory rozpatrzony[85].

9. PODSUMOWANIE

Instytucja wsparcia reprodukcji za pomocą metod sztucznego zapłodnienia w Federacji Rosyjskiej ma ponad 30-letnią historię. Zaledwie rok po pierwszej udanej próbie zapłodnienia *in vitro*, ustawodawca uregulował procedurę stosowania tej metody w osobnym rozporządzeniu. Osiem lat później po raz pierwszy zrealizowano program macierzyństwa zastępczego.

Od tego czasu macierzyństwo zastępcze w Federacji Rosyjskiej jest uznawane przez władze ustawodawcze i wykonawcze za instytucję potrzebną społeczeństwu. Metody wsparcia reprodukcji, w tym macierzyństwo zastępcze, stanowią integralną część rządowych programów wsparcia rodziny, macierzyństwa i dzieciństwa. Co roku rośnie liczba par, które decydują się na korzystanie z usług matki zastępczej. Niewątpliwy pozostaje fakt, że zakaz macierzyństwa zastępczego prowadziłby do ograniczenia i naruszenia praw obywateli oraz pozbawiłby wiele osób, które z przyczyn medycznych nie mogą sami zostać rodzicami, możliwości wychowania dzieci.

[84] Заключение по проекту федерального закона № 133590–7, http://sozd.parlament.gov.ru/bill/133590–7 (dostęp: 29.10.2017 r.).
[85] Stan prawny na dzień 22.06.2018 r.

Konieczne wydaje się przywołanie w tym kontekście „Koncepcji polityki demograficznej Federacji Rosyjskiej do roku 2025" zatwierdzonej przez Prezydenta Federacji Rosyjskiej[86], podkreślającej m.in. doniosłość rozwoju technologii wspierania reprodukcji, a także programu macierzyństwa zastępczego.

Koncepcja ta zakłada zwiększenie i stabilizację liczebności populacji oraz stworzenie warunków do jej wzrostu oraz polepszenie jakości życia obywateli. Jednym z kierunków realizacji rosyjskiej polityki demograficznej stanowią działania skierowane na rozwój technologii wspierania reprodukcji i stworzenie warunków umożliwiających ich zastosowanie. Osoby mające problem z naturalnym poczęciem i urodzeniem dziecka powinni mieć w ramach technologii wspierania reprodukcji możliwość skorzystania z programu zapłodnienia *in vitro*, z możliwości użycia męskich i żeńskich gamet dawców w celu uzyskania embrionu lub z programu implantacji embrionów dawców, z przeprowadzenia procedury sztucznej inseminacji nasieniem męża (partnera), a także z programu macierzyństwa zastępczego.

Niewątpliwie instytucja macierzyństwa zastępczego jest (niekiedy jedyną) możliwością urodzenia dziecka genetycznie pochodzącego od potencjalnych rodziców. Wszystkie próby derogacji przepisów regulujących tę instytucję były dotychczas odrzucane przez ustawodawcę. Niemniej jednak należy przyznać, że istniejące regulacje nie można uznać za kompletne i wystarczające.

Obowiązujące unormowania mimo to, że pozwalają na stosowanie programu macierzyństwa zastępczego nie są doskonałe i wymagają doprecyzowania. Niestety, dotychczas podejmowane inicjatywy ustawodawcze były pobieżne i dlatego nie doprowadziły do potrzebnych zmian.

Oficjalne opinie (komentarze) do złożonych projektów nowelizacyjnych pozwalają stwierdzić, że ustawodawca nadal uznaje program macierzyństwa zastępczego za ważną instytucję w obecnym porządku prawnym, a także dostrzega celowość bardziej szczegółowego jej unormowania.

Szczegółowego unormowania wymagają m.in. kwestie korzystania z materiału dawcy (zarówno nasienia, jak i komórek jajowych) i ochrony jego anonimowości, zagadnienia dotyczące umowy zawieranej pomiędzy matką zastępczą a potencjalnymi rodzicami, które obecnie nie są uregulowane ani w Kodeksie cywilnym, ani w Kodeksie rodzinnym Federacji Rosyjskiej.

Ustawowego uregulowania wymaga również sytuacja, w której potencjalni rodzice odmawiają przyjęcia urodzonego przez matkę zastępczą dziecka. Zagadnienie to bowiem nie dotyczy jedynie wpisania jako rodziców urodzonego dziecka matki zastępczej i jej męża (który na skutek domniemania prawnego z urzędu powinien być wpisany jako ojciec dziecka). Jest to też problem powierzenia im obowiązku utrzymywania i wychowywania tego dziecka, do czego, zgodnie z założeniami umowy o macierzyństwo zastępcze, matka zastępcza i jej małżonek się nie zobowiązują. W konsekwencji brak należytej regulacji w tym zakresie może prowadzić do tego, że urodzone dziecko będzie przekazane pod opiekę instytucji państwowych takich jak domy dziecka.

Jest to jedynie część zagadnień, które wymagają ustawowej regulacji. Wszelkie zmiany stanu prawnego powinny mieć jednak charakter kompleksowy, przemyślany

[86] Указ Президента РФ от 9.10.2007 № 1351 (ред. от 1.07.2014) «Об утверждении Концепции демографической политики Российской Федерации на период до 2025 года», „Парламентская газета» от 16 октября 2007 № 134.

i należycie uzasadniony, w związku z czym kolejne projekty ustawy, zmierzające do uregulowania instytucji macierzyństwa zastępczego, powinni być szczegółowo dopracowane oraz uwzględniać zarówno zastrzeżenia złożone do przedstawionych wcześniej projektów, jak i objąć swoim zakresem wszystkie nieuregulowane obecnie zagadnienia na podstawie istniejącego doświadczenia.

Abstract

Яна Бергер (Iana Berger), ***Surrogacy in the Russian Federation***

This article presents how the legal solutions have developed since the late 1990s in the field of regulation of the issue of surrogacy in the Russia Federation. It also presents the current state of law, which emerged mainly in 2011–2012, and suggests the direction for the likely legal amendments. The author discusses the applicable provisions, their interpretations, the views expressed in the literature by supporters and critics of the existing state of law, the discrepancies in interpretations of the provisions applied by the Civil Registry Offices, and the judicial review of decisions relating to registration of the civil status in cases where a child is born to a surrogate mother.

Keywords: *surrogacy, intended parents, gamete donor, assisted reproductive technologies, in vitro fertilisation, surrogacy contract, reporting and registering birth, family law, law on civil status documents, protection of health, demography, Russian Federation*

Streszczenie

Яна Бергер (Iana Berger), ***Macierzyństwo zastępcze w Federacji Rosyjskiej***

Przedmiotem artykułu jest przedstawienie kształtowania się rozwiązań prawnych, począwszy od drugiej połowy lat 90. XX w., normujących problematykę macierzyństwa zastępczego w Federacji Rosyjskiej, przedstawienie obowiązującego stanu prawnego, powstałego głównie w latach 2011–2012 oraz sygnalizacja kierunku prawdopodobnych jego zmian. Autorka przedstawiła obowiązujące przepisy, ich wykładnię, poglądy wypowiadane w literaturze przez zwolenników i krytyków obowiązującego stanu prawnego, rozbieżności w wykładni przepisów stosowanych przez Urzędy Stanu Cywilnego i sądową kontrolę podejmowanych decyzji z zakresu rejestracji stanu cywilnego w sytuacji urodzenia dziecka przez matkę zastępczą.

Słowa kluczowe: *macierzyństwo zastępcze, potencjalni rodzice, dawca gamet, technologie wsparcia reprodukcji, zapłodnienie in vitro, umowa macierzyństwa zastępczego, zgłoszenie i rejestracja urodzenia, prawo rodzinne, prawo o aktach stanu cywilnego, ochrona zdrowia, demografia, Federacja Rosyjska*

Literatura rosyjska

1. М.В. Антокольская *Семейное право*, Учебник, Москва 2000, s. 183;
2. Т.Е. Борисова, *Договор суррогатного материнства: актуальные вопросы теории, законодательства, практики*//Российская юстиция 2009, nr 4;
3. Б.Н. Жуков, *О некоторых вопросах установления отцовства в добровольном порядке, не урегулированных действующим законодательством*, Семейное право 2004, nr 2;

4. В. Заева, *Суррогатное материнство,* Медицинское право 2007, nr 5;
5. К.А. Кириченко, *Охрана тайны информации о рождении ребенка: перспективы российского права и развитие вспомогательной репродукции*//Медицинское право 2015, nr 1;
6. А.П. Кокорин, *К вопросу о получении согласия суррогатной матери на запись родителями ребенка супругов, предоставивших свой генетический материал*//Семейное и жилищное право 2010, nr 1;
7. О.Ю. Косова, *Семейный кодекс Российской Федерации и некоторые вопросы регулирования брачно-семейных отношении,* Правоведение 1996, nr 2;
8. Т.К. Крайнова, *Договор суррогатного материнства,* Нотариальный вестник 2010, nr 11;
9. А.В. Майфат, *Суррогатное материнство,* Коллегия адвокатов, http://www/urallaw.ru;
10. Е.Г. Малиновская, *Правовое регулирование суррогатного материнства в Российской Федерации и в республике Беларусь,* Семейное и жилищное право 2007, nr 2;
11. И. Михайлова, А. *Законодательство, регламентирующее установление происхождения детей, нуждается в корректировке,* Вопросы ювенальной юстиции 2009 nr 2;
12. И.И. Никова, *Исторический и правовой аспект суррогатного материнства: зарубежный и российский опыт,* Правовая инициатива 2013, nr 11;
13. Л.М. Пчелинцева, *Семейное право России*: Учебник. Москва 2008;
14. Л. Трунова, *Материнство на заказ,* Домашний Адвокат 2004, nr 8;
15. О.А. Хазова [w:] *Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации" (постатейный),* ред. И.М. Кузнецовой, Warszawa 1996;
16. А.Н. Чаплыгин, *Суррогатное материнство: to be or not to be?* Актуальные проблемы частно-правового регулирования: материалы Всерос. науч. конф. молодых ученых, Самара: Изд-во Самар. ун-та, 2004;
17. Э.А. Иваева, *Суррогатное материнство: правовое и нравственное измерение проблемы,* Медицинское право 2008, nr 3.

Literatura polska

1. M. Działyńska, *Macierzyństwo zastępcze*, Studia Prawnicze 1993, nr 1;
2. M. Działyńska, *Problematyka prawna macierzyństwa zastępczego* [w:] *Wspomagana prokreacja ludzka. Zagadnienia legislacyjne*, red. T. Smyczyński, Poznań 1996;
3. M. Faras, D. Abłażewicz, *Umowa o macierzyństwo zastępcze i jej dopuszczalność na tle prawa polskiego*, Rodzina i Prawo 2008, nr 9–10;
4. M. Gałązka, *Prawo karne wobec zastępczego macierzyństwa [w:] Jus et Lex. Księga Jubileuszowa ku czci Profesora Adama Strzembosza*, red. A. Dębiński, A. Grześkowiak, K. Wiak, Lublin 2002;
5. W. Górowski, *Zastępcze macierzyństwo a prawo karne*, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2011, nr 1 (oraz e-Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych, http://www.czpk.pl);
6. J. Holocher, M. Soniewiecka, *Analiza prawna umowy o zastępcze macierzyństwo*, Medycyna i Prawo 2009, nr 3;
7. D. Krekora-Zając, *Prawo do poznania matki biologicznej według krajowego prawa rodzinnego*, Studia Prawnicze 2014, nr 1(197);
8. K. Luba, *Urodzenie jako usługa dylematy wokół dopuszczalności umowy o zastępcze macierzyństwo na gruncie polskiego porządku prawnego*, Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego 2014, nr 2;
9. M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2005;
10. J. Ostojska, *Problem tzw. macierzyństwa zastępczego a prawo dziecka do poznania własnej tożsamości*, Rodzina i Prawo 2012, nr 22;
11. M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji*, Warszawa 1990;
12. M. Safjan, *Prawo i medycyna: ochrona praw jednostki a dylematy współczesnej medycyny,* Warszawa 1998;
13. J. Słyk, *Komentarz do art. 61^9 k.r.o.* [w:] *Komentarze Prawa Prywatnego*, red. K. Osajda, t. V, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 900–908;
14. T. Smyczyński, *Macierzyństwo* [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 12, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. T. Smyczyński, rozdział I, § 2, Warszawa 2011.

PRAWO W DZIAŁANIU
SPRAWY CYWILNE
34/2018

Łukasz Mirocha*

„Macierzyństwo zastępcze" w aktualnym orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

I. UWAGI WPROWADZAJĄCE

W myśl zaproponowanej przez Martę Soniewicką definicji „istotą macierzyństwa zastępczego jest to, iż kobieta wykorzystuje swoje możliwości prokreacyjne, przyjmując zgodnie z wcześniejszym porozumieniem z inną osobą lub osobami, iż nie ona, lecz kto inny przejmie prawa i obowiązki nad urodzonym przez nią dzieckiem"[1]. Prawo międzynarodowe nie podaje legalnej definicji macierzyństwa zastępczego (dalej też surogacja). Brak międzynarodowych regulacji dotyczących tego zjawiska jest powszechnie komentowaną w doktrynie bolączką tej gałęzi prawa[2]. Za podjętą na szczeblu ponadpaństwowych próbę dookreślenia, na czym polega macierzyństwo zastępcze, można potraktować opracowany przez Komitet Ekspertów do Spraw Bioetyki (*Ad Hoc Committee of Experts on Bioethics*, CAHBI)[3] projekt Rekomendacji „Sztuczna prokreacja ludzka" z 10.01.1989 r. Zawiera on definicję matki zastępczej jako „osoby, która nosi dziecko na rzecz innej osoby, a która przed zajściem w ciążę wyraziła zgodę na to, że dziecko po urodzeniu zostanie tamtej innej osobie przekazane"[4].

Macierzyństwo zastępcze wiąże się z rozdzieleniem trzech – nierozłącznych aż do czasu współczesnej rewolucji biomedycznej[5] – aspektów rodzicielstwa: dostar-

---

* Autor jest doktorem nauk prawnych, adwokatem.

1 M. Soniewicka, *Prokreacja medycznie wspomagana* [w:] J. Stelmach, B. Brożek, M. Soniewicka, W. Załuski, *Paradoksy bioetyki prawniczej*, Warszawa 2010, s. 101.

2 Por. np. R. Cascão, *The Challenges of International Commercial Surrogacy: From Paternalism Towards Realism?*, „Medicine and Law" 2016, t. 35, s. 153, 160; B.M. Nichol, *A Child Without a Country: Dissolving the Statelessness of Children Born Through Surrogacy*, „Michigan State Law Review" 2016, t. 3, s. 911.

3 Powołany w 1985 r. przez Komitet Ministrów Rady Europy na podstawie art. 17 Statutu Rady Europy, przekształcony następnie w Komitet Kierujący do spraw Bioetyki (*Steering Committee on Bioethics*, CDBI), por. O. Nawrot, *Ludzka biogeneza w standardach bioetycznych Rady Europy*, Warszawa 2011, s. 74.

4 Za: M. Kramska, *Problematyka prawna zastępczego macierzyństwa – regulacje prawnomiędzynarodowe i krajowe*, „Prawo i Medycyna", http://www.prawoimedycyna.pl/index.php?str=artykul&id=688&PHPSESSID=74177a443c2491416ddc85368946d1dd (dostęp: 7.08.2017 r.).

5 W nauce pojawiają się próby ukazania macierzyństwa zastępczego jako zjawiska towarzyszącego ludzkości już w czasach biblijnych, por. krytycznie w tym zakresie: H.T. Krimmel, *Argument przeciwko rodzicielstwu zastępczemu* [w:] *Początki ludzkiego życia. Antologia bioetyki*, t. 2, red. W. Galewicz, Kraków 2010, s. 341; aprobatywnie: M. Franaszek, *Umowy o surogację*, „Prawo i Medycyna", http://www.prawoimedycyna.pl/?str=artykul&id=1029 (dostęp: 7.08.2017 r.). Paralele te nie zakładają oczywiście wykorzystania metod sztucznie wspomaganej prokreacji – dopiero przeprowadzenie zabiegu zapłodnienia *in vitro* w 1978 r. otworzyło drogę do rozwoju macierzyństwa zastępczego we współczesnym, prezentowanym w tym opracowaniu znaczeniu, por. B.M. Nichol, *A Child*…, s. 914.

czenia gamet (wymiar genetyczny), donoszenia ciąży (wymiar biologiczny) oraz wychowania dziecka (wymiar społeczny)[6]. Może mieć również wpływ na prawny wymiar rodzicielstwa, zwłaszcza na kwestie filiacyjne. W przypadku macierzyństwa zastępczego może dojść do sytuacji, w której – w zależności od treści prawa regulującego problem – w kręgu potencjalnych rodziców dziecka znajdzie się od dwóch (dawca nasienia i matka zastępcza będąca jednocześnie dawczynią gamety) do sześciu osób (para zamawiająca, dawca nasienia, dawczyni komórki jajowej, matka zastępcza, mąż kobiety zamawiającej)[7].

Problemem towarzyszącym komentowanemu zjawisku, a wynikającym z rozdzielenia wspomnianych aspektów rodzicielstwa, są stałe kontrowersje terminologiczne. W przypadku surogacji można mówić o matce w co najmniej czterech różnych znaczeniach (matka genetyczna[8], matka biologiczna, matka społeczna, matka prawna). Ojcem może być z kolei określany dawca nasienia, mężczyzna zamawiający, mąż kobiety zamawiającej. W nauce przedstawiane są różne propozycje dotyczące rozwiązania tych dylematów, m.in. określanie matki zastępczej (dalej też surogatka) mianem „żony zastępczej"[9], gdyż nie odgrywa ona społecznych ról związanych z wychowaniem dziecka, a nosi dziecko mężczyzny, którego żona jest niepłodna czy – trafniejsze – odnoszenie się jedynie do „matki zastępczej"[10], a nie macierzyństwa zastępczego (tę ścieżkę wybrał cytowany wyżej CAHBI). W literaturze anglojęzycznej ugruntowały się – zaczerpnięte z prawa cywilnego – określenia: strona (strony) zamawiającej (*commissioning party*) dla oznaczenia osoby /osób, które zawierają umowę z matką zastępczą (*surrogate mother*) występującą wyłącznie w roli matki nosicielki (*gestational mother*) bądź również w charakterze dawczyni komórki jajowej (*egg donor*). Przed przejściem do omówienia wariantów umowy o macierzyństwo zastępcze warto zasygnalizować, że w perspektywie części etyków już samo posługiwanie się w kontekście rodzicielstwa terminologią zaczerpniętą z prawa cywilnego, odnoszącą się w domyśle do pojęcia własności, stanowi potwierdzenie obaw o uprzedmiotowienie bądź uczynienie z dziecka oraz surogatki dóbr handlowych (*commodification*)[11]. Z pozycji etyki personalistycznej czy odwołującej się do kantowskiego nakazu, by „*traktować człowieka zawsze także*

[6] J.A. Robertson, *Matki zastępcze: nowsza odsłona nienowych dylematów* [w:] *Początki ludzkiego życia. Antologia bioetyki*, t. 2, red. W. Galewicz, Kraków 2010, s. 351. Autor ten zwraca uwagę, że z rozdzieleniem niektórych z tych aspektów wiążą się powszechnie akceptowane już praktyki, takie jak adopcja czy (bardziej kontrowersyjne) sztuczne zapłodnienie nasieniem dawcy; por. również M. Mikluszka, *Czy można kupić dziecko, czyli problemy prawne i etyczne związane z macierzyństwem zastępczym* [w:] *Współczesne wyzwania bioetyczne*, red. L. Bosek, M. Królikowski, Warszawa 2010, s. 322.

[7] B.M. Nichol, *A Child*…, s. 916.

[8] Nawet w tym, wydawałoby się, że najbardziej ścisłym znaczeniu, macierzyństwo nie jest oczywiste w świetle odkryć współczesnej epigenetyki, wynika z nich bowiem, iż środowisko, w którym rozwija się dziecko w okresie prenatalnym – macica matki biologicznej, może mieć wpływ na ekspresję określonych genów pochodzących z nasienia i komórki jajowej. Tym samym matka biologiczna (nosząca ciążę i rodząca) może mieć wpływ na zestaw genetyczny dziecka, por. S. Nicholson, C. Nicholson, *I Used to Have Two Parents and Now I Have Three? When Science (Fiction) and The Law Meet: Unexpected Complications*, „Medicine and Law" 2016, t. 35, s. 432.

[9] J.A. Robertson, *Matki*…, s. 354. Propozycja ta pomija okoliczność, że surogatka nie odgrywa również społecznej roli żony mężczyzny zamawiającego; fakt, że osoby decydujące się na surogację nie są motywowane wyłącznie niepłodnością oraz to, że coraz częściej z surogacji korzystają osoby niepozostające w związku małżeńskim – osoby samotne, żyjące w związkach jednopłciowych.

[10] M. Franaszek, *Umowy*…

[11] Por. T. Orłowski za: M. Soniewicka, *Sprawozdanie z debaty Polskiego Towarzystwa Bioetycznego „Jak uregulować kwestię macierzyństwa zastępczego?*, „Diametros" 2009/22, s. 194 i n.

jako cel sam w sobie a nigdy tylko jako środek"[12] jest to argument na rzecz zakazu dopuszczalności umów o surogację[13].

Praktyka prawna wykształciła dwa podstawowe rodzaje umów o macierzyństwo zastępcze z uwagi na podział obowiązków stron:

1. Czyste macierzyństwo zastępcze, zwane również pełnym lub gestacyjnym, polegające na tym, że osoba (osoby) zamawiająca dostarcza surogatce uzyskany uprzednio metodą *in vitro* embrion; w tym wariancie surogatkę z dzieckiem łączy jedynie więź biologiczna wynikająca z faktu noszenia ciąży i porodu[14];
2. Częściowe macierzyństwo zastępcze, zwane także tradycyjnym[15], polegające na tym, że surogatka jest jednocześnie dawczynią komórki jajowej, czyli obok więzi biologicznej występuje też więź genetyczna między nią a dzieckiem[16].

Ustawodawstwa krajowe rozróżniają surogację komercyjną, tj. taką, w której matka zastępcza w zamian za wykonanie ciążących na niej obowiązków umownych[17] otrzymuje wynagrodzenie, oraz surogację altruistyczną, w przypadku której matka zastępcza otrzymuje jedynie rekompensatę kosztów medycznych i innych powstałych w związku z ciążą[18].

Poczynione dotychczas uwagi uświadamiają nam, że z surogacją wiąże się szereg dylematów natury medycznej, etycznej i prawnej. Problemy te warto rozdzielić na swoiste bądź istotowe dla macierzyństwa zastępczego oraz pozostałe (m.in. kwestia zapłodnienia *in vitro*, diagnostyka preimplantacyjna i prenatalna[19], dostępność dla par jednopłciowych). Niniejsze opracowanie dotyczy jedynie kwestii z pierwszej grupy – zagadnień istotowych dla surogacji i ich statusu w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu (dalej też ETPC lub Trybunał). W kolejnych częściach opracowania zostały zaprezentowane skrótowo reżimy prawa krajowego odnośnie do legalności macierzyństwa zastępczego i jego konsekwencji filiacyjnych (II), dokumenty Rady Europy dotyczące surogacji (III), oraz wreszcie tytułowa problematyka orzecznictwa ETPC (IV).

[12] W oryginale: „… istoty rozumne podlegają wszystkie prawu [mówiącemu], że żadna z nich nie powinna nigdy traktować ani sama siebie, ani nikogo innego tylko jako środek, lecz zawsze zarazem jako cel sam w sobie", I. Kant, *Uzasadnienie metafizyki moralności*, przekł. M. Wartenberg, Warszawa 1984, s. 69.

[13] Por. H.T. Krimmel, *Argument…*; A. Sikora, *Życie ludzkie w fazie przedimplantacyjnej w dokumentach Rady Europy w aspekcie moralnym*, Poznań 2011, s. 101–103; H. Ciach, *Istota ludzka czy osoba ludzka. Krytyka bioetyki początków życia Petera Singera*, Kraków 2013, s. 215–218.

[14] Z zastrzeżeniem konsekwencji epigenetycznych wskazanych w przypisie 8.

[15] W ten sposób I. Kriari, A. Valongo, *International Issues Regarding Surrogacy*, „The Italian Law Journal" 2016, t. 2, s. 332.

[16] Bardziej szczegółowo na temat medycznych wariantów surogacji zob. H. Ciach, *Istota…*, s. 92, przypis 106. Macierzyństwo gestacyjne jest popularniejsze i znacznie zwiększyło podaż surogatek, pozwala ono bowiem uniknąć problemów genetycznych dotyczących matki zastępczej, por. M. Sandel, *Sprawiedliwość. Jak postępować słusznie?*, Warszawa 2013, s. 136–137.

[17] W nauce nie ustają spory odnośnie do przedmiotu umowy o macierzyństwo zastępcze – jest nim świadczenie usług, sprzedaż dziecka czy sprzedaż prawa do wychowania dziecka. Prezentowane są głosy, że wątpliwości te są przejawem „dzielenia włosa na czworo" (J.A. Robertson, *Matki…*, s. 364), w mojej ocenie mają one jednak istotne prawne znaczenie dla rozstrzygnięcia kwestii dopuszczalności tego typu umów (por. M. Mikluszka, *Czy można…*, s. 326–327).

[18] V.R. Guzman, *A Comparison of Surrogacy Laws of The U.S. to Other Countries: Should There Be a Uniform Federal Law Permitting Commercial Surrogacy?*, „Houston Journal of International Law" 2016, t. 38, s. 624.

[19] Odnośnie do tych kwestii zob. O. Nawrot, *Ludzka…*

II. KRAJOWE REŻIMY PRAWNE W ZAKRESIE LEGALNOŚCI UMÓW O MACIERZYŃSTWO ZASTĘPCZE I ICH KONSEKWENCJI FILIACYJNYCH

Nauka prawa charakteryzując ustawodawstwa krajowe na płaszczyźnie dopuszczalności umów o surogację, najczęściej posługuje się dychotomicznym podziałem na dozwalające i zabraniające surogacji. Sprawa wymaga jednak zniuansowania, dlatego proponuję następującą – również niewolną od symplifikacji – klasyfikację reżimów prawnych w odniesieniu do umów o macierzyństwo zastępcze (będzie ona stanowiła właściwe tło rozważań dotyczących orzecznictwa strasburskiego):

1. Ustawodawstwa przewidujące wprost całkowity zakaz umów o macierzyństwo zastępcze np. portugalskie, włoskie, hiszpańskie, francuskie, szwajcarskie, ustawodawstwa niektórych stanów USA (Waszyngton, Arizona, Michigan, Indiana)[20];
2. Ustawodawstwa, które nie odnoszą się wprost do problemu macierzyństwa zastępczego, ale nauka przyjmuje jego całkowitą niedopuszczalność np. polskie[21];
3. Ustawodawstwa, które nie odnoszą się wprost do problemu macierzyństwa zastępczego, ale przyjmują jego dopuszczalność np. belgijskie[22];
4. Ustawodawstwa przewidujące zakaz surogacji komercyjnej, a dozwalające na surogację altruistyczną np. brytyjskie i australijskie[23], ustawodawstwo RPA[24];
5. Ustawodawstwa dozwalające na surogację komercyjną, np. ukraińskie, rosyjskie, indyjskie i niektórych stanów USA (Kalifornia, Teksas)[25].

Należy przy tym zastrzec, że nawet tak skonstruowana klasyfikacja nie oddaje w pełni zróżnicowania w zakresie regulacji dotyczących dopuszczalności umów o macierzyństwo zastępcze. Przykładowo warto wskazać, że włoska judykatura, mimo treści przepisów uznających te umowy za nieważne w rozumieniu prawa cywilnego i penalizujących ten proceder, podchodzi do problemu w liberalny sposób[26] – praktyka prawna odrywa się od literalnego brzmienia przepisów. Z kolei niektóre ustawodawstwa dozwalające na zawieranie umów o surogację uzależniają ich ważność od akceptacji organu państwowego (np. w Izraelu[27]) lub zgody sądu, inne wymagają jedynie spełnienia wymogów ustawowych, do których należą np. małżeński status zamawiających, zakaz łączenia funkcji matki nosicielki i dawczyni gamety[28].

[20] V.R. Guzman, *A Comparison*…, s. 624, 626.
[21] Por. M. Mikluszka, *Czy można*…, s. 326–330. Trzeba wskazać, że wprowadzenie do ustawy z 25.02.1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. z 2017 r. poz. 682) art. 61^9 faktycznie wyłączyło możliwość zawarcia skutecznej umowy o surogację.
[22] Zob. decyzja ETPC z 8.07.2014 r. w sprawie D. i inni przeciwko Belgii, komentowana w części IV opracowania. Wszystkie powołane orzeczenia ETPC są dostępne w bazie HUDOC (http://hudoc.echr.coe.int).
[23] N. Bala, *The Hidden Costs of the European Court of Human Rights' Surrogacy Decision*, „The Yale Journal of International Law Online" 2014, t. 40, s. 12.
[24] S. Nicholson, C. Nicholson, *I Used*…, s. 432.
[25] R. Cascão, *The Challenges*…, s. 152–153; V.R. Guzman, *A Comparison*…, s. 625.
[26] I. Kriari, A. Valongo, *International*…, s. 342 i n.
[27] V.R. Guzman, *A Comparison*…, s. 646 i n.
[28] V.R. Guzman, *A Comparison*…, s. 626–627.

Odrębną kwestię stanowi regulacja statusu filiacyjnego dziecka urodzonego w efekcie umowy o macierzyństwo zastępcze. W orzecznictwie amerykańskim, które jako pierwsze zetknęło się z komentowaną problematyką, pojawiły się trzy koncepcje dotyczące rozstrzygnięcia tego problemu: biologiczna (wywodząca się z klasycznej reguły *mater semper certa est*), genetyczna oraz oparta na intencji zamawiających (*intended parenthood*)[29]. Istotę surogacji najlepiej oddaje ostatnia z prezentowanych koncepcji (obowiązująca np. na Ukrainie), przegląd krajowych ustawodawstw przekonuje, że stosowane są również inne.

Ustawodawca brytyjski, uwzględniając fakt ewentualnego przywiązania matki zastępczej do dziecka, zdecydował, że – mimo legalności – umowy o surogację nie będą egzekwowalne. Co do zasady, formalnie matką jest surogatka, jednak dopuszczalne jest przeniesienie praw rodzicielskich po urodzeniu dziecka[30]. Z kolei prawodawstwo Indii, mimo że kraj ten jest największym „dostawcą" matek zastępczych na świecie, nie reguluje kwestii filiacyjnych w przypadku komentowanych kontraktów. Luka ta była powodem m.in. głośnej sprawy Manji Baby. Dziecko urodzone przez indyjską surogatkę nie posiadało żadnego obywatelstwa, bowiem rodzice zamawiający jeszcze przed narodzinami dziecka rozwiedli się, wolę przejęcia praw nad dzieckiem wyraził tylko zamawiający ojciec, który nie mógł samodzielnie adoptować dziecka, lecz ostatecznie uzyskał prawa do dziecka[31].

Dalsza część pracy ukaże, że problemy filiacyjne w relacjach międzynarodowych są obecnie jedną z najbardziej kontrowersyjnych kwestii związanych z komentowaną materią. Są one m.in. przedmiotem – nadal bezowocnych – działań Haskiej Konferencji Międzynarodowego Prawa Prywatnego w ramach „THE PARENTAGE /SURROGACY PROJECT"[32].

III. DOKUMENTY RADY EUROPY ODNOSZĄCE SIĘ DO MACIERZYŃSTWA ZASTĘPCZEGO

W systemie Rady Europy nie obowiązują obecnie akty prawne wprost odnoszące się do macierzyństwa zastępczego. Nie oznacza to jednak, że problem zupełnie umyka uwadze państw członkowskich i organów Rady.

Już we wstępie wskazano na projekt Rekomendacji „Sztuczna prokreacja ludzka" z 10.01.1989 r. Warto chociaż skrótowo przybliżyć założenia tego dokumentu. Formułował on względny zakaz surogacji – wyjątek został uczyniony dla surogacji altruistycznej i to pod warunkiem że matka zastępcza będzie miała prawo zatrzymać dziecko po urodzeniu. Zakazane zostały również praktyki pośrednictwa w zawieraniu komentowanych kontraktów[33]. Z dokumentu wynika też ograniczenie korzystania z technik sztucznej prokreacji dla osób pozostających w heteroseksualnym związku[34], co unaocznia konserwatywny i, w świetle aktualnego orzecznictwa ETPC, raczej historyczny charakter projektu. Projekt w razie przyjęcia miałby walor tzw. prawa miękkiego, nie stanowiłby umowy międzynarodowej.

[29] M. Soniewicka, *Prokreacja*…, s. 107, 110. Zob. szerzej na ten temat B.M. Nichol, *A Child*…, s. 917 i n.
[30] I. Kriari, A. Valongo, *International*…, s. 338 i n.
[31] V.R. Guzman, *A Comparison*…, s. 631 i n.
[32] Zob. https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy (dostęp: 5.08.2017 r.).
[33] A. Sikora, *Zycie*…, s. 101.
[34] M. Kramska, *Problematyka*…; zob. szerzej na ten temat O. Nawrot, *Ludzka*…, s. 180–187.

Podobny ze względu na moc wiążącą charakter miał projekt Rekomendacji „O prawach i prawnym statusie dzieci i obowiązkach rodzicielskich" przyjęty przez Europejski Komitet ds. Współpracy Prawnej (*European Committee on Legal Cooperation*, CDCJ) w trakcie posiedzenia w dniach 12–14.10.2011 r. Z projektu wynikało, że kobieta, która urodziła dziecko powinna być uznawana za jego matkę, bez względu na związek genetyczny (Zasada 7). Od reguły tej przewidziano jednak wyjątki, w tym dla państw dopuszczających surogację[35]. Projekt nie odnosił się już do dopuszczalności macierzyństwa zastępczego, aczkolwiek w trakcie obrad dotyczących jego kształtu padały argumenty, że czynienie wyłomu od zasady *mater semper certa est* na rzecz macierzyństwa zastępczego może być uznane za zachętę do liberalizowania ustawodawstw na tej płaszczyźnie[36].

Poszukując ewentualnych regulacji dotyczących macierzyństwa zastępczego, należy też zwrócić uwagę na Konwencję o ochronie praw człowieka i godności ludzkiej wobec zastosowań biologii i medycyny: Konwencję o prawach człowieka i biomedycynie zawartą 4.04.1997 r. w Oviedo, zwaną najczęściej Europejską Konwencją Bioetyczną[37]. Znajdziemy w niej liczne nawiązania do pojęcia godności i tożsamości istotny ludzkiej – zarówno w preambule, jak i w części normatywnej (np. art. 1). Nawiązania te mogą stanowić prawny argument na rzecz zakazu macierzyństwa zastępczego. Etycy potępiający surogację odwołują się właśnie do sprzeczności tej praktyki z godnością osobową (dziecka i matki zastępczej), oraz negatywnych konsekwencji dla dziecka w zakresie prawa do wiedzy o własnym pochodzeniu (tożsamości)[38]. Dla płaszczyzny macierzyństwa zastępczego istotne znaczenie ma także art. 21 Konwencji stanowiący, że: „Ciało ludzkie i jego części nie mogą, same w sobie, stanowić źródła zysku", a tym samym rzutujący na dopuszczalność surogacji komercyjnej.

Europejski Trybunał Praw Człowieka, którego orzeczenia są charakteryzowane w kolejnej części pracy, będzie odwoływał się przede wszystkim do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzonej w Rzymie 4.11.1950 r.[39] Szczególnie istotny dla problemu surogacji będzie art. 8 EKPC gwarantujący prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego. Nie znaczy to jednak, że strasburscy sędziowie tracili z pola widzenia charakteryzowane wyżej dokumenty.

IV. EUROPEJSKI TRYBUNAŁ PRAW CZŁOWIEKA WOBEC MACIERZYŃSTWA ZASTĘPCZEGO

Orzecznictwo Trybunału w Strasburgu dotyczące bezpośrednio macierzyństwa zastępczego nie jest rozbudowane. Poniżej zostaną skomentowane orzeczenia w trzech

[35] Treść projektu dostępna na stronie: https://7676076fde29cb34e26d-759f611b127203e9f2a0021aa1b7da05.ssl.cf2.rackcdn.com/eclj/Draft-recommendation-rights-legal-status-children-CDCJ-2011–15.pdf (dostęp: 7.08.2017 r.).

[36] Raport z posiedzenia Grupy ds. współpracy prawnej z 17.01.2012 r., dostępny na stronie: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805cb6fd (dostęp: 7.08.2017 r.).

[37] Tekst Konwencji dostępny na stronie: http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/ETS164Polish.pdf (dostęp: 7.08.2017 r.) – dalej Konwencja. Zob. szerzej na ten temat O. Nawrot, *Ludzka*…, s. 83–95, 141–150. Konwencja nie została dotąd ratyfikowana przez Polskę.

[38] A. Sikora, *Życie*…, s. 102–103; H. Ciach, *Istota*…, s. 217.

[39] Dz.U. z 1993 r. poz. 284 ze zm. – dalej EKPC.

sprawach, z których pierwsza została zakończona wyrokiem z 26.06.2014 r. Był to pierwszy wyrok ETPC dotyczący wprost problemu surogacji, co nie oznacza, że wcześniej nie zapadały orzeczenia dotyczące pobocznych kwestii mających znaczenie dla macierzyństwa zastępczego (zapłodnienie *in vitro*[40], adopcja międzynarodowa[41], uznawanie obcych dokumentów).

1. Wyrok ETPC (Piąta Izba) w sprawie Mennesson przeciwko Francji[42]

Skarga w przywoływanej sprawie pochodziła od będących małżeństwem obywateli Francji oraz dwójki ich dzieci – obywateli USA – urodzonych na skutek surogacji. Małżeństwo zdecydowało się na skorzystanie z macierzyństwa zastępczego z uwagi na bezpłodność skarżącej. Decyzja ta poprzedzona była m.in. bezskuteczną procedurą *in vitro*. Matka zastępcza – zamężna, dobrze sytuowana mieszkanka Kalifornii – według zawartej umowy o surogację gestacyjną nie otrzymała w zamian za noszenie dziecka i poród wynagrodzenia, a jedynie zwrot kosztów związanych z ciążą. Podjęła się tych czynności w geście solidarności ze skarżącymi. Sąd Najwyższy Stanu Kalifornia jeszcze przed narodzinami dzieci uznał skarżącego za genetycznego ojca, zaś skarżącą za matkę (*legal mother*) dzieci, co miało zostać wpisane do aktów urodzenia dzieci. Tak się też stało.

Po narodzinach dzieci skarżący ubiegał się bezskutecznie o zarejestrowanie danych z aktów urodzenia we francuskich aktach stanu cywilnego za pośrednictwem konsulatu Francji w Los Angeles, sprawa została jednak zgłoszona do prokuratury z podejrzeniem, że skarżąca nie urodziła dzieci, których dotyczą przedłożone dokumenty. Powrót skarżących wraz z dziećmi do Francji był możliwy dzięki wydaniu tym ostatnim paszportów przez władze amerykańskie.

We Francji zostało przeciwko skarżącym wszczęte postępowanie dotyczące fałszywych zeznań (*false representation*) w zakresie prawnego statusu dzieci. Dochodzenie dotyczyło też zakazanego we Francji pośrednictwa w zawieraniu kontraktów dotyczących surogacji. Postępowanie zostało jednak umorzone z uwagi na to, że czyny, których dotyczyło, były popełnione w USA, gdzie nie były one karalne. Było to podstawą pierwotnego zarejestrowania danych dzieci we francuskich aktach stanu cywilnego, które zostało jednak unieważnione na skutek interwencji prokuratora publicznego z Créteil w oparciu o sprzeczność orzeczenia Sądu Najwyższego Stanu Kalifornia z zasadami francuskiego porządku publicznego (*public policy*), w tym z zasadą niezbywalności (*inalienability*) statusu cywilnego.

Skarżący odwołali się od decyzji prokuratora do Sądu w Créteil (*tribunal de grande instance),* który uznał, że działanie prokuratora było bezprawne, bowiem nie dokonał on pierwotnej weryfikacji danych i nakazał ich rejestrację, więc nie powinien powoływać się na zasady porządku publicznego w celu podważenia własnych działań. Wyrok ten został utrzymany w mocy w drugiej instancji na podstawie tej samej argumentacji, jednakże Sąd Kasacyjny (*Court of Cassation*) uchylił wyrok,

[40] Np. wyrok z 10.04.2007 r. w sprawie Evans przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, skarga nr 6339/05; wyrok z 1.04.2010 r. w sprawie S.H. i inni przeciwko Austrii, skarga nr 57813/00. Por. O. Nawrot, *Ludzka*…, s. 194–217.

[41] Np. wyrok z 28.06.2007 r. w sprawie Wagner i J.M.W.L przeciwko Luksemburgowi, skarga nr 76240/01.

[42] Wyrok z 26.06.2014 r., skarga nr 65192/11 – dalej wyrok w sprawie Mennesson.

podnosząc, że prokuraturze przysługiwała legitymacja do inicjowania postępowań o unieważnienie rejestracji danych. Było to powodem ponownego rozpatrzenia sprawy przez Paryski Sąd Apelacyjny. Rozstrzygając sprawę, sąd ten odwołał się do zapisów art. 16-7 i 16-9 francuskiego Kodeksu cywilnego (dalej fr.k.c.), zgodnie z którymi umowa o surogację jest nieważna, zaś postanowienia rozdziału II tego kodeksu, dotyczące poszanowania ludzkiego ciała są zasadami porządku publicznego[43]. Orzeczenie Sądu Najwyższego Stanu Kalifornia było sprzeczne z francuskim porządkiem publicznym. Również odwołanie do dobra dziecka (*child's best interests*), nie mogły *ex post* sanować wadliwości czynności prawnej, jaką była umowa o surogację.

Skarżący odwołali się od tego orzeczenia do Sądu Kasacyjnego, podnosząc naruszenie art. 3 ust. 1 Konwencji o prawach dziecka z 1989 r.[44], art. 8 oraz 14 w związku z art. 8 EKPC. Rzecznik generalny (*advocate-general*) poparł skargę, wskazując na powołane już orzeczenie w sprawie Wagner i J.M.W.L. przeciwko Luksemburgowi, w którym ETPC uznał konstrukcję więzi rodzinnej *de facto* i efektywnego życia rodzinnego, niezależnie od więzów prawnych łączących matkę przysposabiającą dziecko z Peru. W ocenie rzecznika sytuacje te były analogiczne, zwłaszcza że w momencie rozpatrywania sprawy skarżący żyli z dziećmi już od 10 lat. Sąd Kasacyjny nie podzielił argumentacji skarżących i powielił motywy dotychczasowych, niekorzystnych dla nich rozstrzygnięć, dodając, że skoro skarżący są razem od około dekady, nie może być mowy o braku poszanowania życia rodzinnego. Skarżący wystąpili również o nadanie dzieciom obywatelstwa francuskiego, jednak postępowanie w tym przedmiocie nie zostało zakończone przed wydaniem wyroku przez ETPC.

W tej sytuacji skarżący wystąpili do Trybunału w Strasburgu, zarzucając naruszenie art. 8 EKPC poprzez uniemożliwienie uznania więzi rodzinnej z uwagi na pochodzenie dzieci z surogacji. Europejski Trybunał Praw Człowieka rozpatrując sprawę, zbadał francuskie prawo w odniesieniu do surogacji. Poza podanymi wyżej zapisami francuskiego Kodeksu cywilnego kwestię tę regulują art. 227-12 francuskiego Kodeksu karnego, który penalizuje pośrednictwo w zawieraniu umów o surogację oraz art. 227-13 tego kodeksu dotyczący podstawienia dziecka lub poświadczenia nieprawdy w zakresie statusu filiacyjnego[45]. Trybunał strasburski przeprowadził też badanie komparatystyczne dotyczące krajowych reżimów prawnych odnośnie do macierzyństwa zastępczego, do którego wyników odnosi się w części motywacyjnej uzasadnienia.

---

[43] Odpowiednio: „*All agreements relating to procreation or gestation for the benefit of another are null*" i „*The provisions in this chapter are of public order*" – tłumaczenie dostępne na stronie: https://www.legifrance.gouv.fr/Traductions/en-English/Legifrance-translations (dostęp: 9.08.2017 r.).

[44] Dz.U. z 1991 r. poz. 526 ze zm.

[45] Odpowiednio: „*The incitement of the parents or one of them to abandon a born or unborn child, made either for pecuniary gain, or by gifts, promises, threats or abuse of authority, is punished by six months' imprisonment and a fine of €7,500 €. Acting for pecuniary gain as an intermediary between a person desiring to adopt a child and a parent desiring to abandon its born or unborn child is punished by one year's imprisonment and a fine of €15,000. The penalties provided by the second paragraph apply to acting as an intermediary between a person or a couple desiring to receive a child and a woman agreeing to bear this child with the intent to give it up to them. Where the offence is habitually committed for pecuniary gain, the penalties incurred are doubled. Attempt to commit the offences referred to under the second and third paragraphs of the present article is subject to the same penalties*" i „*Wilful substitution, false representation or concealment which infringes the civil status of a child is punished by three years' imprisonment and a fine of €45,000. Attempt to commit this offence is subject to the same penalties*", https://www.legifrance.gouv.fr/Traductions/en-English/Legifrance-translations (dostęp: 10.08.2017 r.).

Trybunał zauważył także, że w sprawie chodzi nie tylko o naruszenie prawa do poszanowania życia rodzinnego czwórki skarżących, lecz również o naruszenie prawa do prywatności dzieci. Wobec tego przed ETPC stanęło zadanie zbadania dopuszczalności ograniczenia praw wynikających z art. 8 EKPC pod kątem wystąpienia przesłanek z art. 8 ust. 2 EKPC.

Skarżący w swojej skardze zakwestionowali zgodność ograniczenia z prawem (*accordance with the law*), podnosząc, że art. 16 fr.k.c. nie odnosił się do sytuacji zalegalizowanej uprzednio orzeczeniem obcego sądu, ponadto wskazali, iż w dacie, w której zwrócili się o uznanie aktów urodzenia, nie obowiązywał przepis tego zabraniający, zaś ówczesne orzecznictwo sądów francuskich nie było ustabilizowane. Z tym stanowiskiem nie zgodził się rząd, przypominając wyroki Sądu Kasacyjnego z 1991 i 1994 r., z których wynikało traktowanie zasady niezbywalności statutu cywilnego jako zasady porządku publicznego, oraz wyrok z 1986 r., od czasu wydania którego organy faktycznie mogły odmawiać rejestracji danych dotyczących statusu osoby, jeśli nie odzwierciedlały one stanu rzeczywistego. Trybunał podzielił zapatrywanie rządu w tym zakresie.

Kolejną przesłanką dopuszczalności ograniczenia jest uzasadniony cel. Skarżący wskazali, że nie sposób odczytać celowości działań francuskich organów w sytuacji, gdy są one sprzeczne (chodziło o pierwotną rejestrację danych). Rząd argumentował natomiast, że odmowa rejestracji aktów urodzenia, zwłaszcza z USA, miała na celu zapobieganie objętych nieważnością i karalnych umów o surogację. **Wskazano, że Francja podziela etyczne i moralne zasady, w myśl których ciało ludzkie nie może być instrumentalizowane, a dziecko nie może być redukowane do przedmiotu umowy** (wszystkie podkr. – autora). Celem ustawy było więc zapobieganie przestępstwom, ochrona zdrowia i praw innych osób, co przekonało ETPC.

Komentując kwestię konieczności ograniczenia w demokratycznym społeczeństwie, skarżący podkreślili, że sprawa nie dotyczy dopuszczalności surogacji (w tym zakresie oczywisty był dla nich szeroki margines uznania po stronie państwa), lecz problemu odmowy rejestracji danych, w tym biologicznego ojca. Skarżący odwołali się do orzeczenia w sprawie Wagner przeciwko Luksemburgowi, jako potwierdzenia wagi dobra dziecka w orzecznictwie strasburskim. Ponadto zakwestionowali oni konsekwencję Francji w kwestii ochrony zasady niezbywalności statusu cywilnego, ilustrując to liberalnym podejściem prawa do statusu cywilnego transseksualistów[46] i treścią ustawodawstwa dopuszczającego rodzicielstwo kobiety, której został wszczepiony embrion zapłodniony *in vitro*, pochodzący od dawców gamet. Wobec tego, zdaniem skarżących, francuskie prawo operowało pojęciem rodziców intencyjnych. Argumentem inicjujących postępowanie była wreszcie nieproporcjonalność przyjętych środków i negatywnych konsekwencji po stronie dzieci. Nie miały one obywatelstwa, paszportu, ważnego prawa pobytu (chociaż jako małoletni nie mogli zostać deportowani). Rząd francuski kwestionował te twierdzenia, dowodząc, że skarżący nie starali się o uzyskanie obywatelstwa dla dzieci, cieszyli się pełnią władzy rodzicielskiej, zaś dokumenty, którymi dysponowali – amerykański akt urodzenia – pozwalały im skutecznie wykonywać władzę

[46] Na kształt francuskiego prawa w tym zakresie musiało wpłynąć orzeczenie z 25.03.1992 r. w sprawie B. przeciwko Francji, skarga nr 13343/87, w którym ETPC stwierdził naruszenia art. 8 EKPC na skutek odmowy uznania zmiany płci skarżącego w aktach stanu cywilnego.

rodzicielską, zapewniały dziedziczenie na podstawie prawa amerykańskiego. Wśród motywów rządu znalazły się wreszcie odwołania do woli francuskiego narodu, a także podkreślenie braku wśród stron EKPC konsensusu odnośnie do dopuszczalności macierzyństwa zastępczego, co powinno skutkować przyznaniem szerokiego marginesu swobodnego uznania.

Trybunał w Strasburgu rzeczywiście przyznał istnienie znacznego (*substantial*) marginesu uznania w ocenie przesłanki konieczności ograniczenia, jednakże wskazał, że margines ten został w realiach sprawy w pewnym zakresie przekroczony. Według badania ETPC surogacja jest wprost zabroniona w 14 na 35 państw członkowskich Rady Europy, w 10 krajach nie jest tolerowana lub status takiej umowy jest nieokreślony. Macierzyństwo zastępcze jest dozwolone w 7 państwach, tolerowane – w czterech. W 13 z 35 krajów możliwe jest zalegalizowane statusu rodziców intencyjnych uznanego za granicą na mocy umowy o surogację, wydaje się to możliwe w 11 innych państwach, a w kolejnych 11 jest z kolei niemożliwe. W ocenie Trybunału unaocznia to wrażliwy, etyczny charakter problemu i uzasadnia szeroki margines uznania zarówno w zakresie legalności surogacji, jak i uznawania statusu dziecko–rodzic. Trzeba jednak zauważyć, że w sprawie rozpatrywany jest esencjalny element tożsamości jednostki, tj. relacje rodzic–dziecko. **Trybunał strasburski dostrzegł, że uznawanie dokumentów zagranicznych byłoby cichym przyzwoleniem na surogację**, jednak w uzasadnieniu wskazano, iż należy się głębiej pochylić nad kwestią tego, czy w realiach niniejszej sprawy interes społeczeństwa był należycie wyważony z interesem jednostki – czyli skarżących.

Komentowany wyrok rozróżnia sytuację rodziców i dzieci, a przede wszystkim kwestię prawa do prywatności tych ostatnich oraz problem naruszenia prawa do poszanowania życia rodzinnego całej czwórki skarżących. Jeśli chodzi o to uprawnienie, to **ETPC uznał, że owszem – działania władz francuskich wiązały się z pewnymi utrudnieniami w życiu skarżących, ale te utrudnienia nie miały na tyle drastycznego charakteru, by uznać przekroczenie EKPC**. Natomiast odmiennie ETPC podszedł do naruszenia prawa do prywatności i wywodzonego z niego prawa do tożsamości, na którą składają się m.in. status rodzic–dziecko czy narodowość. Na tej płaszczyźnie – w odniesieniu do małoletnich skarżących – uznano, że doszło do naruszenia, przekroczony został margines uznania państwa. **Tym samym ETPC stwierdził naruszenie art. 8 EKPC w odniesieniu do małoletnich skarżących, zaś w pozostałym zakresie skargę oddalił.**

Wyrok w sprawie Mennesson jest pierwszym orzeczeniem, w którym Trybunał w Strasburgu rozpatrywał problem konsekwencji umów o surogację. Wyrok oczywiście nie komentuje wprost kwestii dopuszczalności tego typu umów. Stanowi swego rodzaju kompromis między racjami przeciwników macierzyństwa zastępczego, opartymi przede wszystkim na argumentach personalistycznych i kantowskich oraz – paradoksalnie – uzasadnionymi interesami osób, w których imieniu zakazy surogacji są wprowadzane, tj. dzieci. W mojej ocenie treść wyroku, mimo braku wyraźnej dezaprobaty względem macierzyństwa zastępczego, potwierdza, że ETPC dostrzegł problematyczność tego typu umów, skoro uznał w znacznej części racje francuskiego rządu. W działaniach tego ostatniego, polegając na relacjach skarżących, dostrzec można jawną niekonsekwencję, nie chodzi przy tym o pierwotne uznanie obcego aktu urodzenia, lecz o akceptację dla zmian płci czy odrywanych

od genetycznego rodzicielstwa konsekwencjach zabiegów *in vitro*, przy jednoczesnym kategorycznym potępieniu surogacji. Jak wskazują O. Nawrot i J. Zajadło, brak konsekwencji i jednolitej antropologicznej wizji człowieka jest częstą bolączką regulacji bioetycznych[47].

W odniesieniu do orzeczenia podniesiono m.in. zarzuty o to, że akceptując *de facto* umowy o macierzyństwo zastępcze, pomija ono aspekt ochrony matek zastępczych[48], oraz że stanowi wyraz tendencji, w której to autonomia jednostki, nie zaś godność, zaczyna być fundamentalną wartością EKPC[49]. Autorzy tych zarzutów – wymagający wyraźnego zanegowania przez ETPC dopuszczalności surogacji – zapominają jednak, że działa on *post factum*, gdy dzieci z umów o surogację są już zrodzone i borykają się ze skutkami restrykcyjnego ustawodawstwa. Trybunał nie mógł abstrahować od ich interesu w sprawie, chociaż podniesione zarzuty są trafne o tyle, o ile orzeczenie może rzeczywiście stanowić zachętę dla kolejnych osób chcących skorzystać z surogacji.

Trzeba tu odnotować, że równolegle do postępowania w sprawie państwa Mennesson toczyło się zakończone takim samym rozstrzygnięciem postępowanie ze skargi państwa Labassee[50]. Tożsamymi rozstrzygnięciami – stwierdzeniem naruszenia art. 8 EKPC w odniesieniu do dzieci – zakończyły się również sprawy ze skarg Didiera Foulona[51] oraz Phillipe'a Bouveta przeciwko Francji[52]. Dotyczyły one umów o surogację zawartych z indyjskimi matkami zastępczymi. Istotne, że pierwszy ze skarżących był samotnym ojcem, drugi zaś pozostawał w związku homoseksualnym. Orzeczenia te odczytywane są jako wyraz akceptacji przez Trybunał strasburski „nietradycyjnych" modeli rodziny[53]. Obecnie przed ETPC toczą się przeciwko Francji kolejne sprawy o zbliżonych okolicznościach faktycznych, w których ww. wyroki są przywoływane[54].

2. Decyzja ETPC (Druga Izba) w sprawie D. i inni przeciwko Belgii[55]

Skargę w kolejnej dotyczącej surogacji sprawie złożyło belgijskie małżeństwo, które umowę o macierzyństwo zastępcze zawarło z Ukrainką. W efekcie umowy narodziło się dziecko, któremu władze Ukrainy wydały akt urodzenia, gdzie skarżący zostali wpisani jako rodzice. Akt nie zawierał wzmianki o surogacji. Belgowie po urodzeniu dziecka wystąpili do ambasady w Kijowie o wydanie paszportu dla dziecka, spotkali się jednak z odmową z uwagi na brak przedstawienia właściwych dokumentów, m.in. zaświadczenia o ciąży skarżącej czy jej wypisu z ukraińskiego

[47] O. Nawrot, J. Zajadło, *Biojurysprudencja – dom zbudowany na piasku czy na skale?*, „Diametros" 2009/22, s. 173.
[48] N. Bala, *The Hidden*…
[49] G. Puppinck, C. de La Hougue, *ECHR: Towards the Liberalisation of Surrogacy,* s. 10 (jest to angielskie tłumaczenie artykułu opublikowanego w: „Revue Lamy de Droit Civil" 2014/118, dostępne na stronie: https://www.culturavietii.ro/wp-content/uploads/2014/09/ECHR-Towards-the-Liberalisation-of-Surrogacy.pdf, dostęp: 10.08.2017 r.).
[50] Wyrok ETPC z 26.06.2014 r., skarga nr 65941/11 – dalej wyrok w sprawie Labassee.
[51] Wyrok ETPC z 21.07.2016 r., skarga nr 9063/14.
[52] Wyrok ETPC z 21.07.2016 r., skarga nr 10410/14.
[53] I. Kriari, A. Valongo, *International*…, s. 353.
[54] Sprawa Braun przeciwko Francji, skarga nr 1462/18; sprawa Saenz i Saenz Cortes przeciwko Francji, skarga nr 11288/18.
[55] Decyzja z 8.07.2014 r., skarga nr 29176/13.

szpitala. W tej sytuacji skarżący wystąpili do Sądu w Brukseli o wydanie dokumentu podróżnego oraz jednocześnie uznanie ukraińskiego aktu urodzenia. Skarżący próbowali też, dysponując jedynie aktem urodzenia, wejść wraz z dzieckiem na pokład samolotu do Belgii, co się jednak nie powiodło.

Sąd pierwszej instancji uznał wniosek za dopuszczalny, lecz oddalił go, gdyż skarżący pozostawili w nim wiele nieuzupełnionych rubryk, w tym tę dotyczącą matki zastępczej i metody użytej prokreacji. W ocenie sądu skarżący nie dostarczyli danych pozwalających na ocenę *prima facie* więzi biologicznej z dzieckiem. Belgijskie prawo uznaje za matkę kobietę, która dziecko urodziła. Skarżący nie przedstawili także wiarygodnego dowodu na więź genetyczną ojca z dzieckiem – dysponowali jedynie internetowym wydrukiem badania DNA. Skarżący uznał dziecko przed notariuszem w Brukseli. Inicjujący postępowanie byli jednak zmuszeni zostawić dziecko na Ukrainie z wynajętą nianią. W trakcie trzech kolejnych miesięcy skarżący wracali do dziecka dwukrotnie, za każdym razem na tydzień. Apelacja złożona do sądu drugiej instancji została uzupełniona o szereg dokumentów potwierdzających genetyczną więź dziecka ze skarżącym. W tej sytuacji sąd drugiej instancji uznał racje skarżących, wskazując, że zostały spełnione wszystkie wymogi ukraińskiego prawa w tego typu umowach i nakazał wydać niezbędne dokumenty. Sąd zważył, że wydanie dokumentów może nastąpić przed merytorycznym rozstrzygnięciem kwestii filiacyjnych ze względu na wagę interesów skarżącego – prawo do poszanowania życia rodzinnego.

Belgijskie prawo nie reguluje problemu macierzyństwa zastępczego. Rejestracja i uznawanie dokumentów zagranicznych odbywa się na podstawie Kodeksu międzynarodowego prawa prywatnego (*Code of Private International Law*), w myśl którego legalizacja wymaga zgodności dokumentu z prawem kraju, w którym został on wydany[56]. Orzecznictwo belgijskich sądów dopuszczało uznawanie aktów urodzenia dzieci zrodzonych w wyniku umowy o surogację, również wydawanie dokumentów w sytuacjach nagłych, gdy dowiedziono więź genetyczną dziecka z ojcem. Odesłanie do prawa kraju wydania dokumentu wiązało się dla ETPC z koniecznością ustalenia treści prawa ukraińskiego. To – ukraiński Kodeks rodzinny – przesądza, że jeśli małżonkowie dostarczają embrion matce zastępczej, są oni rodzicami. Warunkiem jest więc małżeński status rodziców intencyjnych, a także pochodzenie co najmniej jednej gamety od któregoś z zamawiających[57].

W skardze kierowanej do ETPC zarzucono naruszenie art. 8 EKPC na skutek odmowy przez władze Belgii wydania dokumentów pozwalających na przewóz dziecka i wynikającą z tego faktyczną, niezgodną z dobrem dziecka separację rodziców i dziecka. Ponadto, skarżący podnieśli naruszenie art. 3 EKPC, tj. nieludzkie traktowanie z uwagi na wyżej wymienione okoliczności.

Strona rządowa przyznała, iż sprawa mieści się w zakresie zastosowania art. 8 EKPC, i że sytuacja skarżących musiała być dla nich trudna, jednakże nie

[56] Art. 27 kodeksu: „*A foreign authentic instrument shall be recognised by any authority in Belgium without the need for any procedure if the validity is established in accordance with the law applicable by virtue of the present statute and more specifically with due regard of Articles 18 and 21. The instrument must satisfy the conditions necessary to establish authenticity under the law of the State where it was drawn up. To the extent that is required, Article 24 is applicable. In the event that the authority refusing to recognise the validity of the instrument, an appeal may be lodged before the Court of First Instance without prejudice to Article 121, in accordance with the procedure set out in Article 23*".

[57] Art. 123 kodeksu: „*If an embryo conceived by the spouses by means of assisted reproduction techniques is transferred into the body of another woman, the spouses are the parents of the future child*".

można się zgodzić z tezą, że doszło do naruszenia EKPC. Rząd argumentował, że faktyczna rozłąka rodziców i dziecka trwała tylko trzy miesiące przerwane dwoma, tygodniowymi wizytami u dziecka. Belgijskie stanowisko podkreślało, że państwo to nie ma podpisanej z Ukrainą umowy o wzajemnym uznawaniu dokumentów *ipso iure*, więc konieczna była procedura uznania dokumentów, w ramach której skarżącym przysługiwało prawo odwołania. Pierwotna odmowa uznania aktu urodzenia wynikała z niekompletności przedłożonych dokumentów, czyli winy skarżących. Nie bez znaczenia było również to, że skarżący przed podjęciem decyzji o surogacji zasięgali informacji odnośnie do procedur prawnych z tym związanych, nie mogli być więc zaskoczeni powstałą sytuacją.

Autorzy skargi podkreślali z kolei swoje obawy o los dziecka, w tym o to, czy pozostawione na Ukrainie nie trafi do placówki opiekuńczej. Uznali oni, że odmowa wydania przez władze dokumentu *laissez-passer* nie miała podstaw prawnych, uzasadnionego celu i stanowiła nieproporcjonalne utrudnienie dla ich życia rodzinnego.

W charakterze *amicus curiae* do sprawy przystąpiło *European Centre for Law and Justice* (dalej ECLJ). Nie odnosząc się merytorycznie do realiów sprawy, **organizacja ta podniosła, że surogacja jest sprzeczna z ludzką godnością dziecka i matki zastępczej, i jako taka praktyka ta powinna zostać zabroniona wśród członków Rady Europy**. W ocenie ECLJ skarżący nie powinni zarzucać naruszenia praw człowieka w sytuacji, gdy sami są sprawcami problemu. Wobec tego organizacja ta wniosła o oddalenie skargi na podstawie art. 17 EKPC (nadużycie prawa do skargi).

Rozpatrując skargę, ETPC podkreślił, że sprawa nie dotyczy uznania dokumentu aktu urodzenia (o co toczyło się równolegle postępowanie przed organami belgijskimi), lecz wydania dokumentu pozwalającego na przewóz dziecka. Trybunał uznał za konieczne badanie przesłanek z art. 8 ust. 2 EKPC, tj. legalności, celowości i konieczności naruszenia. Wątpliwości Trybunału nie budziło spełnienie warunku legalności. Odnośnie do celowości działań władz stwierdził on, że były one uzasadnione koniecznością zapobiegania przestępstwom, zwłaszcza handlowi ludźmi, co wcześniej podkreślono w orzeczeniu Rantsev przeciwko Cyprowi i Rosji[58]. **Podobnie jak w wyroku Mennesson, ETPC uznał ochronę dziecka i surogatki jako uzasadniony cel w rozumieniu EKPC (ochrona praw innych osób)**. W jego ocenie okres rozłąki rodziców i dziecka nie był nieproporcjonalnie długi względem celu działań władz, Trybunał przyznał więc, że nie można wymagać od władz państwa dozwalania na przejazd dzieci pochodzących z surogacji, bez uprzedniej weryfikacji ich statusu prawnego. Nie bez znaczenia było to, że skarżący powinni byli przewidzieć, iż procedura pozwalająca na sprowadzenie dziecka może potrwać dłużej, tym bardziej że korzystali z porad profesjonalistów w tym zakresie. Konkludując, Trybunał w Strasburgu uznał, że władze nie przekroczyły należnego im marginesu uznania. Z uwagi na rozwiązanie problemu (przyjazd dziecka do Belgii) przed rozpatrzeniem przez Trybunał, skarga została częściowo usunięta z listy spraw, w pozostałej części została uznana za oczywiście bezzasadną w myśl art. 35 ust. 3 lit. a EKPC.

W komentowanej decyzji, podobnie jak w wyroku w sprawie Mennesson, ETPC uniknął odpowiedzi na zasadnicze dla macierzyństwa zastępczego pytanie,

[58] Wyrok z 7.01.2010 r., skarga nr 25965/04.

mianowicie to dotyczące jego dopuszczalności. Orzeczenie koncentruje się na pobocznym dla tej kwestii, lecz zasadniczym dla sprawy, zagadnieniu rozłąki rodziców intencyjnych i dziecka. Strategię tę można określić mianem „wymownego milczenia", zwłaszcza w kontekście podniesionego zarzutu niezgodności surogacji z duchem EKPC i jej nadal (?) naczelną wartością, jaką jest godność osobowa (ludzka). Brak wyraźnego potępienia oznacza w istocie akceptację zjawiska, nie jest neutralnym moralnie rozwiązaniem[59].

Orzeczenie w sprawie, mimo że niekorzystne dla skarżących, daje również obraz tego, co – w ocenie ETPC – przesądza o istnieniu życia rodzinnego. W ostatnich latach zachodzą na tej płaszczyźnie istotne zmiany. Są one wyznaczane takimi orzeczeniami, jak w sprawie Goodwin przeciwko Zjednoczonemu Królestwu[60], w którym zakwestionowano prokreacyjną funkcję jako konstytutywną dla pojęcia rodziny, czy Schalk i Kopf przeciwko Austrii[61], w którym Trybunał uznał, że istotowym elementem dla życia rodzinnego jest stabilność i długotrwałość związku dwójki ludzi niezależnie od ich płci[62]. W sprawie Mennesson skarżący rzeczywiście, z pełnym przekonaniem mogli mówić o ukształtowanych przez lata więzach rodzinnych, natomiast w belgijskiej sprawie intencyjni rodzice, z których tylko mężczyzna był genetycznie związany z dzieckiem, obcowali z dzieckiem przez bardzo krótki okres. Trudno jest przesądzić, czy w tym okresie mogły się nawiązać więzi właściwe stosunkom rodzic–dziecko, jednak **Trybunał nie rozpatrywał tej kwestii, najwyraźniej przyjmując wolę skarżących i więź biologiczną jednego z nich z dzieckiem za wystarczające dla ukonstytuowania rodziny.**

Odnosząc się do proceduralnej warstwy orzeczenia, należy zwrócić uwagę, że ETPC odrzucając skargę, wolał skorzystać ze sprawdzonego instrumentu „oczywistej bezzasadności", niż odwołać się do stosunkowo nowego kryterium dopuszczalności skargi, jakim jest wystąpienie po stronie skarżącego znaczącego uszczerbku[63]. Inspirowane zasadą *de minimis non curat praetor* kryterium mogło zostać z powodzeniem użyte w przedstawionym stanie faktycznym.

3. Wyrok ETPC (Wielka Izba) w sprawie Paradiso i Campanelli przeciwko Włochom[64]

Skarżącymi w sprawie było włoskie małżeństwo. Po bezskutecznych próbach korzystania z technik medycznie wspomaganej prokreacji oraz staraniach o adopcję dziecka z zagranicy skarżący zdecydowali się na zawarcie umowy o surogację w Rosji. Według relacji skarżącej przewiozła ona do kliniki w Moskwie nasienie męża, firma pośrednicząca znalazła matkę zastępczą, która na skutek zabiegu *in vitro* zaszła w ciążę. Umowa dotyczyła macierzyństwa gestacyjnego, klinika przeprowadzająca zabieg zapłodnienia potwierdziła wykorzystanie nasienia skarżącego. Po urodzeniu

[59] Por. W. Galston, *Cele liberalizmu*, przekł. A. Pawelec, Kraków 1999, s. 295 (w odniesieniu do aborcji).
[60] Wyrok z 11.07.2002 r., skarga nr 28957/95.
[61] Wyrok z 24.06.2010 r., skarga nr 30141/04.
[62] Por. F. Edel, *Case law of the European Court of Human Rights relating to discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity*, Strasbourg 2015, odpowiednio s. 102, 119 i 16, 31, 92.
[63] Na temat tego kryterium por. Ł. Mirocha, *„Znaczący uszczerbek" w kontekście art. 9 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności na tle innych merytorycznych kryteriów dopuszczalności skargi indywidualnej*, „Palestra" 2017/6, s. 37–42.
[64] Wyrok z 24.01.2017 r., skarga nr 25358/12 – dalej wyrok w sprawie Paradiso i Campanelli.

dziecka, matka zastępcza złożyła w szpitalu, w obecności lekarza oświadczenie, w myśl którego rodzicami dziecka – jako dawcy embrionu – byli skarżący, zaś ona wyraża na to zgodę z powołaniem na odpowiedni przepis rosyjskiego Kodeksu rodzinnego i prawa dotyczącego cywilnego statusu dziecka. Rosyjskie władze wystawiły akt urodzenia dziecka ze skarżącymi widniejącymi jako jego rodzice. Akt został poświadczony zgodnie z wymogami Konwencji znoszącej wymóg legalizacji zagranicznych dokumentów urzędowych (konwencji haskiej z 1961 r.[65]). Włoski konsulat w Moskwie wydał skarżącej dokumenty pozwalające na powrót do Włoch wraz z dzieckiem, co też nastąpiło. Jednocześnie konsulat poinformował właściwy Sąd ds. nieletnich, Ministerstwo Spraw Zagranicznych oraz władze lokalne o tym, że dokumenty dotyczące urodzenia dziecka zawierają nieprawdziwe informacje. Kilka dni po tym skarżący wystąpił we Włoszech o rejestrację aktu urodzenia. Lokalna prokuratura wszczęła postępowanie karne pod kątem poświadczenia nieprawdy odnośnie do statusu cywilnego dziecka (art. 567 włoskiego Kodeksu karnego, dalej wł.k.k.), użycia fałszywych dokumentów (art. 489 wł.k.k.) oraz naruszenia ustawy o adopcji. Jednocześnie zostało przed Sądem ds. nieletnich (*minors court*) wszczęte postępowanie o uznanie dziecka za porzucone i umożliwienie oddania go do adopcji, został też ustanowiony dla niego kurator. W domu skarżących został przeprowadzony wywiad kuratorski, którego ocena była pozytywna. Skarżąca przesłuchiwana przez policję (*carabinieri*) opisała, w jaki sposób doszło do zawarcia umowy o surogację, jej charakter (komercyjna surogacja gestacyjna z nasieniem pochodzącym od skarżącego) oraz legalność umowy według prawa rosyjskiego. Sąd ds. nieletnich nakazał przeprowadzenie badań DNA na okoliczność, czy skarżący jest ojcem dziecka. Ich wynik okazał się negatywny – brak było więzi genetycznej. Ministerstwo Spraw Wewnętrznych nakazało odmowę wpisu danych z aktu urodzenia do rejestru, Urząd Stanu Cywilnego (*Registry Office of the Colletorto Municipality*) postąpił zgodnie z tą wskazówką. Skarżący wnieśli odwołanie od tej decyzji, prokurator natomiast zwrócił się do sądu o nadanie dziecku nowej tożsamości i wystawienie nowego aktu urodzenia. W odpowiedzi na skargę kierowaną do rosyjskiej kliniki, skarżąca otrzymała wyjaśnienie, w którym klinika wyrażała swoje zaskoczenie sytuacją i informowała o podjęciu decyzji personalnych.

W ramach postępowania umożliwiającego oddanie dziecka do adopcji, na zlecenie skarżących przeprowadzono z nimi, dzieckiem oraz dziadkami dziecka wywiady psychologiczne, które wykazały istnienie głębokiej więzi między nimi oraz ewentualne destrukcyjne skutki rozstania. Pomimo wniosku skarżących o pozostawienie dziecka przy nich, sąd zdecydował o umieszczeniu go w domu dziecka (*casa famiglia*). Sąd uznał, że skarżący nie wykazali więzi genetycznej z dzieckiem, zaś by można mówić o surogacji gestacyjnej lub tradycyjnej, taka więź musi zostać wykazana[66]. Sąd uznał, że zostały złamane nie tylko przepisy prawa karnego, lecz również te dotyczące adopcji zagranicznej oraz dotyczące zakazu stosowania heterologicznych technik wspomaganej prokreacji. Skarżący odwołali się od niekorzystnej decyzji, podnosząc, że sąd nie może unieważnić rosyjskiego aktu urodzenia i wnieśli

[65] Dz.U. z 2005 r. poz. 938.

[66] Włoski sąd (a za nim ETPC) przyjął węższą definicję surogacji gestacyjnej niż prezentowana w pierwszej części niniejszego opracowania, definicji tej nie podzieli również sędziowie V.A. De Gaetano, P. Pinto de Albuquerque, K. Wojtyczek i D. Dedov składający opinię zbieżną z wyrokiem.

o wstrzymanie się z odebraniem im dziecka do czasu rozstrzygnięcia postępowań karnych oraz o rejestrację aktu urodzenia. Apelacja została oddalona. Sąd Apelacyjny w Campobasso uznał, że dziecko znalazło się w stanie porzucenia, gdyż skarżący nie byli jego rodzicami. W uzasadnieniu odniesiono się też do możliwości stosowania ustawy o adopcji, podnosząc, że *„the Italian law governing adoption, fostering, and necessary measures in case of urgency shall be applicable to a foreign minor child who is in [Italy] in a state of abandonment*". Od wyroku nie została wniesiona kasacja. Równolegle do opisanego postępowania prokurator podjął decyzję o zatrzymaniu rosyjskiego aktu urodzenia jako dowodu rzeczowego oraz w związku z tym, że skarżący starali się stwarzać wrażenie, iż rzeczywiście są biologicznymi rodzicami – skarżąca utrzymywała pierwotnie wobec pracowników konsulatu, że urodziła dziecko, po przyznaniu się do korzystania z usług surogatki nadal wprowadzała w błąd w zakresie pochodzenia nasienia użytego przy zapłodnieniu od jej męża. Skazanie za przestępstwo przeciw ustawie o adopcji wiązało się z pozbawieniem prawa do adopcji dzieci, wniosek w tym przedmiocie został przesłany przez prokuratora do sądu, w którym toczyło się wyżej opisane postępowanie.

Równolegle do opisanego postępowania toczyło się to zainicjowane odwołaniem skarżących od odmowy rejestracji danych z rosyjskiego aktu urodzenia. Sąd odwoławczy natychmiastowo wykonalną decyzją odmówił wpisu danych do rejestru, podnosząc, że **sytuacja, w której znaleźli się skarżący mimo ich dobrej wiary nie spełniała nawet wymogów rosyjskiego prawa odnośnie do surogacji gestacyjnej, nie było bowiem więzi biologicznej dziecka z żadnym skarżącym. Rejestracja aktu byłaby sprzeczna z zasadami porządku publicznego (*public order*)**. Dziecku wystawiono nowy akt urodzenia, w którym wpisano rzeczywistą datę i miejsce jego urodzenia, w rubryce dotyczącej rodziców wpisano „nieznani".

Wykonanie decyzji Sądu ds. nieletnich spowodowało umieszczenie dziecka w domu dziecka na kilkanaście miesięcy, następnie pojawiła się perspektywa na jego adopcję, co też ostatecznie nastąpiło. Wcześniej Sąd ds. nieletnich uznał brak legitymacji procesowej skarżących na skutek wystawienia dziecku nowego aktu urodzenia, zgodnie z którym jego rodzice byli nieznani. Postępowania karne przeciwko skarżącym nie zostały zakończone do czasu rozstrzygania sprawy przez ETPC.

Zgodnie z włoskim prawem prywatnym międzynarodowym *„the legal parent-child relationship is determined by the national law governing the child at the time of his or her birth*". Zgodnie z prezydenckim dekretem z 3.11.2000 r. poświadczenia narodzin dotyczące włoskich obywateli powinny być przekazywane za pośrednictwem konsulatów do właściwych ze względu na miejsce zamieszkania magistratów we Włoszech. Dokumenty sprzeczne z porządkiem publicznym nie mogą być rejestrowane, dotyczy to zwłaszcza rozstrzygnięć dotyczących statusu cywilnego i relacji rodzicielskich. Włoska ustawa o prokreacji medycznie wspomaganej zabrania pod groźbą kary od 300 000 do 600 000 euro zapłodnienia heterologicznego, tj. z wykorzystaniem gamet dawców, aczkolwiek zapis ten został uznany przez Sąd Konstytucyjny za sprzeczny z konstytucją w zakresie dotyczącym heteroseksualnych par dotkniętych wykazaną niepłodnością. W tym samym wyroku – nr 162 z 9.04.2014 r. – **Sąd Konstytucyjny uznał za uzasadniony zakaz surogacji wprowadzony komentowaną ustawą**. W kolejnym orzeczeniu – nr 96 z 5.06.2015 r., Sąd Konstytucyjny stwierdził niekonstytucyjność zakazu heterologicznych technik

prokreacji w odniesieniu do par, które były płodne, jednakże nieskorzystanie z dawstwa wiązałoby się z przeniesieniem poważnej choroby genetycznej na dziecko[67]. Adopcja zagraniczna we Włoszech możliwa jest w odniesieniu do dziecka porzuconego, wymaga to jednak pośrednictwa upoważnionej organizacji oraz powołanej w tym celu Komisji ds. Adopcji Międzynarodowych. Karalne jest sprowadzanie dziecka z zagranicy w celu uzyskania korzyści majątkowej bądź powierzenia dziecka na stałe włoskim obywatelom. Skazanie za to przestępstwo wyłącza możliwość bycia rodzicem adopcyjnym.

Włoski Sąd Kasacyjny wypowiadał się uprzednio w sprawach dotyczących surogacji. **W wyroku z 26.09.2014 r., nr 24001, stwierdzono zgodność z prawem umieszczenia w opiece dziecka, którego rodzice intencyjni nie byli z nim genetycznie związani, zaś ciążę nosiła matka zastępcza na Ukrainie.** Sąd podkreślił, że surogacja nie wywołała skutków filiacyjnych zgodnie z prawem ukraińskim, ze względu na brak więzi genetycznej z co najmniej jednym z zamawiających. Rozstrzygając sprawę karną przeciwko rodzicom intencyjnym dziecka poczętego przez ukraińską surogatkę w wyroku z 5.04.2016 r., nr 13525, Sąd Kasacyjny utrzymał w mocy uniewinniający wyrok, wskazując, że w tej sprawie zachodziła więź biologiczna między dzieckiem a jednym z rodziców, więc czyn nie stanowił przestępstwa w miejscu jego popełnienia, to samo dotyczyło wykorzystania ważnego według ukraińskich regulacji aktu urodzenia dziecka. W innym orzeczeniu Sąd Kasacyjny uznał dopuszczalność adopcji dziecka poczętego przy użyciu technik wspomaganego rozrodu przez partnerkę kobiety, która dziecko urodziła. W uzasadnieniu stwierdzono, że byłoby to zgodne z dobrem dziecka i znajdowało oparcie w głębokich więziach emocjonalnych dziecka i kobiet (wyrok z 22.06.2016 r., nr 12962/14).

Prawo rosyjskie w czasie narodzin dziecka skarżących stanowiło, że małżeństwo może zostać uznane rodzicami dziecka, jeśli matka zastępcza wyrazi na to zgodę po jego urodzeniu. Przepisy milczały wówczas na temat więzi genetycznej zamawiających i dziecka. Dopiero w listopadzie 2011 r. wprowadzono w Rosji prawo definiujące surogację gestacyjną jako kontrakt, w myśl którego rodzice intencyjni muszą być dostawcami gamet.

W dalszej części orzeczenia ETPC przywołuje zapisy EKPC znoszącej wymóg legalizacji zagranicznych dokumentów urzędowych (konwencji haskiej z 1961 r.), Konwencji o prawach dziecka z 1989 r., haskiej Konwencji o ochronie dzieci i współpracy w dziedzinie przysposobienia międzynarodowego z 1993 r[68]. Trybunał w Strasburgu nawiązuje również do komentowanych wyżej: projektu Rekomendacji „Sztuczna prokreacja ludzka" przyjętego przez CAHBI oraz „THE PARENTAGE/SURROGACY PROJECT" Haskiej Konferencji Międzynarodowego Prawa Prywatnego.

Sprawa trafiła przed Wielką Izbę z uwagi na odwołanie rządu, **orzeczenie pierwszej instancji z 27.01.2015 r. było bowiem korzystne dla skarżących. Stwierdzono w nim m.in., że więź genetyczna nie jest konieczna dla istnienia życia rodzinnego w sytuacji, gdy nawiązane zostały więzi faktyczne (*de facto family life*)**[69]. Podstawą

[67] Zob. szerzej na temat włoskich regulacji i praktyki w: I. Kriari, A. Valongo, *International*..., s. 342–349.
[68] Dz.U. z 2000 r. poz. 448.
[69] I. Kriari, A. Valongo, *International*..., s. 351.

stwierdzenia naruszenia art. 8 EKPC było przekonanie ETPC, że władze niewłaściwie wyważyły interes publiczny i interes skarżących. Już w pierwszej instancji skarga została jednak uznana za niedopuszczalną w zakresie, w jakim skarżący chcieli występować jednocześnie w imieniu dziecka oraz w odniesieniu do kwestii odmowy uznania rosyjskiego aktu urodzenia. Wobec tego – oraz odrzucenia zarzutów formalnych rządu podniesionych ponownie przed Wielką Izbą – sprawa rozpatrywana przez Wielką Izbę dotyczyła w istocie kwestii separacji dziecka i skarżących.

Przed Wielką Izbą skarżący argumentowali w oparciu o zgodność ich działania z obowiązującymi w spornym okresie regulacjami rosyjskimi oraz przywiązanie, jakie wytworzyło się między nimi a dzieckiem. Podkreślali, że brak więzi biologicznej jest efektem cudzego zaniechania, oni pozostawali w dobrej wierze, decydując się na surogację gestacyjną. W ocenie skarżących stwierdzenie, że dziecko pozostało w stanie porzucenia było arbitralne, nie można więc przypisać sądom włoskim działania w celu ochrony praw i wolności innych osób. W ocenie skarżących stan faktyczny sprawy przemawiał za stwierdzeniem naruszania art. 8 EKPC.

W ocenie strony rządowej, ETPC orzekając w pierwszej instancji, interpretował art. 8 EKPC zbyt szeroko, zaś przesłanki uzasadnionego ograniczenia praw z art. 8 – zbyt restrykcyjnie. Argumentacja rządu zakładała konieczność istnienia więzi biologicznej dla zaistnienia życia rodzinnego. Wśród racji przedkładanych przez rząd znalazły się argumenty za sprzecznością uznania rosyjskiego aktu urodzenia z porządkiem publicznym, a nawet prawem rosyjskim oraz niespełnianiem przez skarżących w 2011 r. warunków do bycia rodzicami adopcyjnymi. Zdaniem przedstawicieli Włoch „*Article 8 did not guarantee either the right to found a family or the right to adopt*". Zdaniem rządu na podkreślenie zasługiwała kwestia szerokiego marginesu uznania państwa na płaszczyźnie technik wspomaganego rozrodu oraz subsydiarna rola Trybunału. Rząd wskazywał na to, że decyzję w sprawie podejmował Sąd ds. nieletnich w składzie dwóch sędziów zawodowych i dwóch ławników będącymi profesjonalistami z dziedziny psychiatrii, psychologii czy pedagogiki. Rząd przestrzegał przed turystyką prokreacyjną i komercyjnym wymiarem surogacji. Na podstawie tych racji rząd wnosił o oddalenie skargi.

Trybunał uznał za wykazany następujący stan faktyczny. Skarżący zdecydowali się na zawarcie umowy o surogację, w ramach której zapłacili ok. 50 000 euro. Gamety, którymi posłużono się, pochodziły od nieznanych dawców, zatem skarżący nie są genetycznie związani z dzieckiem. Władze rosyjskie wystawiły dziecku akt urodzenia stwierdzający, że skarżący są rodzicami. **Europejski Trybunał Praw Człowieka zważył, że w przeciwieństwie do poprzednich spraw Mennesson i Labassee w niniejszej nie wystąpiła więź genetyczna**, istotą problemu nie była też odmowa uznania aktu urodzenia bądź uznanie więzi rodzic–dziecko, lecz kwestia faktycznej separacji rodziców i dziecka na skutek działań Włoch.

Wyrok Wielkiej Izby stwierdza, że art. 8 EKPC – jak podnosił rząd – nie gwarantuje prawa do założenia rodziny ani prawa do adopcji. Dotyczy on poszanowania istniejącej rodziny. Trybunał przytoczył jednak wyroki w szeregu dotychczasowych spraw, w których uznawał, że więź genetyczna nie jest konieczna do powstania życia rodzinnego. Dla wsparcia koncepcji życia rodzinnego *de facto* skomentowane szerzej zostały orzeczenia w sprawach Moretti i Benedetti przeciwko Włochom[70],

[70] Wyrok z 27.04.2010 r., skarga nr 16318/07.

Kopf i Liberda przeciwko Austrii[71] oraz wspomniany już wyrok w sprawie Wagner i J.M.W.L. przeciwko Luksemburgowi, w których jednak więzi były akceptowane i uznane przez władze, co stanowi ważną różnicę względem przedmiotowej sprawy. Co istotne, ETPC uznał, że w formułowaniu wniosków dotyczących powstania życia rodzinnego znaczenie ma jakość więzi między rodzicami a dzieckiem, której to oceny zabrakło – moim zdaniem – w opisanej wyżej sprawie belgijskiej. Biorąc powyższe pod uwagę, **Trybunał uznał, że nie doszło do powstania życia rodzinnego *de facto*, ze względu na brak więzi genetycznej oraz krótki okres wspólnego życia skarżących i dziecka**. W tej sytuacji do rozpatrzenia została kwestia naruszenia życia prywatnego, również podlegającego ochronie art. 8 EKPC.

Odnosząc się do zakresu przesłanki życia prywatnego, przywołano m.in. orzeczenia dotyczące dostępu skarżących do technik wspomaganego rozrodu: Dickson przeciwko Zjednoczonemu Królestwu[72] oraz S.H. i inni przeciwko Austrii. Z wyroków tych wynikało, że domaganie się prawa do poczęcia dziecka z użyciem gamet dawców mieści się w zakresie art. 8 EKPC. Trybunał w Strasburgu zważył, że „*there is no valid reason to understand the concept of «private life» as excluding the emotional bonds created and developed between an adult and a child in situations other than the classic situations of kinship*". W uzasadnieniu komentowanego wyroku stwierdzono, że życie skarżących w dużej mierze koncentrowało się na działaniach mających na celu posiadanie dziecka. W przekonaniu Trybunału rozpatrywany stan faktyczny mieścił się w pojęciu życia prywatnego. Wobec tego konieczne było rozpatrzenie przesłanek z art. 8 ust. 2 EKPC.

Trybunał uznał też, że spełniona została przesłanka legalności. Mimo zastrzeżeń skarżących w tym zakresie, zwłaszcza odnośnie do rozumienia „porzucenia dziecka", uznał on, że włoskie regulacje spełniły warunek jakościowy – były dostatecznie przewidywalne. Jako uzasadniony cel działań władze włoskie – podobnie jak władze pozostałych rządów w sprawach dotyczących surogacji – podały zapobieganie nieładowi (*preventing disorder*) oraz ochronę praw i wolności innych osób, co spotkało się z aprobatą ETPC. Tradycyjnie najbardziej kontrowersyjną przesłanką okazała się ta odnosząca się do „konieczności ograniczeń w demokratycznym społeczeństwie". Po raz kolejny **Trybunał poświęcił sporo uwagi doktrynie marginesu uznania, wskazując podstawy do jej stosowania, w tym znaczną rozbieżność europejskich regulacji w odniesieniu do problemu surogacji oraz etyczne uwikłanie tej kwestii**. W uzasadnieniu podniesiono, że Wielka Izba inaczej niż Trybunał orzekając w pierwszej instancji rozpatruje sprawę z perspektywy prawa do prywatności, zaś celem włoskich regulacji i działań włoskich władz była ochrona dzieci, a nie tylko konkretnego dziecka, którego dotyczyło postępowanie. Była to – z perspektywy Wielkiej Izby – wystarczająca podstawa działań władz. W uzasadnieniu stwierdzono, że środki podjęte przez włoskie władze były proporcjonalne do celu, bowiem *„the public interests at stake weigh heavily in the balance, while comparatively less weight is to be attached to the applicants' interest in their personal development by continuing their relationship with the child. Agreeing to let the child stay with the applicants, possibly with a view to becoming his adoptive parents, would have*

[71] Wyrok z 17.01.2012 r., skarga nr 1598/06.
[72] Wyrok z 15.12.2017 r., skarga nr 44362/04.

been tantamount to legalising the situation created by them in breach of important rules of Italian law". Skarga została oddalona stosunkiem głosów 11 do 6, złożono do niej aż trzy zdania zbieżne[73] oraz jedno *votum separatum*.

W swoim zdaniu odrębnym pięcioro sędziów argumentowało, że w sprawie doszło do naruszenia art. 8 EKPC i to na płaszczyźnie poszanowania życia rodzinnego, przyjmując tym samym za trafne ustalenia pierwszej instancji. Sędziowie ci wyrazili przekonanie, że EKPC nie wprowadza rozróżnienia legalnej i nielegalnej (*legitimate* i *illegitimate*) rodziny, więc pojęcie „życia rodzinnego" powinno być interpretowane szeroko. Więź biologiczna nie była w dotychczasowym orzecznictwie strasburskim warunkiem zaistnienia rodziny – wynikało to nawet z przytoczonych w uzasadnieniu orzeczenia Wielkiej Izby wyroków. Dla składających zdanie odrębne, nie był również przekonujący argument o zbyt krótkim okresie wspólnego życia skarżących i dziecka, bowiem pojawiły się między nimi rodzicielskie relacje, które zostały przerwane interwencją władz. Konsekwencją uznania, że sprawa powinna być rozpatrywana z ujęcia „życia rodzinnego", jest stanowisko mniejszości sędziów w zakresie naruszenia. Podważają oni wszystkie trzy przesłanki dopuszczalności ograniczenia art. 8 EKPC – legalność, celowość i konieczność. Niezrozumiałe dla autorów zdania odrębnego było zwłaszcza uznanie, że dziecko będące pod opieką dwóch troszczących się o nie osób znajduje się w stanie porzucenia.

Orzeczenie spotkało się z pozytywnym przyjęciem ze strony krytyków dopuszczalności surogacji. Wskazują oni na główny wniosek z niego płynący, tj. przewagę pewnych ogólnych, uzasadnionych interesów nad subiektywną wolą posiadania dziecka. Upatrują w nim też początku prawdziwej dyskusji na temat moralnej dopuszczalności surogacji[74]. Taka recepcja orzeczenia jest być może nieco zbyt optymistyczna ze strony jej autorów, nie oznacza to jednak, że wyrok nie zasługuje na aprobatę. Pozytywnym aspektem wyroku jest wyraźne opowiedzenie się za koniecznością istnienia więzi biologicznej między rodzicami intencyjnymi a dzieckiem, przynajmniej w sytuacji, gdy ze względu na krótki okres wspólnego życia trudno mówić o życiu rodzinnym *de facto*, bo chyba tylko w ten sposób trzeba odczytywać stanowisko Strasburga. Istnienie więzi biologicznej – z jednej strony – obiektywizuje kwestie filiacyjne, z drugiej zaś strony – chociaż częściowo – zapobiega pokusom działań eugenicznych.

Z pewnością jest to krok w dobrą stronę, pytanie tylko, czy – ze względu na stanowienie istotnego wyłomu od dotychczasowej linii orzeczniczej odnośnie do życia rodzinnego *de facto* – będzie początkiem nowego nurtu orzeczniczego (jeśli tak, to czy tylko w zakresie macierzyństwa zastępczego) czy też wyłącznie jednorazowym ekscesem Trybunału strasburskiego? Na rzecz interpretacji głoszącej, że wyrok w sprawie Paradiso i Campanelli jest zwiastunem nowego, bardziej konserwatywnego podejścia, przemawia okoliczność, że było to orzeczenie Wielkiej Izby. Poza tym ustawodawstwa krajowe, nawet w państwach dopuszczających

[73] Warto odnotować, że w swojej opinii zbieżnej, sędziowie V.A. De Gaetano, P. Pinto de Albuquerque, K. Wojtyczek i D. Dedov zanegowali w ogóle spójność gestacyjnej surogacji z ludzką godnością.

[74] G. Puppinck, C. de La Hougue, *Surrogacy: general interest can prevail upon the desire to become parents – about the Paradiso and Campanelli v. Italy Grand Chamber judgment of 24th January 2017*, s. 6 (angielskie tłumaczenie artykułu opublikowanego w: „Revue Lamy de Droit Civil" 2017/146, dostępne na stronie: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2979255 (dostęp: 16.08.2017 r.).

surogację, nawiązują do kryterium genetycznego. Symptomatyczne jest również to, że począwszy od wyroku w sprawie Mennesson, ETPC preferuje rozstrzygać sprawy dotyczące macierzyństwa zastępczego w oparciu o przesłankę „życia prywatnego", a nie „życia rodzinnego". Za przeciwną interpretacją, traktującą komentowane orzeczenie jako jednorazowy epizod, który nie doczeka się kontynuacji, przemawia z kolei to, że znaczna grupa sędziów nie zgodziła się z nim, zaś ponad połowa tworzących większość złożyła opinie odrębne. Poza tym Trybunał wziął i będzie brał pod uwagę fakt, że na forach organizacji ponadnarodowych nie ustają wysiłki w celu uregulowania tego problemu na szczeblu ponadkrajowym[75].

V. KONKLUZJE

Na podstawie art. 46 ust. 1 EKPC wyroki ETPC są wiążące jedynie dla stron postępowania, *de iure* nie mają więc skutków *erga omnes* wśród państw–stron EKPC. Nie oznacza to, że wyroki nie oddziałują i nie powinny być brane pod uwagę przez państwa niebędące stroną konkretnej sprawy. Wpływ ten wynika z autorytetu Trybunału i samych wyroków (ten może być różny np. w zależności od tego, jaką większością wyrok został przyjęty, czy zapadł w pierwszej instancji czy przed Wielką Izbą)[76]. Jednocześnie, stałe ścieranie się w orzecznictwie strasburskim wykładni ewolucyjnej i doktryny marginesu uznania, często – zwłaszcza w sprawach kontrowersyjnych etycznie – utrudnia wyprowadzenie z wyroków jakiegokolwiek stałego standardu. Problematyka macierzyństwa zastępczego, na obecnym etapie rozwoju orzecznictwa ETPC w tej materii, znajduje się – w mojej ocenie – na właśnie takim „przedstandardowym" etapie. Wobec tego ustawodawca krajowy może liczyć na przyznanie mu szerokiego marginesu uznania w razie kwestionowania pochodzących od niego przepisów przed Trybunałem. Próby wyprowadzenia ze skromnego materiału orzeczniczego dotyczącego surogacji jakiś trendów mogą sprowadzać się do następujących spostrzeżeń. Po pierwsze, bliższe Trybunałowi jest odwoływanie się do prawa do prywatności niż prawa do życia rodzinnego. Po drugie, Trybunał kładzie raczej nacisk na ochronę dzieci pochodzących z surogacji niż rodziców intencyjnych, którzy w dużej mierze byli świadomi ewentualnych trudności prawnych związanych z macierzyństwem zastępczym. Po trzecie – co wynika oczywiście z kręgu osób będących stronami postępowań – Trybunał nie odnosi się do kwestii ewentualnych negatywnych skutków umów o surogację dla samych surogatek, co spotyka się z krytyką w nauce[77]. Odwołania do tego problemu mają miejsce jedynie w przypadku oceny „uzasadnionego celu" ograniczeń art. 8 EKPC, jakim jest ochrona praw i wolności innych osób (w tym dzieci i surogatek). Po czwarte wreszcie, ETPC uznaje za prawnie relewantny genetyczny związek dziecka z rodzicami intencyjnymi.

[75] W październiku 2016 r. Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy odrzuciło w głosowaniu projekt rekomendacji „Children's rights related to surrogacy (Doc. 14140)" autorstwa P. De Sutter, http://assembly.coe.int/nw/xml/Votes/DB-VotesResults-EN.asp?VoteID=36189&DocID=16001&MemberID= (dostęp: 19.08.2017 r.).

[76] Por. M. Balcerzak, *Oddziaływanie wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sferze inter partes i erga omnes* [w:] *Precedens w polskim systemie prawa*, red. A. Śledzińska-Simon, M. Wyrzykowski, Warszawa 2010.

[77] N. Bala, *The Hidden*…, s. 12; I. Kriari, A. Valongo, *International*…, s. 353.

Komentowane w pracy judykaty uświadamiają złożoność i wieloaspektowość problemu macierzyństwa zastępczego. Surogacja może mieć skutki na płaszczyźnie prawa cywilnego, rodzinnego, karnego, prywatnego międzynarodowego. Wyroki Trybunału pokazują, w jaki sposób wiąże się to też z prawami człowieka – prawem do poszanowania życia rodzinnego czy prawem do prywatności. Trzeba podkreślić, że ETPC nie został do tej pory skonfrontowany z prawdziwie dramatycznymi okolicznościami, które powstają na skutek umów o surogację. Mam tu na myśli sytuacje, w których rodzice intencyjni odmawiają przejęcia odpowiedzialności za dziecko, czy to na skutek rozstania, jak w sprawach Baby Manji[78] i małżeństwa Buzzanca[79], czy tego, że dziecko nie spełnia ich oczekiwań, bo jest np. dotknięte wadą genetyczną jak w sprawach Baby Gammy[80] i Baby Doe[81].

Status macierzyństwa zastępczego w optyce Europejskiego Trybunału Praw Człowieka jest sprawą otwartą i moim zdaniem taką pozostanie aż do czasu, gdy zdecydowana większość ustawodawstw krajowych wypowie się w tym przedmiocie. Naiwne jest oczekiwanie, że Strasburg wcześniej opowie się za konkretnym stanowiskiem etycznym względem tego problemu – opartym na godności i oznaczającym dezaprobatę dla tej praktyki bądź „realistycznym", opartym na autonomii jednostki i prowadzącym do regulacji, a nie zakazu. Trybunał będzie oceniał sprawy *ad casum*, rozstrzygał kwestie poboczne względem węzłowego problemu[82] i jedynie z tych rozstrzygnięć dotyczących tła będzie można wnioskować, jakie jest jego aktualne stanowisko względem kwestii pierwszoplanowej. Podobną strategią ETPC posługiwał się w przypadku innych drażliwych moralnie kwestii – aborcji[83] czy zapłodnienia *in vitro*.

Abstract

Łukasz Mirocha, *"Surrogate motherhood" in the current case-law of the European Court of Human Rights*

Surrogate motherhood, known also as surrogacy, is a kind of civil law contract according to which one party – surrogate mother is obliged to bear a pregnancy and after giving a birth transfer all rights concerning a child to commissioning party. There are two basic types of surrogacy, of which gestational surrogacy has recently become more popular. By concluding gestational surrogacy agreement commissioning party oblige itself to provide an embryo no matter of its source, while surrogate mother is bonded only to bear pregnancy. The second type of surrogacy agreement, often called traditional, encompasses also surrogates obligation to provide an egg, due to this fact, as the egg donor, surrogate

[78] B.M. Nichol, *A Child*…, s. 916.
[79] Wyrok Sądu Apelacyjnego stanu Kalifornia z 10.03.1998 r. w sprawie J.A. Buzzanca przeciwko L.H. Buzzanca, 61 Cal.App.4th 1410 (1998); M. Soniewicka, *Prokreacja*…, s. 108.
[80] Wyrok Sądu Rodzinnego Zachodniej Australii z 14.04.2016 r. w sprawie z udziałem D.J. Farnella, W. Li, P. Chanbua i innych, PTW 3718/2014; V.R. Guzman, *A Comparison*…, s. 620.
[81] Wyrok Sądu Apelacyjnego Stanów Zjednoczonych (Szósty Obwód) z 15.09.1992 r. w sprawie Stiver przeciwko Parker, 975F.2d 261 (6th Cir. 1992); M. Soniewicka, *Prokreacja*…, s. 109.
[82] Na rozpatrzenie oczekuje m.in. skarga w sprawie R.F. i inni przeciwko Niemcom (skarga nr 46808/16), w której lesbijska para domaga się uznania obydwu kobiet za matki dziecka w sytuacji, gdy jedna z nich była dawcą komórki jajowej, druga nosiła ciążę, zaś nasienie pochodziło od anonimowego dawcy.
[83] Por. G. Puppinck, *Procedural Obligations under the European Convention on Human Rights: an Instrument to Ensure Broader Access to Abortion*, „Zeszyty Prawnicze" 2013/1, s. 215–224.

mother becomes also a genetic mother. Surrogacy is connected to a variety of serious legal problems among others: deciding whether this kind of contract should be legal or banned and resolving an issue of a legal status of a new born child, by answering the question who is its legal parent. The paper comments a number of recent judgements given by European Court of Human Rights in the field of surrogacy. All the cases concerned question of international surrogacy, so the particular problems that were adjudicated regard the problem of recognising a foreign act of birth (Menneson v. France), giving permission to a child arrival to the intended parents country (D. and others v. Belgium) or factual separation of the child and the intended parents (Paradiso and Campanelli v. Italy). Applicants in the aforementioned cases claimed that states actions regarding surrogacy were opposite to the article 8 of European Convention on Human Rights, especially the right to respect private and family life. European Court of Human Rights has not been settling a dispute in which intended parents refused to take care of the child, what could be a real test to Strasbourg`s view on the commented problem.

Keywords: *surrogacy, gestational surrogacy, surrogate motherhood, intended parents, European Court of Human Rights, family life, private life*

Streszczenie

Łukasz Mirocha, *„Macierzyństwo zastępcze" w aktualnym orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*

Macierzyństwo zastępcze (inaczej surogacja) to rodzaj umowy cywilnoprawnej, w myśl której jedna ze stron (matka zastępcza), zobowiązuje się nosić ciążę, a po urodzeniu dziecka przenieść prawa do niego na drugą stronę umowy. Obecnie w obrocie funkcjonują dwie zasadnicze odmiany umów o macierzyństwo zastępcze, z których to surogacja gestacyjna jest coraz bardziej popularna. Umowa o surogację gestacyjną zakłada, że zamawiający zobowiązują się dostarczyć matce zastępczej embrion (niezależnie od jego pochodzenia), zaś ta zobowiązana jest jedynie do noszenia ciąży i urodzenia dziecka. Druga odmiana umów o surogację, zwana tradycyjnym macierzyństwem zastępczym, obejmuje obowiązek dostarczenia przez matkę zastępczą komórki jajowej, w związku z czym staje się ona również matką genetyczną dziecka. Macierzyństwo zastępcze wiąże się z wieloma poważnymi problemami prawnymi, m.in. potrzebą rozstrzygnięcia kwestii legalności takich umów czy decyzją odnośnie do statusu cywilnego dziecka pochodzącego z surogacji. W artykule komentowane są aktualne rozstrzygnięcia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka dotyczące macierzyństwa zastępczego. Wszystkie prezentowane sprawy dotyczyły surogacji międzynarodowej. Poszczególne stany faktyczne wiązały się z problemem uznania zagranicznego aktu urodzenia (Menneson p. Francji), wydaniem zezwolenia na przyjazd dziecka do kraju rodziców (D. i inni p. Belgii), czy faktyczną separacją dziecka i rodziców zamawiających (Paradiso i Campanelli p. Włochom). W komentowanych sprawach skarżący zarzucali, że działania władz państwowych związane z surogacją były sprzeczne z art. 8 Europejskiej konwencji praw człowieka i podstawowych wolności, zwłaszcza prawem do poszanowania życia rodzinnego i życia prywatnego. Trybunał w Strasburgu nie rozstrzygał do tej pory sprawy, w której rodzice intencyjni odmówili przyjęcia praw do dziecka, co mogłoby być prawdziwym sprawdzianem dla stanowiska ETPC wobec problemu macierzyństwa zastępczego.

Słowa kluczowe: *surogacja, surogacja gestacyjna, macierzyństwo zastępcze, rodzice intencyjni, Europejski Trybunał Praw Człowieka, życie rodzinne, życie prywatne*

Literatura

1. N. Bala, *The Hidden Costs of the European Court of Human Rights' Surrogacy Decision*, The Yale Journal of International Law Online 2014, t. 40;
2. M. Balcerzak, *Oddziaływanie wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sferze inter partes i erga omnes* [w:] *Precedens w polskim systemie prawa*, red. A. Śledzińska-Simon, M. Wyrzykowski, Warszawa 2010;
3. R. Cascão, *The Challenges of International Commercial Surrogacy: From Paternalism Towards Realism?*, Medicine and Law 2016, t. 35;
4. H. Ciach, *Istota ludzka czy osoba ludzka. Krytyka bioetyki początków życia Petera Singera*, Kraków 2013;
5. F. Edel, *Case law of the European Court of Human Rights relating to discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity*, Strasburg 2015;
6. M. Franaszek, *Umowy o surogację*, Prawo i Medycyna, http://www.prawoimedycyna.pl/?str=artykul&id=1029;
7. W. Galston, *Cele liberalizmu*, przekł. A. Pawelec, Kraków 1999;
8. V.R. Guzman, *A Comparison of Surrogacy Laws of The U.S. to Other Countries: Should There Be a Uniform Federal Law Permitting Commercial Surrogacy?*, Houston Journal of International Law 2016, t. 38;
9. I. Kant, *Uzasadnienie metafizyki moralności*, przekł. M. Wartenberg, Warszawa 1984;
10. M. Kramska, *Problematyka prawna zastępczego macierzyństwa – regulacje prawnomiędzynarodowe i krajowe*, Prawo i Medycyna, http://www.prawoimedycyna.pl/index.php?str=artykul&id=688&PHPSESSID=74177a443c2491416ddc85368946d1dd;
11. I. Kriari, A. Valongo, *International Issues Regarding Surrogacy*, The Italian Law Journal 2016, t. 2;
12. H.T. Krimmel, *Argument przeciwko rodzicielstwu zastępczemu* [w:] *Początki ludzkiego życia. Antologia bioetyki*, red. W. Galewicz, t. 2, Kraków 2010;
13. M. Mikluszka, *Czy można kupić dziecko, czyli problemy prawne i etyczne związane z macierzyństwem zastępczym* [w:] *Współczesne wyzwania bioetyczne*, red. L. Bosek, M. Królikowski, Warszawa 2010;
14. Ł. Mirocha, *„Znaczący uszczerbek" w kontekście art. 9 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności na tle innych merytorycznych kryteriów dopuszczalności skargi indywidualnej*, Palestra 2017, nr 6;
15. O. Nawrot, *Ludzka biogeneza w standardach bioetycznych Rady Europy*, Warszawa 2011;
16. O. Nawrot, J. Zajadło, *Biojurysprudencja – dom zbudowany na piasku czy na skale?*, Diametros 2009, nr 22;
17. B.M. Nichol, *A Child Without a Country: Dissolving the Statelessness of Children Born Through Surrogacy*, Michigan State Law Review 2016, t. 3;
18. S. Nicholson, C. Nicholson, *I Used to Have Two Parents and Now I Have Three? When Science (Fiction) and The Law Meet: Unexpected Complications*, Medicine and Law 2016, t. 35;
19. G. Puppinck, C. de La Hougue, *ECHR: Towards the Liberalisation of Surrogacy,* s. 10 (angielskie tłumaczenie artykułu opublikowanego w: Revue Lamy de Droit Civil 2014, nr 118, dostępne na stronie: https://www.culturavietii.ro/wp-content/uploads/2014/09/ECHR-Towards-the-Liberalisation-of-Surrogacy.pdf);
20. G. Puppinck, C. de La Hougue, *Surrogacy: general interest can prevail upon the desire to become parents – about the Paradiso and Campanelli v. Italy Grand Chamber judgment of 24th January 2017*, s. 6 (angielskie tłumaczenie artykułu opublikowanego w: Revue Lamy de Droit Civil 2017, nr 146, dostępne na stronie: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2979255;
21. G. Puppinck, *Procedural Obligations under the European Convention on Human Rights: an Instrument to Ensure Broader Access to Abortion*, Zeszyty Prawnicze 2013, nr 1;
22. J.A. Robertson, *Matki zastępcze: nowsza odsłona nienowych dylematów* [w:] *Początki ludzkiego życia. Antologia bioetyki*, red. W. Galewicz, t. 2, Kraków 2010;
23. M. Sandel, *Sprawiedliwość. Jak postępować słusznie?*, Warszawa 2013;

24. A. Sikora, *Życie ludzkie w fazie przedimplantacyjnej w dokumentach Rady Europy w aspekcie moralnym*, Poznań 2011;
25. M. Soniewicka, *Prokreacja medycznie wspomagana* [w:] J. Stelmach, B. Brożek, M. Soniewicka, W. Załuski, *Paradoksy bioetyki prawniczej*, Warszawa 2010;
26. M. Soniewicka, *Sprawozdanie z debaty Polskiego Towarzystwa Bioetycznego „Jak uregulować kwestię macierzyństwa zastępczego?*, Diametros 2009, nr 22.

PRAWO W DZIAŁANIU
SPRAWY CYWILNE
34/2018

Alina Prusinowska-Marek*

Praktyka sądowa stosowania art. 100 § 2 k.r.o. w świetle badań

1. WPROWADZENIE

Kodeks rodzinny i opiekuńczy[1] w art. 100 gwarantuje rodzicom pomoc sądu opiekuńczego i innych organów publicznych w należytym wykonywaniu władzy rodzicielskiej. Nie ma znaczenia, czy nienależyte sprawowanie władzy jest skutkiem zawinionego postępowania rodziców czy też wynika z obiektywnych powodów np. długotrwałej choroby czy niepełnosprawności intelektualnej rodzica. Celem pomocy udzielanej przez sąd[2] i organy publiczne przy udziale rodziców ma być usunięcie przeszkód uniemożliwiających lub utrudniających rodzicom wykonywanie władzy rodzicielskiej[3].

Przepis art. 100 k.r.o. odnosi się zarówno do działań sądu przed wydaniem orzeczenia, jak również do działań sądu opiekuńczego w toku prowadzonego postępowania rozpoznawczego i na etapie wykonania orzeczenia sądowego przy udziale podmiotów sądowych (kuratorzy sądowi) i pozasądowych (np. asystent rodziny przy zobowiązaniu rodziców do współpracy z asystentem)[4].

---

* Autorka jest zawodowym kuratorem rodzinnym.

1 Ustawa z 25.02.1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. z 1964 r. Nr 9, poz. 59; tekst jedn.: Dz.U. z 2017 r. poz. 682) – dalej k.r.o.

2 Należy mieć na uwadze, że w okresie wejścia w życie w 1965 r. Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego funkcję sądu opiekuńczego pełniły sądy dla nieletnich. Jak pisał Władysław Patulski (zob. W. Patulski, *Kierunki działalności sądownictwa dla nieletnich*, „Nowe Prawo" 1975/7–8, s. 941–942: „zmiany w metodach pracy w sądach dla nieletnich tylko częściowo łączyły się nowelizacją odpowiednich przepisów prawa materialnego i procesowego, dotyczących spraw nieletnich i małoletnich. Większość bowiem zmian sprowadza się nie tyle do przedsięwzięć natury ustawodawczej, co do poczynań organizacyjnych i kadrowych oraz stworzenia odpowiedniej bazy dla resocjalizacji nieletnich. (…). Na czoło wysunęła się przede wszystkim działalność opiekuńcza, zwłaszcza coraz większej liczby sądów dla nieletnich. Działalność ta jest tym bardziej uzasadniona, że w niektórych rodzinach, zwłaszcza w rodzinach alkoholicznych, rozbitych i w ogóle niepełnowartościowych powstają niesłuszne tendencje do uwalniania się od odpowiedzialności za wychowanie swych dzieci, które w ten sposób są narażone na niebezpieczeństwo społecznego wykolejenia. (…). W takich właśnie wypadkach ingerencja sądów w trybie opiekuńczym w zakresie udzielenia rodzicom pomocy niezbędnej dla prawidłowego wykonywania ich władzy (art. 97 i 100 k.r.o.) bądź też w przedmiocie ograniczenia, zawieszenia lub pozbawienia władzy rodzicielskiej (art. 109–111 k.r.o.) wysuwa się zdecydowanie na pierwszy plan".

3 H. Ciepła, *Nowelizacje Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego dokonane w latach 2008 i 2009 r. z komentarzem*, https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ZCf6J75TKDYJ:https://oirp.krakow.pl/media/9357f76d2b034efe9adb48b72bc5ff8f/Nowela%2520do%2520kro.doc+&cd=1&hl=pl&ct=clnk&gl=pl (dostęp: 11.11.2017 r.).

4 D. Jakimiec, *Dysfunkcjonalność rodziny jako przedmiot postępowania wykonawczego w prawie rodzinnym i opiekuńczym*, Warszawa 2016, s. 112–114.

Jak twierdzą komentatorzy[5], trudno byłoby wymienić wyczerpująco formy pomocy, jakich sąd może udzielić rodzicom dziecka – dlatego w przepisie przywołana jest – przykładowo – pomoc sądu w odebraniu dziecka przetrzymywanego przez osobę nieuprawnioną. Jako inne formy pomocy wymienia się[6]:

- udzielenie rodzicom informacji o możliwościach uzyskania pomocy materialnej np. od organu administracyjnego lub organizacji społecznej;
- zawiadomienie tego organu czy organizacji o potrzebie udzielenia pomocy materialnej przez sąd;
- udzielenie rodzicom mającym trudności wychowawcze wskazówek co do sposobu postępowania z dzieckiem lub informacji o miejscach, gdzie rodzice mogą taką pomoc otrzymać;
- udzielenie rodzicom informacji na temat możliwości dochodzenia przysługujących dziecku roszczeń (alimentacyjnych, odszkodowawczych, socjalnych);
- wydanie jednego z zarządzeń opiekuńczych na podstawie art. 109 k.r.o., gdy następuje to na wniosek samych rodziców.

Przepis art. 100 k.r.o. został zmodyfikowany przy nowelizacji Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego w 2009 r.[7], której celem było „dostosowanie unormowań (…) dotyczących stosunków między rodzicami a dziećmi do zmienionego, zwłaszcza w ostatnim piętnastoleciu, społecznego i prawnego kontekstu stosowania przepisów kodeksowych"[8] oraz implementacja umów międzynarodowych ratyfikowanych przez Polskę i postanowień Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 r.[9] Zmiana redakcji przepisu art. 100 k.r.o. miała na celu „wyeksponowanie idei wspierania rodziców przez instytucję pieczy zastępczej"[10]. W opinii autorów uzasadnienia projektu zmian „art. 100 nie był dotychczas wykorzystywany w sposób dostateczny. Piecza zastępcza nie powinna bowiem być postrzegana wyłącznie jako forma ingerencji w sferę władzy rodzicielskiej, lecz także jako istotne wsparcie naturalnej rodziny dziecka"[11]. Dodany przez nowelizację z 2009 r. § 2 w art. 100 k.r.o. daje instrukcję co do działań, jakie ma podjąć sąd opiekuńczy, w razie gdy okaże się, że rodzinie jest potrzebna pomoc w należytym wykonywaniu władzy rodzicielskiej.

Ostatnia zmiana w brzmieniu art. 100 k.r.o. wynikała z wejścia w życie z dniem 1.01.2012 r. ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej[12], która w art. 201 pkt 1 dokonywała zmian m.in. w art. 100 k.r.o. W związku z tym, że z dniem 1.01.2012 r. uregulowania dotyczące udzielania rodzinom przeżywającym trudności w wypełnianiu funkcji opiekuńczo-wychowawczych znalazły się

[5] J. Ignatowicz [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy z komentarzem*, red. J. Pietrzykowski, Warszawa 1993, s. 492; B. Dobrzański [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. M. Grudziński, J. Ignatowicz, Warszawa 1966, s. 609–610.
[6] J. Ignatowicz [w:] *Kodeks*…, s. 492–493.
[7] Dz.U. z 2008 r. Nr 220, poz. 1431.
[8] Uzasadnienie projektu z 7.12.2007 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 629, s. 1, Sejm VI kadencji – dalej projekt ustawy.
[9] Dz.U. poz. 483 ze zm.
[10] Uzasadnienie projektu…, s.33.
[11] Uzasadnienie projektu…, s.33.
[12] Tekst jedn.: Dz.U. z 2017 r. poz. 697 ze zm.

w ustawie o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej[13] konieczne było dostosowanie zapisów w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym. W większości komentarzy obejmujących stan prawny po 1.01.2012 r.[14] odnośnie do realizacji dyspozycji art. 100 § 2 k.r.o. nadal wskazuje się jedynie na działanie sądu na rzecz odebrania dziecka od osoby nieuprawnionej lub obowiązek zapewnienia dziecku pieczy zastępczej, jako przykładowe formy pomocy rodzicom przeżywającym trudności w wypełnianiu funkcji rodzicielskich. Niestety wydaje się, że komentatorzy nie dostrzegają związku między dyspozycją art. 100 § 2 k.r.o. a pojawieniem się w sferze publicznej koncepcji nowoczesnego systemu wsparcia i pomocy dla rodziców przeżywających trudności w wypełnianiu funkcji opiekuńczo-wychowawczych wyposażonego w zaplecze prawne w postaci ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej. Może to oznaczać, że zasoby lokalne w obszarze „wspieranie rodziny" nie będą w pełni wykorzystywane przez sąd opiekuńczy lub będą zastępowane przez znany sądowi obszar pieczy zastępczej.

Poszukując odpowiedzi na pytanie, jaki jest zakres pozaorzeczniczej działalności sądu opiekuńczego lub sędziego rodzinnego, w toku badań dokonano również przeglądu rozporządzeń Ministra Sprawiedliwości dotyczących Regulaminów urzędowania sądów (dalej regulamin z oznaczeniem roku) obowiązujących od 1978 r. pod kątem analizy zakresu czynności pozaprocesowych sądu/sędziego.

Gdy porównamy zmiany w brzmieniu art. 100 § 2 k.r.o. ze zmianami, jakie dokonywały się w regulaminach urzędowania sądów to okaże się, że sukcesywnie od roku 2009 w redakcji art. 100 k.r.o. następowały zmiany poszerzające jego zakres, podczas gdy od lipca 2015 r. z regulaminu zostały usunięte zapisy dotyczące możliwości podejmowania przez sąd opiekuńczy czynności pozaprocesowych i wszczynania z urzędu postępowania dotyczącego uregulowania innych problemów, niż będące przedmiotem prowadzonego przez sąd postępowania. Mamy zatem do czynienia z niespójnością przepisów rozporządzenia określającego wewnętrzną organizację i działalność sądu z uregulowaniami prawnomaterialnymi. Wprawdzie oczywiste jest stwierdzenie, że podstawę materialnoprawną działania sądu opiekuńczego stanowi Kodeks rodzinny i opiekuńczy, a nie regulamin, jednak z uwagi na brak dostatecznych przepisów regulujących czynności sądu opiekuńczego na etapie postępowania wykonawczego może się okazać, że sędziowie będą poszukiwać wskazówek co do możliwości podejmowania czynności pozaprocesowych w aktach prawnych niższego rzędu. Usunięcie w lipcu 2015 r. z regulaminu zapisów o obowiązku podjęcia przez sąd z urzędu postępowania lub zawiadomienia innego organu o potrzebie podjęcia takiego postępowania oraz o obowiązku podjęcia czynności pozaprocesowych, w związku z potrzebą udzielenia rodzinie pomocy może rodzić przekonanie, że aktualnie sąd opiekuńczy nie musi tych działań podejmować[15].

[13] Wcześniej obszar ten był uregulowany w ustawie o pomocy społecznej *(*przyp. – autorki*)*.

[14] E. Trybulska-Skoczelas [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. J. Wierciński, Warszawa 2014, s. 711–712; J. Ignaczewski [red.], *Władza rodzicielska i kontakty z dzieckiem*, Warszawa 2012, s. 12.

[15] W czerwcu 2015 r. z regulaminu urzędowania sądów powszechnych w odniesieniu do spraw rozpoznawanych w wydziałach rodzinnych zostało usuniętych wiele zapisów, którymi dotychczas posiłkowali się sędziowie rodzinni – dalej Regulamin urzędowania sądów powszechnych (przyp. – autorki).

2. WSPÓŁCZESNY SYSTEM WSPIERANIA RODZINY PRZEŻYWAJĄCEJ TRUDNOŚCI W WYPEŁNIANIU FUNKCJI OPIEKUŃCZO-WYCHOWAWCZYCH

2.1. Zmiany w polityce pomocy społecznej – od systemu opieki do aktywizacji i integracji społecznej z uwzględnieniem zasady pomocniczości

Pomoc społeczna w Polsce ma blisko stuletnią historię i od początku swego istnienia była zakorzeniona jako instytucja państwowo-samorządowo-charytatywna[16]. Pierwszym aktem prawnym regulującym obowiązki państwa wobec obywateli znajdujących się w potrzebie była ustawa z 16.08.1923 r. o opiece społecznej[17], która obowiązywała aż do 16.01.1991 r. Opieką społeczną w rozumieniu tej ustawy było zaspakajanie ze środków publicznych niezbędnych potrzeb życiowych osób, które trwale lub chwilowo własnymi środkami materialnymi lub własną pracą uczynić tego nie mogą oraz zapobieganie takim sytuacjom[18].

Świadczenie opieki społecznej zostało powierzone przez państwo samorządom gminnym, powiatowym i wojewódzkim, które były zobowiązane współpracować w tym zakresie z organizacjami społecznymi. Natomiast organizacjom społecznym powierzano dystrybucję usług określonych w tej ustawie. Należy zauważyć, że w okresie międzywojennym udział organizacji społecznych w realizacji usług opieki i pomocy był znaczący. Po roku 1945 świadczenie opieki i pomocy było zdominowane przez państwo, a w 1960 r. opieka społeczna została przekazana do Ministerstwa Zdrowia i Opieki Społecznej[19], gdzie ograniczono jej zakres do działań państwa na rzecz osób będących w potrzebie ze względu na stan zdrowia, wiek lub niepełnosprawność. Należy podkreślić, że system opieki i ratownictwa socjalnego[20] opisany w ustawie z 1923 r. w żadnym zakresie nie uzależniał pomocy państwa od aktywności jej beneficjentów na rzecz zmiany sytuacji w jakiej się znajdują. **Zatem świadczenie opieki i pomocy było obowiązkiem państwa przy całkowicie pasywnej postawie osób, do których były one kierowane** (wszystkie podkr. – autorki).

Po transformacji ustrojowej w 1989 r. system pomocy społecznej, z uwagi na szybko dokonujące się zmiany społeczne powiązane z zachodzącymi wtedy procesami politycznymi (demokratyzacja) i gospodarczymi (gospodarka rynkowa), musiał zostać zreformowany. Wpływ na kształt polityki społecznej po transformacji ustrojowej miał też „renesans" **zasady pomocniczości (subsydiarności)** i jej powszechne wdrażanie. Pomocniczość jako norma prawna regulująca funkcjonowanie samorządu terytorialnego została zapisana 15.10.1985 r. w Strasburgu w Europejskiej Karcie Samorządu Lokalnego, którą Polska ratyfikowała 26.04.1993 r.[21]

[16] M. Grewiński, *Od systemu opieki przez politykę pomocy do aktywizacji i integracji społecznej w Polsce* [w:] *Współczesne tendencje w pomocy społecznej i pracy socjalnej*, red. M. Grewiński, J. Krzyszkowski, Warszawa 2011, s. 9–10.
[17] Dz.U. z 1923 r. Nr 92, poz. 726 – dalej u.o.s.
[18] Art. 1 u.o.s.
[19] M. Grewiński, *Od systemu*…, s. 10.
[20] W okresie obowiązywania ustawy o opiece społecznej mamy do czynienia z **systemem opieki społecznej i ratownictwa socjalnego**, a nie z **pomocą społeczną** (przyp. i podkr. – autorki).
[21] A. Krasnowolski, *Subsydiarność w prawie i praktyce samorządowej*,Opracowania Tematyczne OT-609, Biuro Analiz i Dokumentacji. Zespół Analiz i Opracowań Tematycznych, Kancelaria Senatu, styczeń 2012 r., s. 4–5.

W 1997 r. zasada pomocniczości została wyrażona bezpośrednio w preambule do konstytucji, co oznacza, że według niej ma być stanowione i stosowane prawo[22].

Zasada pomocniczości wywodzi się z demokracji greckiej i koncepcji społeczeństwa Arystotelesa oraz nauki św. Tomasza z Akwinu. Zasada subsydiarności została rozwinięta w pełni w społecznej nauce Kościoła katolickiego[23], która zajmowała się poszukiwaniem równowagi między zasadą nieingerencji państwa i koniecznością podejmowania interwencji dla dobra słabszych. Zgodnie z nią „państwo (społeczności wyższe) nie powinno ingerować w życie mniejszych wspólnot, nie powinno pozbawiać ich kompetencji, samodzielności, inicjatywy działania i odpowiedzialności. Ingerencja i pomoc wyższych wspólnot oraz państwa może mieć miejsce tylko wtedy, gdy niższe wspólnoty nie mogą samodzielnie wypełnić nałożonych na nie zadań"[24]. Obecnie zasada pomocniczości jest jedną z podstawowych zasad ustrojowych w państwach demokratycznych, porządkuje funkcjonowanie społeczności europejskich oraz określa relację pomiędzy jednostką – grupą – państwem oraz powiązania między wspólnotami niższego i wyższego rzędu[25]. Zasada pomocniczości ma istotny wpływ na decentralizację władzy (państwo rezygnuje z części swych uprawnień na rzecz niższych organizacji/grup/wspólnot) oraz na podmiotowość i sprawczość obywateli (państwo nie może ograniczać inicjatywy obywateli, wyręczać ich, pozbawiać możliwości wyboru oraz brać za nich odpowiedzialności). Zdaniem Iwony Sierpowskiej zasada subsydiarności „pozwala unikać centralizmu i omnipotencji państwa"[26].

Zasadę subsydiarności państwa można sprowadzić do następujących zaleceń[27]:

- **zakaz odbierania** – państwo (społeczeństwo) nie powinno pozbawiać jednostki (mniejszej grupy) tego, co sama może zrobić;
- **subsydiarne towarzyszenie** – państwo (społeczeństwo) powinno wesprzeć jednostkę (mniejszą grupę) w działaniach przekraczających jej możliwości, powinna to być tzw. pomoc do samopomocy;
- **subsydiarna redukcja** – pomoc powinna mieć charakter przejściowy, skłaniający jednostkę do aktywizacji i samodzielnego działania.

I. Sierpowska uważa, że „zasada pomocniczości odwołując się do samodzielności jednostek i wspólnot, podkreśla również ich odpowiedzialność. Państwo nie może ograniczać inicjatywy obywateli, wyręczać ich, pozbawiać możliwości wyboru ani przejmować za nich odpowiedzialności. Należy umacniać pierwszeństwo i autonomię jednostki oraz pozycję wspólnot niższych wobec wyższych"[28].

Niestety, zapis o stosowaniu zasady pomocniczości poza preambułą nie pojawia się w dalszej treści Konstytucji RP, w tym w „Rozdziale 1", który stanowi zbiór zasad konstytucyjnych. Brak określenia w konstytucji treści zasady pomocniczości może prowadzić do różnorodnego jej rozumienia lub ignorowania obowiązku jej

[22] I. Sierpowska, *Zasada pomocniczości w pomocy społecznej*, „Przegląd Prawa i Administracji" 2009/79, s. 205–206.
[23] Encyklika „*Rerorum Novarum*" papieża Leona XIII z 1891 r.; encyklika „*Quadregessimo Anno*" papieża Piusa XI z 1931 r. (zob. A. Krasnowolski, *Subsydiarność*…, s. 3).
[24] I. Sierpowska, *Zasada*…, s. 204.
[25] I. Sierpowska, *Zasada*…, s. 204.
[26] I. Sierpowska, *Zasada*…, s. 204.
[27] I. Sierpowska, *Zasada*…, s. 205.
[28] I. Sierpowska, *Zasada*…, s. 205.

stosowania z powodu niezrozumienia[29]. W opinii I. Sierpowskiej „pomocniczość nadal błędnie kojarzona jest z obowiązkiem państwa do świadczenia bezwarunkowej pomocy jednostkom i wspólnotom, co sprzyja przypisywaniu subsydiarności – w duchu państwa opiekuńczego – ograniczonej treści"[30].

W dniu 29.11.1990 r. została uchwalona ustawa o pomocy społecznej[31], która zastąpiła ustawę o opiece społecznej z 1923 r. **Idea państwa opiekuńczego zastała zastąpiona koncepcją państwa pomocniczego, wspierającego** obywateli przy ich aktywnym udziale – pomoc społeczna stała się instrumentem polityki społecznej państwa[32].

Ustawa z 1990 r. była wielokrotnie nowelizowana, w tym w 2000 r.[33] wprowadzono do niej rozdział 1a: „Opieka nad rodziną i dzieckiem", który zawierał zapisy dotyczące udzielenia rodzicom pomocy w wypełnianiu ich zadań[34], lecz głównie koncentrował się na opisaniu organizacji opieki zastępczej dla dziecka pozbawionego całkowicie lub częściowo opieki rodzicielskiej[35]. **Działania państwa w tych rozwiązaniach były skupione na ratowaniu dziecka poprzez umieszczenie go poza rodziną biologiczną, która była źródłem zagrożenia jego dobra, zajmowaniu się dzieckiem umieszczonym w opiece zastępczej oraz rozwoju podmiotów opieki zastępczej, w tym głównie form opieki instytucjonalnej**. Mimo zapisów art. 33a u.p.s. z 2000 r. działania na rzecz udzielenia pomocy rodzinie nie były podejmowane przez służby społeczne[36].

Kolejna wersja ustawy o pomocy społecznej pojawiła się w 2004 r.[37] Zmiany w obszarze polityki społecznej były powiązane w tym czasie z reformą administracyjno-samorządową, w wyniku której zostały utworzone nowe szczeble samorządu terytorialnego[38]. W ramach procesu decentralizacji pomocy społecznej zadania określone w ustawie o pomocy społecznej zostały podzielone na poszczególne szczeble samorządu i przekazane im do realizacji. Warto zauważyć, że do 31.12.2011 r. w ww. ustawie nadal nie było zapisów na temat podejmowania przez pracownika socjalnego działań profilaktycznych służących utrzymaniu dziecka w rodzinie biologicznej. Praca z rodzicami biologicznymi dziecka pojawiała się w ustawie w kontekście umieszczenia dziecka w pieczy zastępczej. Zgodnie z rozwiązaniami ustawy o pomocy społecznej z 2004 r. powiat odpowiedzialny za umieszczenie dziecka w pieczy jednocześnie odpowiadał za podjęcie pracy z rodzicami biologicznymi

[29] I. Sierpowska, *Zasada*…, s. 206.
[30] I. Sierpowska, *Zasada*…, s. 206.
[31] Ustawa z 29.11.1990 r. o pomocy społecznej (Dz.U. z 1990 r. Nr 87, poz. 506 ze zm. – dalej u.p.s.) Ministerstwem właściwym dla realizacji tej ustawy było Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej.
[32] Należy pamiętać, że do zadań własnych gminy z zakresu polityki społecznej należą zadania określone w art. 7 ust.1 ustawy o samorządzie gminnym (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r. poz. 446 ze zm.) np.: ochrona zdrowia; pomoc społeczna, w tym ośrodki i zakłady opiekuńcze; wspieranie rodziny; gminne budownictwo mieszkaniowe; edukacja publiczna; kultura, w tym biblioteki gminne i inne instytucje kultury oraz ochrona zabytków i opieka nad zabytkami; kultura fizyczna i turystyka, w tym tereny rekreacyjne i urządzenia sportowe (przyp. – autorki).
[33] Dz.U. z 2000 r. Nr 19, poz. 238 – dalej u.p.s. z 2000 r.
[34] Art. 33a u.p.s. z 2000 r.
[35] Art. 33b do 33p u.p.s. z 2000 r.
[36] M. Kaczmarek, *Zmiana paradygmatu w opiece zastępczej. Uwagi do stanu reformy* [w:] *Pomoc dzieciom i rodzinie w środowisku lokalnym. Debata o nowym systemie*, red. M. Racław-Markowska, Warszawa 2005, s. 118–119.
[37] Dz.U. z 2004 r. Nr 64, poz. 593 (tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r. poz. 1508).
[38] W 1990 r. utworzono gminy, a w 1999 r. powołano do życia powiaty i samorządy województw (przyp. – autorki).

tego dziecka na rzecz reintegracji. Problem w tym, że gdy dziecko zostało zabrane do pieczy zastępczej pracownik socjalny z ośrodka pomocy społecznej z reguły kończył swoją współpracę z jego rodzicami, gdyż w rodzinie nie było już dziecka, którego „zagrożone dobro" aktywizowało służby społeczne. Dlatego słuszna idea pracy socjalnej na rzecz reintegracji rodziny pozostawała nadal tylko ideą. Konkludując, można powiedzieć, że **priorytety reformy systemu opieki nad dzieckiem i rodziną zostały odwrócone – usługa opieki zastępczej stała się usługą podstawową w systemie wspierania rodzin, tym samym marginalizując pracę socjalną z rodzinami wieloproblemowymi**[39].

Pomoc społeczna w rozumieniu ustawy o pomocy społecznej jest instytucją polityki społecznej państwa, mającą na celu umożliwienie osobom i rodzinom przezwyciężanie trudnych sytuacji życiowych, których nie są one w stanie pokonać, wykorzystując własne uprawnienia, zasoby i możliwości[40]. Pomoc społeczna wspiera osoby i rodziny w wysiłkach zmierzających do zaspokojenia niezbędnych potrzeb i umożliwia im życie w warunkach odpowiadających godności człowieka[41]. Należy podkreślić, że osoby i rodziny korzystające z pomocy społecznej są obowiązane do współdziałania z **pracownikiem socjalnym** w rozwiązywaniu ich trudnej sytuacji życiowej[42]. Tym samym ustawa urzeczywistnia zmianę paradygmatu świadczenia pomocy społecznej – z gwarantowanego świadczenia/usługi przy zupełnym braku aktywności beneficjenta[43] na uznaniowy charakter pomocy uzależniony od aktywności osoby, której ta pomoc ma być świadczona. Pomoc społeczna w rozumieniu ustawy o pomocy społecznej polega zatem w szczególności na[44]:

1. **przyznawaniu i wypłacaniu przewidzianych ustawą świadczeń**;
2. **pracy socjalnej**;
3. prowadzeniu i rozwoju niezbędnej infrastruktury socjalnej;
4. analizie i ocenie zjawisk rodzących zapotrzebowanie na świadczenia z pomocy społecznej;
5. realizacji zadań wynikających z rozeznanych potrzeb społecznych.

Ustawa o pomocy społecznej przewiduje **następujące świadczenia pieniężne i niepieniężne**[45] **należące do zadań własnych gminy**: zasiłki okresowe, zasiłki celowe, zasiłki celowe na pokrycie wydatków powstałych w wyniku zdarzenia losowego, zasiłki celowe na pokrycie wydatków na świadczenia zdrowotne osobom bezdomnym i innym niemającym dochodu, zasiłek celowy w formie biletu kredytowanego, opłacenie składek na ubezpieczenie emerytalne i rentowe za osobę, która zrezygnuje z zatrudnienia w związku z koniecznością sprawowania bezpośredniej/osobistej opieki nad długotrwale lub ciężko chorym członkiem rodziny**, pracę socjalną**, usługi opiekuńcze w tym specjalistyczne, miejsca w mieszkaniach chronionych, dożywianie dzieci, sprawienie pogrzebu w tym osobom bezdomnym, kierowanie

[39] Zupełnie inny paradygmat pracy z rodziną w kryzysie wniosła ustawa z 9.06.2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej (tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r. poz. 998 ze zm.) – dalej u.w.r. (przyp. – autorki).
[40] Art. 2 ust. 1 u.p.s.
[41] Art. 3 ust. 1 u.p.s.
[42] Art. 4 u.p.s
[43] Obowiązek wynikający z ustawy o opiece społecznej (przyp. – autorki).
[44] Art. 15 u.p.s.
[45] Art. 17 ust. 1 u.p.s.

do domu pomocy społecznej i ponoszenie odpłatności z pobyt mieszkańca gminy, pomoc w readaptacji społecznej dla osób opuszczających jednostki penitencjarne, zasiłki stałe, opłacanie składek na ubezpieczenie zdrowotne, zasiłki specjalne celowe, pomoc na ekonomiczne usamodzielnienie w formie zasiłków/pożyczek i pomocy w naturze, miejsca w domach pomocy społecznej i ośrodkach wsparcia o zasięgu gminnym, dotacje przedmiotowe do posiłków w barach mlecznych.

Ponadto gmina w ramach zadań zleconych przez administrację rządową świadczy: specjalistyczne usługi opiekuńcze dla osób z zaburzeniami psychicznymi, zasiłki celowe na pokrycie wydatków związanych z klęską żywiołową lub ekologiczną, prowadzi środowiskowe domy samopomocy dla osób z zaburzeniami psychicznymi, realizuje zadania wynikające z rządowych programów pomocy społecznej, zasiłki celowe i udzielanie schronienie cudzoziemcom, wypłacanie wynagrodzenia za sprawowanie opieki.

Należy zauważyć, że prawo do uzyskania pomocy materialnej (obligatoryjnej i uznaniowej) dla rodzin wychowujących dzieci może wynikać również z innych ustaw, np. z **ustawy o pomocy państwa w wychowaniu dzieci**[46]**, ustawy o świadczeniach rodzinnych**[47]**, ustawy o pomocy osobom uprawnionym do alimentów**[48].

Praca socjalna w rozumieniu ustawy o pomocy społecznej to działalność zawodowa mająca na celu pomoc osobom i rodzinom we wzmacnianiu lub odzyskiwaniu zdolności do (samodzielnego) funkcjonowania w społeczeństwie poprzez pełnienie odpowiednich ról społecznych oraz tworzenie warunków sprzyjających temu celowi[49]. Pracę socjalną świadczą **pracownicy socjalni** zatrudnieni w **ośrodkach pomocy społecznej** mieszczących się w każdej gminie w Polsce. Ośrodek pomocy społecznej jest w danej gminie podmiotem odpowiedzialnym za koordynację działań lokalnych związanych z realizacją polityki rodzinnej. **Zatem właśnie do ośrodka pomocy społecznej należy kierować wszelkie sygnały o potrzebie udzielenia rodzicom/rodzinie pomocy.**

2.2. Wspieranie rodziny przeżywającej trudności w wypełnianiu funkcji opiekuńczo-wychowawczych w rozumieniu ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej

Długa i krytyczna debata na temat jakości systemu pomocy rodzicom wychowującym małoletnie dzieci wynikającego z ustawy o pomocy społecznej i konieczności zmian w tym zakresie zaowocowała wprowadzeniem w życie od dnia 1.01.2012 r. nowego systemu wspierania rodziny i pieczy zastępczej[50]. Cele tej reformy zakładały[51]:

- wzrost liczby dzieci powracających z pieczy zastępczej do rodzin biologicznych (reintegracja);
- rozwój systemu wsparcia rodzin;
- rozwój form pracy z rodziną biologiczną;

[46] Ustawa z 11.02.2016 r. o pomocy państwa w wychowaniu dzieci (Dz.U. z 2016 r. poz. 195 ze zm.).
[47] Ustawa z 28.11.2003 r. o świadczeniach rodzinnych (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r. poz. 1518 ze zm.).
[48] Ustawa z 7.09.2007 r. o pomocy osobom uprawnionym do alimentów (tekst jedn.: Dz.U. z 2017 r. poz. 498).
[49] Art. 6 pkt 12 u.p.s.
[50] Zob. przypis 39.
[51] M. Kaczmarek, *Zmiana*…, s. 112.

- rozwój rodzinnych form pieczy zastępczej;
- zmniejszenie liczby i wielkości instytucjonalnych form pieczy.

Ustawa o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej określa: zasady i formy wspierania rodziny i sprawowania pieczy zastępczej, zadania administracji publicznej w zakresie wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej, zasady finansowania wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej oraz zadania w zakresie postępowania adopcyjnego. Ustawa ta dokonuje podziału zadań z zakresu wspierania rodziny pomiędzy poszczególne szczeble samorządu terytorialnego:

- **gmina** odpowiada za udzielanie rodzinie przeżywającej trudności w wypełnianiu funkcji opiekuńczo-wychowawczych **wsparcia**, które służy utrzymaniu dziecka w rodzinie, jak też pracy na rzecz reintegracji rodziny;
- **powiat** odpowiada za organizację i wsparcie **pieczy zastępczej;**
- **samorząd województwa** odpowiada za utworzenie i prowadzenie **ośrodków adopcyjnych** oraz realizację **procedur adopcyjnych**.

System wspierania i pomocy rodzinie przeżywającej trudności w wypełnianiu funkcji rodzicielskich opisany w ustawie o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej opiera się na: zasadzie pomocniczości w relacji obywatel–państwo i państwo–administracja publiczna, ochronie praw dziecka określonych w Konstytucji RP i w Konwencji o prawach dziecka oraz ochronie praw rodziny wyrażonej w konstytucji. Ustawodawca w preambule ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej zobowiązuje wszystkie instytucje, organizacje i osoby pracujące z dziećmi i rodzicami **do współpracy w realizacji zadań określonych w ustawie.**

Jak wynika z założeń projektu ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej nad dzieckiem, „podstawowym narzędziem działania na rzecz dziecka jest **praca z rodziną**. Jest ona ważna w momencie przeżywania przez rodzinę pierwszych trudności, jest niezbędna wówczas, gdy w rodzinie ma miejsce poważny kryzys, zagrażający dobru dziecka. W wyniku pracy z rodziną powinna ona osiągnąć zdolność prawidłowego funkcjonowania na tyle, aby bezpieczeństwo dzieci nie było zagrożone”[52]. „Praca z rodziną może być prowadzona w formie poradnictwa, terapii systemowej rodzin, treningu umiejętności wychowawczych (…), psychoedukacji, mediacji i konsultacji. Narzędziem wzmocnienia rodziny powinna być współpraca pomiędzy rodzinami, wymiana doświadczeń, tworzenie grup wsparcia, doradztwo w zakresie prowadzenia gospodarstwa domowego dla rodziców”[53]. Kluczowe znaczenie w zakresie pracy z rodziną zgodnie z założeniami projektu ustawy ma odgrywać **asystent rodziny**, którego rolą „nie będzie dublowanie pracy pracownika socjalnego”[54], lecz „aktywne wspieranie rodziny wychowującej dzieci, w której mają miejsce problemy trudne do pokonania samodzielnie przez tę rodzinę”[55]. Asystent, zgodnie z ustawą o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej, wykonuje swoje obowiązki w zadaniowym czasie pracy. „Efektem prawidłowo

[52] Założenia projektu Ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej nad dzieckiem, https://www.mpips.gov.pl/userfiles/File/Departament%20Swiadczen%20Rodzinnych/A%20opieka%20zastepcza/zalozenia%20po%20RM%2030.06.pdf, s. 11 (dostęp: 29.11.2017 r.).
[53] Założenia projektu…, s. 14.
[54] Założenia projektu…, s. 17.
[55] Założenia projektu…, s. 17.

prowadzonej pracy z rodziną powinno być pozostanie dziecka w rodzinie lub jego powrót do rodziców, jeżeli już zostało umieszczone poza rodziną"[56].

Ustawodawca określa mianem **wspierania rodziny** działania gminy mające na celu przywrócenie rodzinie zdolności do wypełniania funkcji opiekuńczo-wychowawczych wobec małoletniego dziecka. Wspieranie rodziny prowadzone jest za zgodą rodziny i z jej aktywnym udziałem, z uwzględnieniem zasobów własnych oraz źródeł wsparcia zewnętrznego[57]. Pracę z rodziną **organizuje gmina lub podmiot**, któremu gmina zleciła realizację tego zadania. Praca z rodziną jest prowadzona w szczególności **w formie**[58]:

- konsultacji i poradnictwa specjalistycznego;
- terapii i mediacji;
- usług dla rodzin z dziećmi, w tym usług opiekuńczych i specjalistycznych;
- pomocy prawnej, szczególnie w zakresie prawa rodzinnego;
- organizowania dla rodzin spotkań, mających na celu wymianę ich doświadczeń oraz zapobieganie izolacji w formie grup wsparcia lub grup samopomocowych.

Praca z rodziną jest realizowana w szczególności **przez asystenta rodziny**. Asystent rodziny jest przydzielany rodzinie decyzją kierownika ośrodka pomocy społecznej **na wniosek pracownika socjalnego**, który, w związku z informacją uzyskaną przez ośrodek (np. od sądu opiekuńczego), przeprowadził wywiad środowiskowy i na podstawie analizy sytuacji danej rodziny uznał, że zachodzi konieczność przydzielenia rodzinie asystenta[59]. Kierownik ośrodka pomocy społecznej **musi przydzielić asystenta** rodziny małoletniemu rodzicowi wychowującemu dziecko, który opuścił młodzieżowy ośrodek wychowawczy, młodzieżowy ośrodek socjoterapii, schronisko dla nieletnich lub zakład poprawczy[60]. Ustawa o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej wprowadziła od dnia 1.01.2012 r. zmiany w innych aktach prawnych, m.in. w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym poprzez zmianę brzmienia art. 109. Obecnie **sąd opiekuńczy, wydając zarządzenia na podstawie art. 109 § 2 pkt 1 k.r.o., może zobowiązać rodziców do pracy z asystentem rodziny lub realizowania innych form pracy z rodziną.**

Zadania asystenta rodziny określa art. 15 ust. 1 u.w.r. Asystent odpowiada przede wszystkim za opracowanie i realizację wraz z rodziną i pracownikiem socjalnym planu pracy z rodziną (w tym planu pracy spójnego z planem pomocy dziecku umieszczonego w pieczy zastępczej), udzielanie pomocy rodzinom w rozwiązywaniu problemów socjalnych/psychologicznych/wychowawczych z dziećmi, wspieranie aktywności społecznej rodzin, motywowanie członków rodziny do podnoszenia ich kwalifikacji zawodowych, udzielanie pomocy w poszukiwaniu/podejmowaniu /utrzymywaniu pracy zarobkowej, motywowanie rodziców do udziału w zajęciach grupowych mających na celu kształtowanie właściwych postaw rodzicielskich i umiejętności psychospołecznych, udzielanie wsparcia dzieciom np. przez

[56] Założenia projektu…, s.19.
[57] Art. 8 ust. 3 u.w.r.
[58] Art. 10 ust. 3 u.w.r.
[59] Art. 11 ust. 1–4 u.w.r
[60] Art. 11 ust.1a u.w.r.

udział w zajęciach psychoedukacyjnych, podejmowanie działań interwencyjnych i zaradczych w sytuacji zagrożenia bezpieczeństwa dzieci i rodzin, prowadzenie indywidualnych konsultacji wychowawczych dla dzieci i rodziców, dokonywanie okresowej oceny sytuacji rodziny[61], sporządzanie na wniosek sądu opinii o rodzinie i jej członkach, współpracę z zespołem interdyscyplinarnym lub grupą roboczą ds. przeciwdziałania przemocy oraz z jednostkami administracji rządowej i samorządowej, właściwymi organizacjami pozarządowymi i innymi podmiotami, i osobami specjalizującymi się w działaniach na rzecz dziecka i rodziny.

Wspieranie rodziny może być również świadczone przez objęcie dziecka opieką i wychowaniem w placówce **wsparcia dziennego**. Placówkę wsparcia dziennego prowadzi gmina lub podmiot, któremu gmina zleciła realizację tego zadania. Pobyt dziecka w placówce jest nieodpłatny i dobrowolny, chyba że do placówki skieruje dziecko sąd opiekuńczy[62]. Placówka wsparcia dziennego może być prowadzona w formie:

- **opiekuńczej**, w tym kół zainteresowań, świetlic, klubów i ognisk wychowawczych. Placówka prowadzona w formie opiekuńczej zapewnia dziecku: opiekę i wychowanie, pomoc w nauce, organizację czasu wolnego, zabawę i zajęcia sportowe oraz rozwój zainteresowań;
- **specjalistycznej** – placówka organizuje zajęcia socjoterapeutyczne, terapeutyczne, korekcyjne, kompensacyjne oraz logopedyczne; realizuje indywidualny program korekcyjny, program psychokorekcyjny lub psychoprofilaktyczny, w szczególności terapię pedagogiczną, psychologiczną i socjoterapię;
- **pracy podwórkowej** realizowanej przez wychowawcę, który prowadzi działania animacyjne i socjoterapeutyczne.

Ponadto rodzina przeżywająca trudności w wypełnianiu funkcji opiekuńczo-wychowawczych może być objęta **pomocą rodziny wspierającej**. Rodzina wspierająca przy współpracy asystenta rodziny pomaga rodzinie wspieranej w opiece i wychowaniu dziecka, prowadzeniu gospodarstwa domowego oraz kształtowaniu i wypełnianiu podstawowych ról społecznych.

Jednostki samorządu oraz organy administracji rządowej realizują obowiązek wspierania rodziny w szczególności we współpracy ze środowiskiem lokalnym, sądami i ich organami pomocniczymi, Policją, instytucjami oświatowymi, podmiotami leczniczymi, a także kościołami i związkami wyznaniowymi oraz organizacjami społecznymi[63].

Należy się tu odnieść do roli pieczy zastępczej w systemie wspierania rodziny. Piecza zastępcza pełni od 2012 r. funkcję pomocniczą – jest „tymczasowym" wsparciem rodziny przeżywającej trudności w wychowywaniu i opiece nad dziećmi[64].

[61] Nie rzadziej niż co 6 miesięcy (przyp. – autorki).

[62] Sąd opiekuńczy może skierować małoletniego do placówki wsparcia dziennego na podstawie art. 109 § 2 pkt 1 k.r.o. (przyp. – autorki).

[63] Art. 3 ust. 2 u.w.r.

[64] Piecza zastępcza jest instrumentem pomocy rodzinie, a nie celem samym w sobie. Dlatego ustawodawca nałożył na organizatora rodzinnej pieczy zastępczej lub między organizatorem a placówką (przyp. – autorki) obowiązek systematycznego oceniania zasadności dalszego pobytu dziecka w pieczy i składania odpowiednich wniosków do sądu opiekuńczego. Podobnie poprzez zmianę brzmienia art. 579[1] Kodeksu postępowania cywilnego (ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego [tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r. poz. 1360 ze zm.] – dalej k.p.c.) ustawodawca zobowiązał sąd opiekuńczy do dokonywania oceny sytuacji dziecka umieszczonego w pieczy i wszczęcia postępowania o pozbawienie władzy rodzicielskiej, jeśli wymaga tego dobro dziecka (przyp. – autorki).

Umieszczenie dziecka w pieczy zastępczej jest z założenia rozwiązaniem czasowym[65], a wszystkie podmioty realizujące zadania określone w ustawie o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej mają obowiązek podjęcia pracy z rodziną dziecka umieszczonego w pieczy, jak i z samym dzieckiem.

O ile założenia systemu wspierania rodziny i pieczy zastępczej nie budzą poważniejszych zastrzeżeń, zarówno naukowców jak i praktyków, o tyle realizacja zapisów ww. ustawy w poszczególnych jej aspektach (wsparcie, piecza zastępcza, adopcja) już tak. Główna uwaga dotyczy zbyt wolnego tempa wdrażania nowych rozwiązań np. zatrudniania asystentów rodziny czy koordynatorów rodzinnej pieczy, redukowania miejsc w instytucjonalnej pieczy na rzecz tworzenia nowych podmiotów niespokrewnionych rodzinnych form. Kolejna refleksja po 6 latach obowiązywania ww. ustawy dotyczy nierównomiernego tempa wdrażania nowych rozwiązań, a co za tym idzie, jej „wyspowego"[66] charakteru – uzależnionego od stanu infrastruktury pomocy społecznej, relacji z samorządem lokalnym oraz aktywnością organizacji pozarządowych[67].

W praktyce może się bowiem okazać, że w małych gminach (szczególnie wiejskich) zasoby w obszarze wsparcia ograniczają się jedynie do jednego asystenta rodziny zatrudnianego ze środków finansowych z Ministerstwa Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej w ramach „Programu asystent rodziny i koordynator rodzinnej pieczy zastępczej", które zwykle są uruchamiane w II kwartale danego roku i pozwalają na zatrudnienie asystenta do końca danego roku. Podobnie dzieje się z placówkami wsparcia dziennego – wiele placówek funkcjonujących przed 2012 r. przestało istnieć, gdyż nie było w stanie spełnić wymogów określonych przez Ministra Pracy i Polityki Społecznej w rozporządzeniu z 13.10.2015 r.[68] Zatem zmiany w zakresie infrastruktury i zasobów ludzkich w obszarze realizacji systemu wspierania rodziny, o którym mowa w ustawie o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej mogą mieć charakter pozorny. Podobnie dzieje się w obszarze zapewnienia przez powiaty miejsc w pieczy zastępczej. Nadal zakładany w ustawie rozwój profesjonalnych form rodzinnej pieczy zastępczej[69] nie odpowiada realnym potrzebom, czego przejawem jest umieszczanie małych dzieci w instytucjonalnych formach pieczy zastępczej[70] oraz kolejka dzieci oczekujących na umieszczenie poza rodziną[71]. Te wymienione okoliczności mogą wpływać na zakres stosowania przez sądy opiekuńcze dyspozycji art. 100 § 2 k.r.o.

---

[65] Art. 112[4] k.r.o.: „Dziecko umieszcza się w pieczy zastępczej do czasu zaistnienie warunków umożliwiających jego powrót do rodziny albo umieszczenia go w rodzinie przysposabiającej".

[66] Określenie „wyspowy" charakter w odniesieniu do reformy systemu opieki nad dzieckiem i rodziną po raz pierwszy użył Mirosław Kaczmarek (zob. M. Kaczmarek [w:] *Zmiana…* [w:] *Pomoc…*, s. 113).

[67] D. Trawkowska, *Czym jest polska praca socjalna z rodziną?* [w:] *Jak wspierać rodziny? Perspektywa organizacji. Perspektywa administracji. Dobro wspólne*, „Kwartalnik Trzeci sektor" 2013/2014, numer specjalny, s. 18.

[68] Rozporządzenie w sprawie wymagań lokalowych i sanitarnych, jakie musi spełniać lokal, w którym ma być prowadzona placówka wsparcia dziennego (Dz.U. z 2015 r. poz.1630).

[69] Chodzi o zawodowe rodziny zastępcze i rodzinne domy dziecka (przyp. – autorki).

[70] Jak wynika z Informacji Rady Ministrów o realizacji w roku 2016 ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej, s. 37, w 2016 r. w instytucjonalnych formach pieczy przebywało 1876 dzieci (w 2015 r. – 2317 dzieci) w wieku poniżej 7 lat mimo że ustawa, co do zasady, nakazuje umieszczanie małych dzieci w rodzinnych formach pieczy.

[71] Jak wynika z danych statystycznych z MS-S16/18 za rok 2016 na umieszczenie w pieczy zastępczej na koniec okresu statystycznego oczekiwało 204 dzieci, w tym 111 dzieci oczekiwało powyżej 3 miesięcy (źródło: MS-S16/18 za rok 2016 s. 21).

3. METODOLOGIA BADAŃ WŁASNYCH

W okresie od marca do listopada 2017 r. w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości na zlecenie Ministerstwa Sprawiedliwości prowadzono badania nt. „Praktyka sądowa stosowania art. 100 § 2 k.r.o.". Dane ilościowe i jakościowe użyte do analizy zebrano w oparciu o **ankietę elektroniczną** przygotowaną na bazie programu LimeSurvey oraz przy wykorzystaniu techniki **grup fokusowych** – jednej z udziałem sędziów rodzinnych, a drugiej – z udziałem przedstawicieli jednostek organizacyjnych wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej.

3.1. Narzędzie badawcze – ankieta online

Ankieta[72] zawierała 12 pytań – 6 zamkniętych, 5 półotwartych oraz jedno otwarte, jednokrotnego[73] lub wielokrotnego wyboru[74]. Pytania zamknięte[75] i półotwarte[76] zawierały wyczerpujące i rozłączne kafeterie odpowiedzi, które powstały po gruntownej analizie teoretycznej badanego problemu. Dodatkowo, w pytaniach półotwartych dodano kategorię „inne" (jakie? …)[77], aby uzyskać bardziej pogłębioną wiedzę w badanym zakresie. Ankieta zawierała pytania warunkowe[78], co ułatwiło respondentom wypełnianie ankiety i skróciło czas jaki musieli na tę czynność poświęcić[79]. Ankieta została zaopatrzona w krótką informację na temat celu badania i sposobu jej wypełnienia. Ankieta była całkowicie anonimowa, nie zawierała pytań umożliwiających identyfikację osoby ją wypełniającej. Pytania 1–7 odnosiły się ściśle do tematyki badania, czyli kwestii związanych z wypełnianiem lub nie dyspozycji art. 100 § 2 k.r.o., natomiast pytania od 8 do 11 dotyczyły danych demograficznych respondentów, a pytanie 12 (otwarte) było zaproszeniem dla respondentów do podzielenia się własnym doświadczeniem/dobrą praktyką w zakresie objętym badaniem. Wypełnienie ankiety było możliwe przez stronę internetową IWS przy użyciu odpowiedniego tokena, który respondenci uzyskali w mailowym zaproszeniu do wzięcia udziału w badaniu przesłanym do Prezesów wszystkich sądów rejonowych w Polsce[80]. Każdą odpowiedź respondenta program zapisywał i włączał do bazy danych. Dane ilościowe zostały opracowane przy użyciu programu SPSS[81]. Należy pamiętać, że ankieta online oprócz wielu zalet[82] ma też pewne ograniczenia. Ankieta jest „doskonałym narzędziem pomiaru postaw i poglądów"[83], dlatego uzyskane przy

[72] Formularz ankiety jest dostępny jako załącznik do Raportu.
[73] Pytania: 1, 2, 3, 6, 7, 8, 9, 10 i 11.
[74] Pytania 4 i 5.
[75] Pytania: 1, 3, 5, 8, 9 i 10.
[76] Pytania: 2, 4, 6, 7 i 11.
[77] E. Babbie, *Badania społeczne w praktyce*, Warszawa 2005, s. 271; M. Szpunar, *Internet w procesie realizacji badań*, Toruń 2010, s. 19–21.
[78] Pytania: 2, 4, 5, 6, 7.
[79] E. Babbie, *Badania*…, s. 277; Magdalena Szpunar nazywa je pytaniami filtrującymi *(*zob. M. Szpunar, *Internet*…, s. 20). Średni czas wypełnienia ankiety (bez dodania w pytaniu12 uwag/opinii/komentarzy) wynosił 5 minut (przyp. – autorki).
[80] Na dzień 1.01.2017 r. w Polsce funkcjonowało 318 sądów rejonowych, a w nich 328 wydziałów rodzinnych i nieletnich (*Mały rocznik statystyczny RP* z 2017 r.).
[81] *Statistical Package for the Social Sciences*.
[82] Np. niski koszt wysyłki, stosunkowo szybki zwrot ankiet, wyższa jakość zebranych danych, z uwagi na brak błędów przy ich wprowadzaniu lub niezamierzony wpływ ankietera na respondenta w trakcie badania (M. Szpunar, *Internet*…, s. 78–79).
[83] E. Babbie, *Badania*…, s. 268–269.

jej użyciu wyniki mogą być raczej interpretowane jako opinie i deklaracje respondentów na temat objęty badaniem niż rzeczywiste zachowania. Przyjęto, że dane uzyskane z badania ankietowego zostaną wykorzystane do opisu i wyjaśnienia tematu badania „Praktyka sądowa w zakresie stosowania art. 100 § 2 k.r.o.".

W okresie od 10.04.2017 r. do 21.09.2017 r. ankietę wypełniło 177 sędziów rodzinnych z sądów rejonowych w całej Polski, co przy uwzględnieniu liczby wydziałów rodzinnych i nieletnich daje zwrotność na poziomie 53,96% (przy założeniu że ankieta została wypełniona przez jednego sędziego z każdego wydziału rodzinnego w sądzie rejonowym).

3.2. Grupy fokusowe

W dniu 27.06.2017 r. w siedzibie Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości odbył się fokus z udziałem ośmiu przedstawicieli jednostek wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej. Za zgodą uczestników dyskusja była nagrywana, a do analizy jakościowej wykorzystano jej transkrypcję. Natomiast w dniu 4.07.2017 r. w siedzibie Instytutu przeprowadzono fokus z udziałem pięciu sędziów rodzinnych, który za zgodą uczestników został też nagrany i transkrybowany. Dla każdej grupy fokusowej został przygotowany scenariusz dyskusji. Przyjęto, że dane uzyskane w dyskusjach grupowych posłużą eksploracji problemu badawczego i lepszemu opisowi danych uzyskanych w trakcie badania ankietowego przeprowadzonego wśród sędziów rodzinnych.

4. ANALIZA UZYSKANYCH DANYCH ILOŚCIOWYCH I JAKOŚCIOWYCH

4.1. Charakterystyka ogólna uczestników badania

Wspomnianą ankietę wypełniło 177 sędziów rodzinnych, w tym 134 kobiety (75,7% badanej populacji) i 43 mężczyzn (24,3%). Respondenci w znakomitej większości byli doświadczonymi sędziami rodzinnymi, gdyż 79 sędziów (czyli 44,6%) posiadało ponad 15-letni staż orzekania w wydziale rodzinnym, 34 sędziów (czyli 19,2%) orzekało więcej niż 10 lat, a mniej niż 15 lat w wydziale rodzinnym, natomiast 40 sędziów (czyli 22,6%) orzekało w przedziale między 5 a 10 lat w wydziale rodzinnym. Najmniej liczną grupę – 24 osoby (czyli 13,6%) stanowili sędziowie, którzy orzekali w wydziale rodzinnym krócej niż 5 lat.

Jeśli chodzi o sędziów biorących udział w grupie fokusowej, to były wśród nich 4 kobiety (80% ogółu) i 1 mężczyzna (20%) – zatem rozkład grupy fokusowej ze względu na płeć był zbliżony do rozkładu grupy respondentów w badaniu ankietowym. Sędziowie biorący udział w fokusie byli zróżnicowani, jeśli chodzi o doświadczenie w orzekaniu w wydziale rodzinnym – 1 osoba miała doświadczenie krótsze niż 5 lat, 2 osoby miały doświadczenie w przedziale 5 do 10 lat orzekania w wydziale rodzinnym, a 2 osoby były bardzo doświadczonymi sędziami ze stażem orzekania wynoszącym ponad 20 lat.

W ankiecie pojawiło się też pytanie o dodatkowe (pozaprawnicze) wykształcenie respondentów. Spośród 177 sędziów 76 (42,9) ukończyło dodatkowe studia podyplomowe – najczęściej: „Prawo rodzinne dla sędziów" organizowane przez

INP PAN, „Prawo rodzinne z elementami psychologii" na Uniwersytecie Łódzkim i „Podyplomowe Studia Europejskie".

4.2. Praktyka sądowa stosowania art. 100 § 2 k.r.o.

Poniżej zostaną zaprezentowane najistotniejsze dane z ankiet i wywiadów fokusowych. Pełne omówienie uzyskanych w trakcie przeprowadzonego badania wyników prezentuje Raport zamieszczony na stronie internetowej Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości.

4.2.1. Czy i kogo sądy zawiadamiają. Skąd sędziowie czerpią wiedzę na temat do kogo kierować zawiadomienia

Spośród 177 sędziów, którzy anonimowo wypełnili ankietę 131 (czyli 74% respondentów) udzieliło pozytywnej odpowiedzi na pytanie nr 3: „Czy zdarzyło się Pani/Panu na podstawie art. 100 § 2 k.r.o. zawiadomić jednostkę organizacyjną wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej o potrzebie udzielenia pomocy rodzinie?". Pozostałych 46 sędziów (26%) na to pytanie odpowiedziało negatywnie. W grupach fokusowych zarówno sami sędziowie, jak i przedstawiciele jednostek organizacyjnych wspierania rodziny również potwierdzali tę prawidłowość:

[O3][84] „Ja się podzielę swym doświadczeniem, przygotowałam się w tym zakresie. W maju 2017 takich informacji z sądu było 22, w kwietniu 25, w marcu 18, w czerwcu (do dziś) – 10. Myślę, że to są duże liczby. Mam wrażenie, że w tej chwili już chyba w każdej sprawie opiekuńczej takie zapytanie jest i z grubsza tak jest, że w ok. 1/3 są to środowiska nam znane".

Spośród tych, którzy potwierdzili, że zawiadamiali odpowiednie podmioty o potrzebie udzielenia rodzinie pomocy, najczęściej kierowali swe odezwy do[85]:

- kierownika ośrodka pomocy społecznej – 100 odpowiedzi (76,3% sędziów);
- dyrektora powiatowego centrum pomocy rodzinie – 88 odpowiedzi (67,1%);
- asystenta rodziny – 16 wskazań (12,1%);
- placówki wsparcia dziennego – 3 odpowiedzi (2,3%);
- organizatora rodzinnej pieczy zastępczej – 38 odpowiedzi (29%);
- organizacji pozarządowej – 2 odpowiedzi (1,5%);
- rodziny wspierającej – 1 odpowiedź (0,8%);
- wójta/burmistrza/prezydenta miasta – 22 odpowiedzi (16,8%);
- placówki opiekuńczo-wychowawczej – 11 odpowiedzi (8,4%);
- regionalnej placówki opiekuńczo-terapeutycznej – 1 odpowiedź (0,8%);
- interwencyjnego ośrodka preadopcyjnego – 1 odpowiedź (0,8%);
- ośrodka adopcyjnego – 3 odpowiedzi (2,3%);
- innego podmiotu (np. Komitet Ochrony Praw Dziecka, Prokuratura Rejonowa, Poradnia Psychologiczno-Pedagogiczna, Gminna Komisja Rozwiązywania Problemów Alkoholowych) – 4 odpowiedzi (3%).

[84] Oznaczenie wypowiedzi uczestników fokusów: [S] z udziałem sędziów i [O] z udziałem przedstawicieli jednostek organizacyjnych wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej oraz [A] do komentarzy sędziów do ankiety online (przyp. – autorki).

[85] Pytanie nr 4 było pytaniem wielokrotnego wyboru (przyp. – autorki).

Wskazania sędziów odnośnie do podmiotów, do jakich kierują swoje zawiadomienia w sprawie udzielenia rodzinie pomocy potwierdziły również wypowiedzi sędziów z grupy fokusowej.

Sędziowie w znakomitej większości (157 sędziów/88,7%) deklarowali w ankietach, że mają wiedzę na temat podmiotu odpowiedzialnego w poszczególnych gminach należących do ich referatów za udzielenie rodzinom przeżywającym trudności w wypełnianiu funkcji opiekuńczo-wychowawczych wsparcia, o którym mowa w ustawie o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej. Pozostałych 20 sędziów (11,3%) nie posiadało takiej wiedzy. Sędziowie mający wiedzę na temat podmiotu uzyskiwali ją w różnoraki sposób. Najwięcej sędziów (46/26%[86]) przyznało, że **taką wiedzę uzyskało od współpracującego z nimi zawodowego kuratora rodzinnego**, 38 sędziów (21,5%) uzyskało taką informację od gmin, które po wejściu w życie ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej przesłały do sądów stosowną informację w tym zakresie, 22 sędziów (12,4%) uzyskało taką informację od przewodniczącego wydziału, a 7 sędziów (4,0%) osobiście zwróciło się do gminy z takim zapytaniem.

Wydaje się, że bardziej wnikliwej refleksji wymaga omówienie odpowiedzi uzyskanych na pytanie nr 7: „Czy może Pani/Pan powiedzieć jakie są według Pani /Pana powody, że nie zdarzyło się Pani/Panu do tej pory zastosować w praktyce przepisu art. 100 § 2 k.r.o.?". Spośród 46 sędziów (26%), którzy przyznali, że nie zdarzyło im się zawiadomić inne podmioty o potrzebie udzielenia pomocy, 28 sędziów (61%) przyznało, że nie widziało takiej potrzeby, 11 sędziów (24%) przyznało, ze w ich opinii „przepis art. 100 § 2 k.r.o. jest nieprecyzyjny i nie określa na jakim etapie prowadzonego postępowania (rozpoznawcze/wykonawcze) czy też przed wszczęciem postępowania opiekuńczego sąd ma kierować to zawiadomienie". Jeden sędzia (2%) przyznał, że nie ma wiedzy, gdzie skierować ewentualne zawiadomienie, zaś inny sędzia (2%) stwierdził, że: „w gminach, które należą do mojego referatu nie ma odpowiednich jednostek organizacyjnych wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej". Pięciu sędziów (10,1%) podało inne powody nie-zawiadamiania podmiotów odpowiedzialnych w gminie za udzielenie rodzicom pomocy takie jak np.:

- „instytucje, o których mowa były już zwykle w posiadaniu informacji o konieczności udzielenia wsparcia danej rodzinie";
- „nie miałam głębszej refleksji na temat art. 100";
- „nie prowadziłam spraw na podstawie tego przepisu tylko na podstawie art. 109 k.r.o. W praktyce trudno wskazać kiedy należy opierać się w sprawach małoletnich na podstawie art. 100, a nie art. 109 k.r.o. jeżeli sprawa toczy się z urzędu".

4.2.2. Na jakim etapie postępowania sąd stosuje art. 100 § 2 k.r.o. i jakie działania podejmuje

Sędziowie na pytanie nr 5: „na jakim etapie postępowania stosują art. 100 § 2 k.r.o." odpowiadali, że przede wszystkim:

[86] Dotyczy to 157 sędziów.

- przed wszczęciem postępowania rozpoznawczego (**Nmo**) – 35 sędziów (26,7%);
- w toku postępowania rozpoznawczego (**Nsm**) – 73 sędziów (55,7%);
- na etapie postępowania wykonawczego (**Opm**) – 22 sędziów (16,8%).

Należy jednak podkreślić, że wielu respondentów (40 sędziów) zastrzegało, że dyspozycję art. 100 § 2 k.r.o. **stosuje na każdym etapie postępowania opiekuńczego**, czyli przed wszczęciem, w trakcie postępowania rozpoznawczego oraz na etapie postępowania wykonawczego. Podobne stanowisko w tej kwestii prezentowali sędziowie w czasie grupy fokusowej:

> [S4] „Tak naprawdę to i w Nmo i w Nsm się zwracamy. Tak naprawdę nie patrzymy gdzie ta sprawa jest wpisana i ewentualnie jak w Opm-ie przychodzą jakieś niekorzystne informacje że rodzina jest objęta kompleksową pomocą różnego rodzaju instytucji i to nic nie daje – to my dopiero wszczynamy Nsm. Także jeśli chodzi o zwracanie się do instytucji o pomoc – to pod każdą możliwą sygnaturą to robimy".

Można przyjąć, że sygnalizowanie przez sąd potrzeby udzielenia pomocy rodzinie przed wszczęciem postępowania opiekuńczego (faza Nmo) to działanie prewencyjne zapobiegające wystąpieniu poważniejszych trudności, niż te zidentyfikowane przez sąd, i w ocenie sądu niezagrażające w tym momencie dobru dziecka. Natomiast stosowanie dyspozycji art. 100 § 2 k.r.o. na etapie postępowania wykonawczego ma charakter działań naprawczych, które poza ochroną dobra dziecka ma na celu modelowanie postaw/zachowań rodziców dziecka, które były powodem ingerencji sądu[87]. W trakcie wywiadu fokusowego sędziowie podkreślali, że nie budzi ich wątpliwości stosowanie dyspozycji art. 100 § 2 k.r.o. na etapie postępowania rozpoznawczego lub wykonawczego w sprawie. Za to sporo wątpliwości pojawiło się przy omawianiu czynności sądu przed wszczęciem z urzędu postępowania opiekuńczego, czyli na etapie Nmo, które mogą mieć największe znaczenie dla realizacji zasady pomocniczności sądu opiekuńczego.

4.2.3. Współpraca sądu z lokalnymi partnerami po zawiadomieniu zgodnie z art. 100 § 2 k.r.o.

Sędziowie w trakcie grupy fokusowej sygnalizowali funkcjonowanie dwóch różnych strategii działania podmiotów odpowiedzialnych za udzielenie rodzicom przeżywającym trudności w wypełnianiu funkcji rodzicielskich wsparcia. Pierwsza, rekomendowana przez sędziów i zgodna z duchem ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej polega na zachowaniu przez służby społeczne kolejności działań, czyli **pierwszeństwie działań profilaktycznych i przedsądowych** (udzielenie wsparcia /pomocy) **przed działaniami interwencyjnymi polegającymi na zawiadomieniu sądu**:

> [S2] „MOPS działa sam, a nas informuje, gdy sam wyczerpie swoje możliwości, albo ktoś odmawia współpracy z pracownikiem socjalnym/asystentem bądź nie współpracują w ramach procedury „Niebieskie Karty" bo tak też się zdarza".

[87] D. Jakimiec, *Dysfunkcjonalność…*, s. 114.

Jednak praktyka sądowa pokazuje, że etap działań profilaktycznych (wsparcie /pomoc) i przedsądowych jest często pomijany przez podmioty odpowiedzialne za te działania (np. OPS) i informacja o niepokojącej sytuacji dziecka jest kierowana do sądu opiekuńczego bez wcześniejszego podjęcia i wyczerpania możliwości pracy z rodziną:

> [A] „W mojej praktyce orzeczniczej często spotykam się z sytuacjami, kiedy organy pomocy społecznej oraz podmioty do których zadań należy udzielenie wsparcia rodzinie niezwłocznie po uzyskaniu informacji o niepokojącej sytuacji w rodzinie zawiadamiają o powyższym Sąd nie udzielając wsparcia bądź udzielając tylko niewielkie wsparcie".

Sędziowie w grupie fokusowej starali się być również krytyczni wobec siebie i zwracali uwagę na odwracanie rekomendowanej kolejności działań (**najpierw pomoc**/art. 100 § 2 k.r.o./**potem interwencja**/art. 109 k.r.o./) przez sam sąd.

> [S5] „To [zawiadomienie podmiotu na podstawie art.100 k.r.o. – dop. autorki] może być również stygmatyzujące dla rodziny, bo rodzina jest gotowa do współpracy, a ja nagle uprzedzam swoim działaniem ich samodzielność, wolę i chęć skorzystania. Oni myślą: a dlaczego sąd zawiadomił ośrodek? Ja skorzystam z pomocy, wiem gdzie jej szukać".

W trakcie grupy fokusowej z sędziami pojawiały się informacje o dwóch formach komunikowania się sądu opiekuńczego z jednostkami organizacyjnymi wspierania rodziny[88]. Pierwsza dotyczyła **zwracania się przez sąd o udzielenie informacji** od np. ośrodka pomocy społecznej „czy dana rodzina jest objęta pomocą, jeśli tak to jaką?", a druga dotyczyła **sygnalizowania** (zawiadomienia o którym mowa w art. 100 § 2 k.r.o.) **potrzeby udzielenia** rodzinie będącej w zainteresowaniu sądu odpowiedniej **pomocy, przy czym obie formy komunikowania się z jednostkami organizacyjnymi wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej sędziowie traktowali jako wypełnienie dyspozycji art. 100 § 2 k.r.o.** Z kolei w trakcie grupy fokusowej z udziałem jednostek organizacyjnych wspierania rodziny uczestnicy wyraźnie rozróżniali „zapytanie sądu o rodzinę i ewentualne formy pomocy" od „sygnału od sądu o potrzebie udzielenia rodzinie pomocy". Należy tu podkreślić profesjonalizm przedstawicieli jednostek wspierania rodziny, polegający na podejmowaniu działań w interesie klienta. Otóż uczestnicy grupy podkreślali, że każdorazowo „zapytanie sądu" jeśli nie znają danej rodziny traktują też jak „zawiadomienie o potrzebie udzielenia pomocy".

Jeśli chodzi o praktykę sędziów biorących udział w badaniu ankietowym i stosujących[89] dyspozycję art. 100 § 2 k.r.o., to w opinii 54 sędziów (30,5% ogółu 177 sędziów) **jednostka organizacyjna wspierania rodziny zawsze (z własnej inicjatywy) informuje sąd o rodzaju udzielonej pomocy**, a zdaniem 69 sędziów (39%) czyni to każdorazowo na żądanie sądu. Jedynie 6 sędziów (3,4%) przyznało, że w ich wydziałach funkcjonuje inna praktyka.

[88] Sędziowie identyfikowali w tym obszarze dwa wiodące podmioty: ośrodki pomocy społecznej (lub miejskie ośrodki pomocy społecznej) i powiatowe centra pomocy rodzinie (przyp. – autorki).
[89] 131 sędziów biorących udział w badaniu ankietowym (przyp. – autorki).

Niestety, uczestnicy fokusu dla jednostek organizacyjnych wspierania rodziny sygnalizowali słabą reaktywność sądu opiekuńczego na informacje od ośrodków pomocy społecznej kierowane do sądu, np. o odmowie współpracy rodziny z pracownikiem socjalnym lub asystentem rodziny albo o wyczerpaniu możliwości udzielania pomocy danej rodzinie w dotychczasowej formie:

> [O3] „Ja jeszcze chciałabym o pewnej trudności powiedzieć. Im dłużej mamy asystenta jako formę pomocy, tym częściej zdarza się taki przypadek, że rodzina jest objęta asystą zanim sąd w ogóle dowie się o trudnościach tej rodziny. Mamy coraz więcej rodzin z którymi pracujemy 3 lata albo nawet zdarza się że więcej (…). Niestety mimo naszej pracy są tak poważne konsekwencje dla dzieci, że sprawa trafia do sądu i sąd mając całą tą wiedzę od nas, bo my wszystko do sądu jak na spowiedzi piszemy o tym co robiliśmy dla tej rodziny i jakie są efekty, czyli że powoduje to zagrożenie dla dzieci i jest rozprawa i jest zobowiązanie do współpracy z asystentem rodziny".

Może to świadczyć o braku wystarczającej wiedzy sędziów na temat lokalnych zasobów i zasad udzielania wsparcia/pomocy rodzinom w ramach ustawy o pomocy społecznej i ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej lub o braku dostatecznej ilości czasu na podejmowanie przez sędziego czynności w postępowaniu wykonawczym. W tym kontekście bardziej zrozumiałe wydaje się docenienie przez sędziów biorących udział w wywiadzie fokusowym roli, jaką odgrywają **kuratorzy zawodowi** w obszarze współpracy sądu z podmiotami „pozasądowymi".

> [S4] „Bo kurator jest takim naszym pośrednikiem pomiędzy tymi instytucjami a sądem. Także tutaj współpraca kuratora jest bardzo istotna i stawiamy na tę współpracę przede wszystkim".

4.3. Jakie problemy z realizacją dyspozycji art. 100 § 2 k.r.o. sygnalizowali respondenci i jakie proponowali rozwiązania

4.3.1. Podejmowanie i dokumentowanie czynności w Nmo

Sędziowie uczestniczący w grupie fokusowej zwracali uwagę na problem związany z **prawidłowym**[90] **dokumentowaniem czynności** podejmowanych w sprawach, gdzie sąd nie podjął jeszcze decyzji o wszczęciu (na wniosek/z urzędu) postępowania opiekuńczego (etap Nmo). Zgodnie z Instrukcją w sprawie biurowości[91], i praktyką sądową wszelkie pisma w sprawach małoletnich niepodlegające wpisowi ani do repertoriów (Nsm), ani do innych urządzeń ewidencyjnych (wykaz

[90] Zgodnym z zarządzeniem nr 81/03/DO Ministra Sprawiedliwości z 12.12.2003 r. w sprawie organizacji i zakresu działania sekretariatów sądowych oraz innych działów administracji sądowej (Dz.Urz. MS z 2003 r. Nr 3, poz. 22 ze zm.) – dalej Instrukcja w sprawie biurowości.

[91] § 301 zarządzenia nr 81/03/DO (…) mówi o tym, że w wydziale rodzinnym i nieletnich prowadzi się wykaz „Nmo" dla wszelkich pism i czynności sądowych w sprawach nieletnich i małoletnich niepodlegających wpisowi do repertoriów ani innych odrębnych urządzeń ewidencyjnych (przyp. – autorki).

Opm), a rozpoznawanych przez sąd rodzinny lub sędziego rodzinnego wpisuje się do wykazu Nmo. W opinii sędziów biorących udział w fokusie, sąd w aktach Nmo ma do dyspozycji ograniczony zakres czynności procesowych, które może podjąć. Gdy do sądu wpływa pismo od dowolnej instytucji sygnalizujące sądowi nieprawidłową sytuację dziecka, co do zasady, sąd rejestruje sprawę „Nmo" i (w praktyce sądowej) zleca na podstawie art. 570^1 k.p.c. kuratorowi przeprowadzenie wywiadu środowiskowego w celu zebrania bardziej szczegółowych informacji o małoletnim i jego środowisku, które pozwolą sądowi podjąć decyzję odnośnie do dalszego postępowania. Sąd może się także zwrócić do właściwej jednostki organizacyjnej wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej o przesłanie informacji w tym samym zakresie. Po złożeniu przez kuratora lub/i jednostkę organizacyjną wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej wywiadu sąd musi podjąć decyzję, czy istnieją przesłanki do wszczęcia postępowania opiekuńczego z urzędu czy nie. Jeśli sąd uznaje, że zachodzą przesłanki do wszczęcia postępowania opiekuńczego, wówczas wydaje w tym zakresie odpowiednie zarządzenia oraz dołącza do akt Nsm korespondencję przychodzącą, np. odpowiedź ośrodka pomocy społecznej (na pismo sądu) w sprawie informacji o zakresie udzielnej rodzinie pomocy i jej efektach.

Powstaje pytanie co powinien zrobić sąd, gdy na podstawie analizy wywiadu środowiskowego sporządzonego przez kuratora sądowego dochodzi do wniosku, że nie ma podstaw do wszczęcia z urzędu postępowania opiekuńczego, ale dostrzegając np. pewne obszary słabszego funkcjonowania rodziny chciałby, zgodnie z dyspozycją art. 100 § 2 k.r.o., poinformować o potrzebie udzielania pomocy właściwą jednostkę organizacyjną wspierania rodziny? Regulamin urzędowania sądów powszechnych w rozdziale 9: „Przepisy szczególne w sprawach rozpoznawanych w wydziałach rodzinnych i nieletnich" w żadnym miejscu nie odnosi się do zakresu czynności, jakie sąd może podjąć w odniesieniu do małoletniego w sprawie zarejestrowanej w wykazie „Nmo".

W przypadku stwierdzenia braku przesłanek do wszczęcia postępowania, sąd zakreśla sprawę Nmo i przekazuje akta do archiwum – czyli nie ma możliwości i podstaw do monitorowania, czy i jakie czynności podjęła jednostka organizacyjna wspierania rodziny i systemu pieczy wobec rodziny zgodnie z zawiadomieniem sądu na postawie art. 100 § 2 k.r.o.

4.3.2. Zasoby lokalne w obszarze wspierania i pomocy rodzinie

Sędziowie rodzinni zgłaszali problem zróżnicowania gmin, z którymi współpracują pod względem zasobów lokalnych w obszarze wspierania rodziny i udzielania jej pomocy. To zróżnicowanie związane było – z jednej strony – z wielkością gminy, a z drugiej strony – z wielkością środków finansowych, jakie gmina przeznacza na zadania związane z wspieraniem rodziny. Zasoby gmin w obszarze wspierania rodziny prawdopodobnie można opisać na kontinuum – od słabe poprzez przeciętne do bardzo dobre. Takie głosy pojawiły się zarówno w grupie fokusowej, jak i w komentarzach do ankiety internetowej.

> [A] „Niektóre instytucje nie są stosowane, a niektóre np. placówka wsparcia dziennego nie zostały wprowadzone przez większość gmin".

Bardziej optymistyczną wizję zasobów w obszarze wspierania rodziny zaprezentowali uczestnicy grupy fokusowej. Zasoby reprezentowanych w fokusie dzielnic warszawskich były podobne i opierały się głównie na specjalistach zatrudnionych w dziale pomocy specjalistycznej (asystenci rodziny, specjaliści pracy socjalnej lub pracy z rodziną, psychologowie, pedagodzy), placówkach wsparcia dziennego, rodzinach wspierających i ofercie organizacji pozarządowych. Zasoby gmin podwarszawskich były również bogate i dopasowane do potrzeb mieszkańców:

> [O1] „Jestem specjalistą pracy socjalnej w Środowiskowym Ośrodku Pomocy Społecznej w Brwinowie. To jest gmina miejsko-wiejska. Mamy 17 sołectw + miasta. Jeśli chodzi o zasoby to oprócz **pracowników socjalnych** posiadamy także ofertę **pomocy specjalistycznej i sieć świetlic środowiskowych**. Zatrudniamy też **2 asystentów rodziny**. W ramach pomocy specjalistycznej zatrudniamy **psychologów i terapeutów**, zarówno dla dzieci, jak i dla dorosłych".

Warto zwrócić uwagę na to, że przedstawiciele jednostek organizacyjnych wspierania rodziny z grupy fokusowej prezentując zasoby swoich gmin w obszarze wspierania rodziny przywoływali nie tylko zasoby wynikające z ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej, i z ustawy o pomocy społecznej. Wielokrotnie w wypowiedziach uczestników pojawiały się informacje o zasobach takich jak: „grupy dla osób stosujących przemoc" (ustawa o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie[92]), „szkoła – pedagog, psycholog" (ustawa – Prawo oświatowe[93]), „sąd rodzinny, kurator zawodowy i społeczny" (ustawa – Prawo o ustroju sądów powszechnych[94], ustawa o kuratorach sądowych[95]), „specjalista ds. uzależnień" i „Gminna Komisja Rozwiązywania Problemów Alkoholowych" (ustawa o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi[96]), „Punkt Informacyjno-Konsultacyjny gdzie jest prawnik, można przeprowadzić mediację rodzinna, są terapeuci uzależnień, są psycholodzy dla dzieci i dorosłych" (ustawa o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi i ustawa o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie), „organizujemy Lato w mieście, współpracujemy w tym zakresie z Dzielnicą z Wydziałem Edukacji" (ustawa o samorządzie gminnym[97], ustawa – Prawo oświatowe).

Warto zatem pamiętać, że zasoby danej gminy w obszarze wspierania rodziny i pomocy społecznej nie są jedynymi w tym zakresie – do wykorzystania pozostają również zasoby z dziedziny oświaty, ochrony zdrowia, zadań własnych gminy z obszaru przeciwdziałania przemocy w rodzinie, przeciwdziałania alkoholizmowi, kultury, sportu i rekreacji i inne. Natomiast z całą pewnością asystent rodziny i/lub pracownik socjalny powinien być dla sądu kluczowym źródłem wiedzy na temat zakresu oferty wsparcia i pomocy oraz jej dostępności.

W związku z krytycznymi uwagami na temat niedostatecznych zasobów gmin w obszarze wspierania rodziny zgłaszanymi przez sędziów wypełniających ankietę i biorących

[92] Dz.U. z 2005 r. Nr 180, poz. 1493 ze zm.
[93] Dz.U. z 2017 r. poz. 59 ze zm.
[94] Tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r. poz. 23.
[95] Tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r. poz. 1014.
[96] Tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r. poz. 487 ze zm.
[97] Tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r. poz. 994.

udział w fokusie, dokonano przeglądu oraz analizy Informacji Rady Ministrów o realizacji w 2016 r. ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej[98] oraz Informacji o wynikach kontroli Funkcjonowanie placówek wsparcia dziennego dla dzieci. Szczególnie interesujące były dane dotyczące realizacji przez gminy zadania „wspieranie rodziny" pod kątem funkcjonowania: asysty rodzinnej, rodzin wspierających i placówek wsparcia dziennego.

W 2016 r. 94% gmin w Polsce zatrudniało **asystenta rodziny**[99], przy czym najmniej asystentów było zatrudnionych w województwach: podlaskim (69% gmin), łódzkim (88% gmin) i lubelskim (92% gmin)[100]. Należy podkreślić, że od 1.01.2015 r. asysta rodzinna jest zadaniem obligatoryjnym gminy. Jak podaje Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej, gminy na zatrudnienie asystentów ze środków własnych wydały 66,826 mln zł, co stanowiło 53,8% ogółu wydatków na ten cel w 2016 r. „Jednym ze znaczących źródeł finansowania zatrudnienia asystentów rodziny w 2016 r. były dotacje przyznane przez Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej w ramach „Programu asystent rodziny i koordynator rodzinnej pieczy zastępczej na rok 2016. (…) W 2016 r. dofinansowanie z budżetu państwa stanowiło 48,3% ogółu wydatków na ten cel"[101]. W praktyce oznacza to, że ok. połowa gmin w Polsce korzystała z dofinansowania zatrudnienia asystentów z budżetu państwa, a środki z Programu resortowego były kierowane do gmin w II kwartale 2016 r. i umożliwiały zatrudnienie asystentów do końca grudnia 2016 r. **Zatem realnie rzecz biorąc, ok. 40% gmin w Polsce zatrudniało w 2016 r. asystentów rodziny jedynie w okresie od maja do grudnia.**

Jak wynika z Informacji z 2016 r., liczba **rodzin wspierających** w całej Polsce spadła w stosunku do 2015 r. o 16 i wynosiła 66, co przy uwzględnieniu liczby gmin **daje wynik 0,027 rodziny wspierającej na gminę.**

Jeżeli chodzi o **placówki wsparcia dziennego,** to dane prezentowane w Informacji z 2016 r. przez Ministerstwo Rodziny i Polityki Społecznej są także pesymistyczne. Resort podaje, że „w 2016 r. na obszarze całej Polski działało ogółem 1552 placówek wsparcia dziennego, co oznacza spadek o 37 placówek w stosunku do roku 2015 (1589)"[102]. Niestety, ministerstwo nie podaje informacji, w ilu gminach placówki wsparcia dziennego nie funkcjonują w ogóle. Dlatego sięgnięto do Informacji o wynikach kontroli NIK – Funkcjonowanie placówek wsparcia dziennego dla dzieci, gdzie zostały zamieszczone dane w tym zakresie za rok 2015. Jak podaje NIK w 2015 r. w Polsce w 443 gminach (18% ogółu gmin) funkcjonowało 1589 placówek wsparcia dziennego, **co oznacza, że 82% gmin w 2015 r. nie posiadało żadnej placówki wsparcia dziennego w rozumieniu ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej**[103].

4.3.3. Artykuł 100 k.r.o. – przepis rangi ogólnej

Sędziowie uczestniczący w fokusie oraz wypełniający ankietę elektroniczną zgłaszali wątpliwości co do zakresów art. 100 i 109 k.r.o. i w ogóle stosowania art. 100

[98] Dz.U. z 2017 r. poz. 697 ze zm. – dalej Informacja z 2016 r.
[99] W 2015 r. – 93% gmin nie zatrudniało asystenta (Informacja z 2016 r., s. 8–9).
[100] Informacja z 2016 r., s. 8–9.
[101] Informacja z 2016 r., s. 9.
[102] Informacja z 2016 r., s. 11.
[103] Informacja o wynikach kontroli Funkcjonowanie placówek wsparcia dziennego dla dzieci, KPS-410–007–00/2016, NIK 2017, https://www.nik.gov.pl/kontrole/wyniki-kontroli-nik/kontrole,16951.html, s. 8 (dostęp: 17.11.2017 r.).

§ 2 k.r.o. Przypomnijmy, że 11 (czyli 24% tej grupy) spośród 46 sędziów, którzy w pytaniu nr 7 w ankiecie przyznało, że nie zdarzyło im się do tej pory zastosować w praktyce przepisu art. 100 § 2 k.r.o. jako powód podali: „moim zdaniem przepis art. 100 § 2 k.r.o. jest nieprecyzyjny i nie określa na jakim etapie prowadzonego postępowania (rozpoznawcze/wykonawcze) czy też przed wszczęciem postępowania opiekuńczego sąd ma kierować to zawiadomienie".

Podczas fokusu sędziowie zgłaszali, że rzadko prowadzą postępowania o wydanie dziecka na wniosek osoby uprawnionej[104], a jeśli zdarzają się wnioski rodzica o zapewnienie dziecku pieczy zastępczej, to są one kierowane bezpośrednio do Powiatowego Centrum Pomocy Rodzinie (PCPR) i dopiero PCPR powiadamia o tym fakcie sąd opiekuńczy. Zatem, pomijając sprawy o wydanie dziecka, rodzice praktycznie nie korzystają z możliwości ubiegania się o pomoc sądu opiekuńczego na podstawie art. 100 k.r.o.

W trakcie wywiadu grupowego pojawił się wątek wydawania przez sąd opiekuńczy postanowień, w których w sentencji sąd stwierdza: „udzielić pomocy ….. (imię i nazwisko rodzica) w wychowaniu małoletniego ….. (imię i nazwisko/urodzonego) poprzez ustanowienie nadzoru kuratora sądowego". Stanowisko uczestników fokusu było jednogłośne:

[S4] „Orzeczeń na podstawie art. 100 k.r.o. nie wydajemy".

Natomiast sędziowie wyjaśniali, że jeśli nawet w sentencji pojawia się sformułowanie „sąd udziela pomocy rodzicom poprzez ustanowienie nadzoru kuratora", to i tak sąd traktuje to jako ingerencję z art. 109 k.r.o., a poprzez użycie sformułowania „udziela pomocy" wskazuje, że „rodzice dziecka chcieliby jak najlepiej, ale nie potrafią i potrzebują tej pomocy, a nadzór kuratora spowoduje, że ta pomoc zostanie dla nich zorganizowana z jednej strony, a z drugiej strony sąd będzie miał wgląd w to co dzieje się w tej rodzinie" [S4].

Warto się zatem zastanowić, czy projektodawca ustawy o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw[105] w 2007 r. proponując oprócz zmiany brzmienia uzupełnienie art. 100 przez dodanie § 2 osiągnął zamierzony cel? W uzasadnieniu projektu czytamy, że: „celem proponowanej zmiany (…) jest wyeksponowanie idei wspierania rodziców przez instytucję pieczy zastępczej. Sprzyjałoby to modyfikacji praktyki sądowej, w której art. 100 nie był dotychczas wykorzystywany w sposób dostateczny"[106]. Jednakże dodany wtedy § 2[107] jest raczej normą prawa procesowego niż materialnego, jakim jest kodeks.

Sędziowie z grupy fokusowej stanęli na stanowisku, **że art. 100 k.r.o. jest przepisem rangi ogólnej, który podkreśla pomocniczą rolę sądu opiekuńczego i daje wyraz postanowieniom Konstytucji RP w tym zakresie.**

---

[104] Według danych MS na podstawie druku statystycznego MS-S16/18 za 2016 r. do sądów rejonowych wpłynęło 748 wniosków o wydanie dziecka, z czego 730 spraw zostało zakończonych (w tym w 160 sprawach wniosek uwzględniono w całości lub części).

[105] Projekt ustawy…

[106] Projekt ustawy…, s. 33.

[107] „W wypadkach, o których mowa w § 1, sąd opiekuńczy lub inne organy władzy publicznej zawiadamiają jednostkę organizacyjną pomocy społecznej o potrzebie udzielenia rodzinie dziecka odpowiedniej pomocy. Jednostka organizacyjna pomocy społecznej jest obowiązana informować sąd o rodzajach udzielanej pomocy i jej rezultatach".

4.3.4. Sąd rozwodowy jako sąd opiekuńczy

W trakcie wywiadu fokusowego z udziałem sędziów, ale także w ankiecie elektronicznej, znalazły się uwagi dotyczące braku odpowiedniej wiedzy, doświadczenia i aktywności sądu prowadzącego sprawę rozwodową w zakresie działań, jakie standardowo podejmuje sędzia prowadzący postępowanie opiekuńcze w wydziale rodzinnym w sądzie rejonowym. Ten brak dostatecznej wiedzy, np. co do lokalnych podmiotów udzielających rodzinie wsparcia lub pomocy, odnosi się też do sytuacji, w której sąd okręgowy powinien wykonać dyspozycję art. 100 § 2 k.r.o.

> [S5] Natomiast poziom sądu okręgowego to jest kompletna pustynia – pustynia informacji, kontaktu z kuratorem, bardzo często sędzia nie wie zupełnie, że gdzieś do jakiejś kuratorskiej służby powinien wysłać jakiś odpis orzeczenia do wykonania. (…) A problemów z potrzebą wsparcia w sprawie rozwodowej jest równie dużo co w waszych sprawach opiekuńczych. (…) Wy [sędziowie rodzinni – dop. autorki] przynajmniej wiecie gdzie tego wszystkiego szukać. Natomiast na poziomie sądu okręgowego, to sędziowie nawet nie wiedzą gdzie szukać tych informacji".

Wydaje się, że problem zasygnalizowany przez sędziów ma szerszy kontekst, gdyż dotyczy też stosowania i wykonywania zarządzeń opiekuńczych określonych w art. 109 k.r.o. oraz współdziałania sądu okręgowego z kuratorem sądowym nadzorującym/wykonującym orzeczenie (najczęściej zabezpieczające) sądu okręgowego.

4.3.5. Dostęp sędziów do bazy danych

W trakcie wywiadów fokusowych ustalono, że posiadanie przez sędziów orzekających w wydziałach rodzinnych aktualnej bazy danych z podmiotami realizującymi w danej gminie zadania z obszaru wsparcia i pomocy dla swoich mieszkańców w istotny sposób ułatwiłoby sędziom podejmowanie czynności procesowych, i pozaorzeczniczych. Warto zwrócić uwagę, że zarówno sędziowie wypełniający ankietę elektroniczną, jak i sędziowie biorący udział w grupie fokusowej podnosili kwestię posiadania dostatecznej wiedzy na temat zasobów lokalnych oraz dostępności tych zasobów dla osób objętych orzeczeniem sądu (bezpłatność i łatwy dojazd).

> [S2] „Kierowalibyśmy do placówek wsparcia dziennego gdybyśmy wiedzieli gdzie je mamy na swoim terenie. Jeśli sama nie dopytam się kuratora, to nie wiem".

Biorąc pod uwagę głos 20 sędziów (11,3%) wypełniających ankietę, którzy przyznali że nie mają wiedzy na temat, gdzie kierować ewentualne zawiadomienia oraz deklarację 46 sędziów (26%), którzy nigdy nie zwracali się z zawiadomieniem, o którym mowa w art. 100 § 2 k.r.o. – wydaje się, że dostęp sędziów do aktualnych danych wpłynie nie tylko na wzrost częstości zawiadamiania podmiotów pozasądowych o potrzebie udzielenia rodzinie pomocy, lecz także na różnorodność wydawanych orzeczeń, zwłaszcza jeśli chodzi o zobowiązywanie rodziców oraz

małoletniego do określonego postępowania (art. 109 § 2 pkt 1 k.r.o.), np. skierowanie małoletniego do placówki wsparcia dziennego.

4.3.6. Współdziałanie, dialog, spotkania sądu z lokalnymi partnerami

W trakcie grup fokusowych pojawiał się wątek „współpracy z sądem" i „współpracy sądu z ...". Wprawdzie po analizie wypowiedzi z grup fokusowych wydaje się, że współpraca sądu opiekuńczego z PCPR ma charakter bardziej partnerski (m.in. bazuje na dwustronnej komunikacji) niż współpraca sądu z ośrodkami pomocy społecznej (komunikacja jednostronna – od sądu do ośrodka). W zasadzie trudno się temu dziwić, jeśli weźmiemy pod uwagę, że sąd opiekuńczy jest „zależny" od PCPR w zakresie wykonania orzeczenia o umieszczeniu dziecka w rodzinnej lub instytucjonalnej pieczy zastępczej. Natomiast w przypadku ośrodków pomocy społecznej nie ma tej zależności. Sąd postrzega ośrodek jako źródło informacji o funkcjonowaniu rodziny lub wykonawcę swojego zarządzenia/orzeczenia.

W trakcie fokusów obydwie grupy podkreślały znaczenie dialogu między lokalnymi partnerami i deklarowały gotowość podjęcia takich działań.

> [S4] „Myślę, że należy wracać do tego, że należy się spotykać właśnie w takim gronie – sędziowie, kuratorzy, pracownicy socjalni, asystenci rodziny – żebyśmy się znali, bo wtedy będzie się nam łatwiej komunikować".

Niestety, kwestia współpracy sądu opiekuńczego z podmiotami pozasądowymi, w szczególności z jednostkami pomocy społecznej, a od 2012 r. także z jednostkami wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej, była wielokrotnie podnoszona[108]. Marek Andrzejewski podkreśla, że: „sędziowie rodzinni nie funkcjonują w systemie pomocy społecznej, lecz w ramach wymiaru sprawiedliwości. «Zawiadują» oni jednak sprawami dzieci i rodzin, które w systemie pomocy się znalazły. Dlatego racjonalny (pomijam w tym miejscu, że nakazany prawem) jest postulat współpracy sędziów z przedstawicielami pomocy społecznej, bez której nie można oczekiwać zarówno efektywnego orzekania w sprawach dzieci umieszczanych poza rodziną, jak i skutecznego pomagania rodzinom dotkniętym dysfunkcjami"[109]. Zdaniem M. Andrzejewskiego „partnerzy winni znać specyfikę funkcjonowania drugiej strony", a zatem sędziowie powinni znać środowisko lokalne na rzecz którego wykonują swoje obowiązki oraz instytucje, z którymi mają współpracować[110].

O połączenie dwóch systemów – sądowego systemu oddziaływania na rodzinę oraz samorządowego systemu wsparcia rodziny poprzez uruchomienie realnej współpracy między nimi – apeluje również Jacek Ignaczewski[111]. Zdaniem tego autora „tylko szeroka współpraca może przynieść pożądane efekty w zakresie przezwyciężania dysfunkcji w rodzinie, a dogodnym jej miejscem jest rozprawa sądowa i postępowanie sądowe. Z ubolewaniem należy dostrzec, że dzisiaj taka szeroka

---

[108] J. Hrynkiewicz, *Odrzuceni. Analiza procesu umieszczania dzieci w placówkach*, Instytut Spraw Publicznych, Warszawa 2006; M. Andrzejewski, *Rola sędziów rodzinnych w zreformowanym systemie opieki nad dziećmi* [w:] *Pomoc…*; J. Ignaczewski [w:] *Komentarz do spraw rodzinnych*, red. J. Ignaczewski, Warszawa 2014.

[109] M. Andrzejewski, *Rola…*, s. 53.

[110] M. Andrzejewski, *Rola…*, s. 53.

[111] J. Ignaczewski [w:] *Komentarz…*, s. 56–62.

współpraca nie występuje i jest tego wiele przyczyn”[112]. Podstawową przyczyną według J. Ignaczewskiego jest **dyskontynuacja działań**, czyli zaprzestanie działań przez podmioty świadczące na poziomie gminy wsparcie i pomoc dla danej rodziny w chwili przekazania sprawy do sądu rodzinnego. Włączenie się do procesu pomagania rodzinie sądu opiekuńczego J. Ignaczewski przyrównuje do efektu „kuli śnieżnej”, czyli powiększania się skali (włączanie kolejnych podmiotów) i powagi działań (przejście od działań przedsądowych do działań sądowych) wobec rodziny.

Wydaje się, że kwestia efektywnej i satysfakcjonującej współpracy sądu z lokalnymi partnerami i odwrotnie jest kluczowym elementem poprawy jakości orzekania, i następnie wykonywania orzeczeń sądu opiekuńczego. Dobra współpraca wiąże się z odpowiedzialnością przed partnerami za podejmowane działania. Dobra współpraca sądu z działającymi lokalnie podmiotami jest także inwestycją w poprawę wizerunku sądów rodzinnych.

4.3.7. Realizacja dyspozycji art. 100 § 2 k.r.o. i zasady pomocniczości przy umieszczaniu dziecka w pieczy zastępczej

Sędziowie biorący udział w grupie fokusowej wypowiadali się na temat standardowych działań, jakie podejmują, gdy decydują się na umieszczenie dziecka w pieczy zastępczej, m.in. prowadzących interesowało, czy odpis orzeczenia o umieszczeniu dziecka w pieczy zastępczej przesyłany jest nie tylko do podmiotu odpowiedzialnego za organizację rodzinnej/instytucjonalnej pieczy zastępczej[113], lecz także do gminy, która powinna podjąć pracę z rodzicami, którym odebrano dziecko[114]. Uczestnicy fokusu zgodnie przyznali, że nie ma praktyki przesyłania orzeczenia o umieszczeniu dziecka w pieczy zastępczej (lub informacji o tym) do gminy w celu podjęcia z rodziną pracy na rzecz zmiany funkcjonowania rodziny. Wprawdzie sędziowie zastrzegali, że informują strony o możliwościach i okolicznościach zmiany orzeczenia sądu, ale nie jest to realizacja dyspozycji art. 109 § 4 k.r.o. lub art. 100 § 2 k.r.o. Gdy badająca zapytała uczestników fokusu dla jednostek organizacyjnych wspierania rodziny o tę samą kwestię, okazało się, że wszyscy uczestniczy potwierdzili, iż sądy przy umieszczeniu dziecka poza rodziną nie informują o tym fakcie gminy, by dać impuls do podjęcia pracy z rodziną biologiczną. Natomiast pojawił się głos przedstawiciela PCPR w tej sprawie:

> [O2] „My jako PCPR przejęliśmy ten obowiązek i po otrzymaniu orzeczenia o umieszczeniu dziecka w pieczy informujemy pisemnie każdy OPS, że przyjęliśmy do pieczy dziecko z jego terenu i to nam daje fajny moment do rozpoczęcia współpracy w sprawie tego dziecka”.

Okazuje się, że praktyka sądowa dotycząca czynności zawiadamiania podmiotu pozasądowego[115] o wydanym postanowieniu o umieszczeniu dziecka poza rodziną

[112] J. Ignaczewski [w:] *Komentarz*…, s. 57.
[113] Organizator rodzinnej pieczy zastępczej, powiatowe centrum pomocy rodzinie (przyp. – autorki).
[114] Art. 10 ust. 4 u.w.r.: „Praca z rodziną jest prowadzona także w przypadku czasowego umieszczenia dziecka poza rodziną”.
[115] Związanego postanowieniem (przyp. – autorki).

nie została zmodyfikowana mimo zmian wprowadzonych do Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego przez ustawę o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej oraz zmiany od dnia 1.01.2012 r. paradygmatu pracy z rodziną na rzecz utrzymania dziecka w rodzinie lub reintegracji rodziny. Wydaje się, że przepis art. 109 § 4 k.r.o.[116] należy stosować mając na uwadze brzmienie art. 112^4 k.r.o.[117], oraz art. 100 § 2 k.r.o. i założenia ustawy o wspieraniu rodziny i pieczy zastępczej.

Zatem sąd opiekuńczy decydując o umieszczeniu dziecka w pieczy zastępczej powinien nie tylko zawiadomić o wydaniu orzeczenia podmiot odpowiedzialny w powiecie za organizację pieczy zastępczej[118], lecz także zawiadomić podmiot odpowiedzialny w gminie[119] za organizację pracy z rodziną. Proponowane działanie sądu opiekuńczego stanowi realizację dyspozycji art. 100 § 2 k.r.o. oraz jest działaniem zgodnym z duchem ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej.

Należy podkreślić, że to rozwiązanie przystaje do koncepcji kryzysu w ujęciu R.K. Jamesa i B.E. Gillilanda[120]. Przez niezwłoczne zasygnalizowanie potrzeby podjęcia działań „naprawczych"[121] po wywołaniu sytuacji kryzysowej w rodzinie, jaką jest niewątpliwie odebranie dziecka rodzicom, sąd zwiększa prawdopodobieństwo uruchomienia w rodzicach motywacji do podjęcia działań na rzecz rozwoju i zmiany oraz wykorzystania tej sytuacji jako okazji[122], a nie zagrożenia[123]. Należy wobec tego pamiętać, że **najbardziej efektywny czas na pracę nad zmianą sposobu funkcjonowania rodziców to okres 6–8 tygodni od zdarzenia wywołującego kryzys.** Brak zawiadomienia podmiotu odpowiadającego w gminie za udzielanie rodzicom przeżywającym trudności w wypełnianiu funkcji opiekuńczo-wychowawczych o potrzebie podjęcia z rodzicami dziecka umieszczonego w pieczy zastępczej pracy na rzecz zmiany ich funkcjonowania, istotnie zmniejsza szansę na podjęcie przez rodziców takiego trudu. Oczekiwanie sądu opiekuńczego, że to podmiot odpowiedzialny za organizację pieczy zastępczej powiadomi gminę o umieszczeniu dziecka poza rodziną jest wyraźnym łamaniem obowiązku realizacji przez sąd opiekuńczy zasady pomocniczości wyrażonej w Konstytucji RP, Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym oraz w ustawie o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej.

---

[116] W przypadku, o którym mowa w § 2 pkt 5, a także w razie zastosowania innych środków określonych w przepisach o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej, **sąd opiekuńczy zawiadamia o wydaniu orzeczenia właściwą jednostkę organizacyjną wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej, która udziela rodzinie małoletniego odpowiedniej pomocy,** i składa sądowi opiekuńczemu, w terminach określonych przez ten sąd, sprawozdania dotyczące sytuacji rodziny i udzielanej pomocy, w tym prowadzonej pracy z rodziną, a także współpracuje z kuratorem sądowym.

[117] Dziecko umieszcza się w pieczy zastępczej do czasu zaistnienia warunków umożliwiających jego powrót do rodziny albo umieszczenia go w rodzinie przysposabiającej.

[118] Odpowiednio organizator rodzinnej pieczy zastępczej w przypadku umieszczenia dziecka w rodzinnej formie pieczy lub powiatowe centrum pomocy rodzinie w przypadku umieszczenia dziecka w instytucjonalnej formie pieczy.

[119] Zwykle ośrodek pomocy społecznej.

[120] Kryzys jest odczuwaniem lub doświadczaniem wydarzenia bądź sytuacji jako trudności nie do zniesienia, wyczerpującej zasoby wytrzymałości i naruszającej mechanizmy radzenia sobie z trudnościami (R.K. James, B.E. Gilliland, *Strategie interwencji kryzysowej*, Warszawa 2005, s. 26).

[121] Np. przez przydzielenie rodzicom asystenta przez OPS (przyp. – autorki).

[122] R.K. James i B.E. Gilliland opisując kryzys, podkreślają, że zjawisko kryzysu charakteryzuje: jednoczesne występowanie zagrożenia i okazji (np. do szukania pomocy), złożona symptomatologia (kryzys jest zjawiskiem złożonym, trudnym do zrozumienia), wystąpienie załążka rozwoju i zmiany (czyli bodźca do wprowadzenia zmian), brak panaceum na kryzys, czy „naprawy od ręki", konieczność dokonywania wyboru oraz uniwersalność i wyjątkowość zarazem (R.K. James, B.E. Gilliland, *Strategie*…, s. 26–28).

[123] R.K. James i B.E.Gilliland uważają, że „kryzysy są zjawiskiem ograniczonym w czasie. Trwają najwyżej 6 do 8 tygodni, po czym subiektywne poczucie zamętu się zmniejsza" (R.K. James, B.E. Gilliland, *Strategie*…, s. 29).

4.3.10. Bezwzględny obowiązek informowania OPS

Przedstawiciele jednostek wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej biorący udział w wywiadach fokusowych wielokrotnie zwracali uwagę na konieczność zawiadamiania przez sąd odpowiednich jednostek o potrzebie udzielenia rodzinie pomocy, zwłaszcza gdy wiedza sądu o nieprawidłowej sytuacji opiekuńczo-wychowawczej małoletniego dziecka nie pochodzi z ośrodka pomocy społecznej. Każdorazowo ośrodek sprawdza, czy dana rodzina jest już objęta pomocą, a jeśli nie, to podejmie działania w zakresie rozpoznania środowiska i udzielenia potrzebnego wsparcia lub pomocy.

> [O7] „Czy potrzebujemy informacji od sądu? Tam gdzie nie znamy rodziny – jak najbardziej, bo każda informacja na rzecz dobra tej rodziny, szczególnie dzieci w tej rodzinie jest wskazana".

Analiza powyższych wypowiedzi nasuwa jeszcze jeden istotny wniosek – jeśli sąd kieruje informację do ośrodka pomocy społecznej o objęcie danej rodziny pomocą, to musi być choć wstępna deklaracja (np. wyrażona przez rodzinę w trakcie przeprowadzania przez kuratora sądowego wywiadu środowiskowego) o gotowości pracy nad zmianą funkcjonowania rodziny i skorzystania z oferowanej pomocy. Przedstawiciele jednostek wspierania rodziny wyraźnie podkreślali, że trudno oczekiwać poprawy sytuacji w rodzinie objętej przez 4 lata asystą „a sąd znów zobowiązuje do współpracy z asystentem gdy ta forma wsparcia już została wyczerpana i nie mamy już tej rodzinie co zaoferować". Chodzi zatem o to, aby orzeczenia sądu były realne i wykonalne (zarówno dla podmiotów, o których w nich mowa, jak i dla samej rodziny).

5. WNIOSKI I REKOMENDACJE

Zbadanie „Praktyki sądowej stosowania art. 100 § 2 k.r.o." okazało się zadaniem trudnym do zrealizowania w oparciu o badania aktowe. Trudność ta polegała na tym, że nie ma odrębnego symbolu[124] dla spraw opiekuńczych, w których sąd zastosował art. 100 § 2 k.r.o. Dlatego też wśród wszystkich spraw opiekuńczych zarejestrowanych w wydziałach rodzinnych i nieletnich w wykazach Nmo, Nsm i Opm nie da się zidentyfikować spraw, które odpowiadałyby tematyce badania. Jedynym rozwiązaniem byłoby dokonanie przeglądu wszystkich spraw zarejestrowanych w wymienionych wykazach, co oczywiście jest zadaniem niemożliwym do wykonania w ramach tego badania.

Z uwagi na fakt, że nie ma odrębnej kategorii (zgodnej z Wykazem spraw podlegających symbolizacji) spraw, w których sąd zastosował dyspozycję art. 100 § 2 k.r.o. wydziały rodzinne w sposób dowolny rejestrują podejmowanie przez sąd czynności, o których mowa w przepisie. Jeżeli ta aktywność sądu opiekuńczego jest istotna dla celów naukowych lub statystycznych, to **zachodzi konieczność stworzenia odpowiedniej konfiguracji w programach wspierających pracę wydziału rodzinnego**, np. w programie Currenda.

[124] Zgodnego z Wykazem spraw podlegających symbolizacji stanowiącym załącznik do zarządzenia Ministra Sprawiedliwości z 30.06.2017 r. (Dz.U. z 2017 r. poz. 166) – dalej Wykaz spraw podlegających symbolizacji.

W badaniu ankietowym wzięło udział, jak już niejednokrotnie wspomniano, 177 sędziów, z których 113 (63,8% ogółu) miało ponad dziesięcioletni staż orzekania w wydziale rodzinnym, a jedynie 24 sędziów (13,6%) orzekało krócej niż 5 lat. Prawie 43% sędziów oprócz wykształcenia prawniczego posiadało dodatkowe wykształcenie (studia podyplomowe) np. „Prawo rodzinne dla sędziów", „Prawo rodzinne z elementami psychologii", „Pedagogika specjalna dla sędziów rodzinnych".

Znakomita większość respondentów (131 sędziów/74%) potwierdziła[125], że zawiadamia jednostki organizacyjne wspierania rodziny o potrzebie udzielenia rodzinie pomocy i najczęściej kieruje swoje zawiadomienia do: **kierownika ośrodka pomocy społecznej** (100 odpowiedzi/76,3%), **kierownika powiatowego centrum pomocy rodzinie** (88 odpowiedzi/67,1%), **organizatora rodzinnej pieczy zastępczej** (38 odpowiedzi/29%), **wójta/burmistrza/prezydenta miasta** (22 odpowiedzi/16,8%), asystenta rodziny (16 odpowiedzi/12,2%) i **placówki opiekuńczo-wychowawczej** (11 odpowiedzi/8,4%). Wśród sędziów biorących udział w wywiadzie fokusowym również najczęściej wskazywano na **ośrodek pomocy społecznej** i **powiatowe centrum pomocy rodzinie**.

Biorąc pod uwagę treść przepisu art. 100 § 2 k.r.o.[126], wydaje się, że ustawodawca miał na myśli przede wszystkim potrzebę udzielenia pomocy rodzicom w należytym wykonywaniu władzy rodzicielskiej, co się wiąże z przekazaniem przez sąd lub inny organ władzy publicznej stosownej informacji do gminy, która odpowiada za udzielenie rodzinie wsparcia. Analiza wypowiedzi w ankietach i w trakcie fokusu pokazała, że sędziowie nie rozróżniają w dostatecznym stopniu kompetencji ośrodków pomocy społecznej i powiatowych centrów pomocy rodzinie, uznając, że zawiadomienie na podstawie art. 100 § 2 k.r.o. może być kierowane zarówno do ośrodka pomocy społecznej, jak i PCPR. Natomiast w ustawie o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej występuje wyraźny podział zadań między powiat i gminę. Gmina odpowiada **za udzielanie rodzicom przeżywającym trudności w wypełnianiu funkcji opiekuńczo-wychowawczych wsparcia**[127], natomiast **powiat odpowiada za zorganizowanie dla dzieci miejsc w pieczy zastępczej**. Oczywiście w założeniach do obowiązującego od 2012 r. systemu pomocy dziecku i rodzinie określonego w ustawie o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej przyjmuje się, że piecza zastępcza jest narzędziem wykorzystywanym do pomocy rodzicom (przez zapewnienie dziecku pieczy zastępczej), ale należy podkreślić, iż podstawowe funkcje w zakresie udzielania pomocy rodzicom z trudnościami w wychowywaniu własnych dzieci wypełnia gmina poprzez ośrodek pomocy społecznej. Dlatego **należy rekomendować sądom kierowanie zawiadomień do kierownika ośrodka pomocy społecznej**, chyba że zachodzi potrzeba udzielenia rodzicowi pomocy poprzez zapewnienie jego dziecku miejsca w pieczy zastępczej – wtedy stosowne zawiadomienie należy skierować do kierownika powiatowego centrum pomocy rodzinie.

[125] Należy zastrzec, że badania ankietowe „są doskonałym narzędziem pomiaru postaw i poglądów", czyli mierzą raczej to co ludzie deklarują i myślą na temat objęty badaniem, niż to co rzeczywiście robią w tym zakresie (E. Babbie, *Badania*…, s. 268–269).

[126] „W przypadkach, o których mowa w § 1, sąd opiekuńczy lub inne organy władzy publicznej zawiadamiają jednostkę organizacyjną wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej, (…), o potrzebie udzielenia rodzinie dziecka odpowiedniej pomocy (…)".

[127] Najczęściej decyzją wójta/burmistrza zadania z zakresu wspierania rodziny są powierzone ośrodkowi pomocy społecznej (przyp. – autorki).

Sędziowie w znakomitej większości (157 sędziów/88,7%) deklarowali, że mają stosowną wiedzę, gdzie kierować – zgodnie z dyspozycją art. 100 § 2 k.r.o. – zawiadomienia o potrzebie udzielenia pomocy. Sposób pozyskania tej wiedzy był różnorodny – 49 sędziów uzyskało tę informacją od gminy, 47 od współpracującego z nimi kuratora zawodowego, 33 od przewodniczącego wydziału lub innego sędziego z wydziału, 11 samodzielnie zwróciło się do gminy o udzielenie takiej informacji, a 17 uzyskało taką informację w inny sposób. **Biorąc pod uwagę obciążenie sędziów rodzinnych pracą i zakres ich obowiązków, należy zadbać o efektywność pracy sędziego, czyli nie obarczać sędziego zbędnymi czynnościami urzędniczymi**. Ponadto wydaje się, że brak aktualnej wiedzy sądu na temat zatrudnianych przez gminy asystentów rodziny oraz funkcjonujących w danej gminie placówek wsparcia dziennego skutkuje niedostatecznym wykorzystaniem przez sąd opiekuńczy możliwości określonych w art. 109 § 2 pkt 1 k.r.o.[128] wprowadzonych w 2012 r. przez ustawę o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej. Wydaje się, że biorąc pod uwagę, iż sąd opiekuńczy ma obowiązek stosować przepisy prawa publicznego, jakim jest ustawa o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej, **Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej powinno w ramach dobrej współpracy z wymiarem sprawiedliwości zobowiązać gminy i powiaty do przesłania do właściwych sądów rejonowych informacji o zasobach gmin w obszarze wspierania rodziny oraz zobowiązać je do aktualizowania ww. danych raz w roku[129].**

Warto także przeanalizować argumenty podawane przez 46 sędziów (26%), którzy zadeklarowali, „że nie zdarzyło się (…) im do tej pory zastosować w praktyce przepisu art. 100 §2 k.r.o.[130]". Prawie 61% tej grupy **(tj. 28 sędziów) przyznało, że nie widzi takiej potrzeby,** co jest deklaracją zaskakującą ze strony sędziego rodzinnego, w którego etos pracy wpisana jest ochrona zagrożonego dobra i pomoc rodzicom w wypełnianiu ich obowiązków rodzicielskich. Zatem wydaje się zasadne wprowadzenie tematyki związanej z organizacją systemu wspierania rodziny i pieczy zastępczej oraz współpracą sądu opiekuńczego z podmiotami pozasądowymi **do programu aplikacji i szkoleń ustawicznych realizowanych przez Krajową Szkołę Sądownictwa i Prokuratury (KSSiP).**

Natomiast **11 sędziów** spośród 46 (czyli 24%), którzy nie zastosowali art. 100 § 2 k.r.o. w uzasadnieniu swojego działania odwołało się do tego, że: **„przepis jest nieprecyzyjny i nie określa na jakim etapie postępowania sąd ma kierować te zawiadomienia"[131].** Podobne wątpliwości zgłaszali sędziowie wypełniający ankietę oraz uczestnicy grupy fokusowej, zwracając szczególnie uwagę na to, że dostrzegają trudności natury technicznej i prawnej w stosowaniu przepisu art. 100 § 2 k.r.o. przed wszczęciem postępowania opiekuńczego, czyli w fazie zarejestrowanej sprawy Nmo. Sędziów ogranicza brak odpowiednich przepisów proceduralnych

[128] „Zobowiązać rodziców małoletniego do pracy z asystentem rodziny", „skierować małoletniego do placówki wsparcia dziennego" (przyp. – autorki).

[129] Sporządzenie przez gminę informacji z aktualną bazą zasobów w obszarze wsparcia nie jest czynnością uciążliwą dla gminy, gdyż zgodnie z art. 176 pkt 6 u.w.r. gmina ma obowiązek co roku sporządzać sprawozdania finansowo-rzeczowe z zakresu wspierania rodziny zawierające powyższe informacje oraz przekazywać je w wersji elektronicznej właściwemu wojewodzie. Podobny obowiązek ciąży na powiecie, a wynika on z art. 180 pkt 14 u.w.r. (przyp. – autorki).

[130] Pytanie nr 7.

[131] Odpowiedź „C" na pytanie nr 7.

(w Kodeksie postępowania cywilnego lub w Regulaminie urzędowania sądów powszechnych) i odpowiednio do nich zapisów w Oddziale 4. Wykaz „Nmo" w zarządzeniu nr 81/03/DO Ministra Sprawiedliwości[132] co do czynności, jakie sąd opiekuńczy może podjąć po zarejestrowaniu sprawy Nmo odnośnie do małoletniego. Zatem **należy rozważyć zmianę lub uzupełnienie § 302 w zarządzeniu nr 81/03/DO.**

Znakomita większość sędziów wypełniających ankietę online (**131 spośród 177 sędziów**) oraz wszyscy biorący udział w wywiadzie fokusowym **wskazywali, że dyspozycję art. 100 § 2 k.r.o. stosują na każdym etapie postępowania opiekuńczego** (odpowiednio 26,7% sędziów zaznaczało przede wszystkim etap przed wszczęciem postępowania/Nmo/, 55,7% ogółu wskazywało przede wszystkim na etap postępowania rozpoznawczego/Nsm/, a 16,8% ogółu wskazywało przede wszystkim na etap postępowania wykonawczego/Opm/). Warto zauważyć, że 40 sędziów (30,5%) wypełniających ankietę podkreślało, że stosuje dyspozycję art. 100 § 2 k.r.o. na wszystkich etapach postępowania, co daje wyraz realizacji przez sąd opiekuńczy zasady pomocniczości wyrażonej w Konstytucji RP i idei pomocniczej funkcji sądu opiekuńczego wyrażonej w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym.

Uczestnicy grup fokusowych **zgodnie podkreślali priorytet działań pomocowych nad działaniami interwencyjnymi**, a tym samym konieczność wykorzystania najpierw działań przedsądowych (czyli wsparcia, o którym mowa w ustawie o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej), a dopiero, jeśli okażą się one nieskuteczne lub wyczerpią się możliwości dalszego udzielania wsparcia – rekomendowali powiadomienie sądu opiekuńczego. Aby doprowadzić do takiego stanu rzeczy konieczna jest ścisła współpraca sądu opiekuńczego z podmiotem odpowiedzialnym w gminie za udzielanie wsparcia, czyli najczęściej ośrodkiem pomocy społecznej. Przedstawiciele jednostek wspierania rodziny proponowali, by sądy **każdorazowo (obligatoryjnie) przesyłały do ośrodka pomocy społecznej informację o nieprawidłowej sytuacji opiekuńczo-wychowawczej małoletniego**, jeśli informacja o rodzinie, która stanowiła podstawę czynności podejmowanych przez sąd, nie pochodziła z ośrodka i w związku z tym zachodzi prawdopodobieństwo, że rodzina może nie być objęta pomocą ośrodka. Ośrodek potraktuje to zawiadomienie jako podstawę do udzielenia rodzinie z urzędu pomocy określonej w ustawie o pomocy społecznej i ustawie o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej. W przypadku, gdy rodzina będzie już objęta pomocą/wsparciem – ośrodek będzie ją nadal kontynuował.

Z drugiej zaś strony, sędziowie apelowali do podmiotów pozasądowych, w szczególności jednostek wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej, aby podejmując decyzję o skierowaniu do sądu opiekuńczego zawiadomienia na podstawie art. 572 § 2 k.p.c. o potrzebie wszczęcia z urzędu postępowania opiekuńczego, w uzasadnieniu tego zawiadomienia podawały szczegółowe informacje o pomocy udzielonej danemu dziecku i jego rodzicom przed zawiadomieniem sądu oraz innych działaniach podjętych w ramach kompetencji danego podmiotu.

Uczestnicy grup fokusowych podkreślali znaczenie stopniowania „interwencji" sądu w sferę władzy rodzicielskiej po zakończonym etapie przedsądowych

[132] Zob. przypis 90.

działań wsparciowo-pomocowych: od udzielenia pomocy w wychowaniu dzieci przez nadzór kuratora – przez wgląd w wychowanie dzieci przez nadzór połączony z zobowiązaniem rodziców do podjęcia określonych przez sąd czynności – do umieszczenia dziecka poza rodziną, gdy inne formy pomocy nie przyniosły zamierzonych efektów.

W trakcie wywiadów fokusowych sędziowie mówiąc o „zawiadamianiu innych podmiotów o potrzebie udzielenia rodzinie pomocy w wypełnianiu jej funkcji rodzicielskich", często naprzemiennie określali tę czynność jako „zwracanie się do danego podmiotu o udzielenie informacji, o tym czy dana rodzina jest objęta pomocą". Tę obserwację potwierdzali również uczestnicy grupy fokusowej dla przedstawicieli jednostek wspierania rodziny. Wydaje się dość oczywiste, że konieczne jest rozgraniczenie dwóch różnych czynności sądu: „zawiadomienia" na podstawie art. 100 § 2 k.r.o. jednostki organizacyjnej wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej o potrzebie udzielenia rodzinie dziecka pomocy i „wystąpienia sądu do podmiotu o udzielenie informacji czy dana rodzina jest objęta pomocą i w jakim zakresie". W przypadku zwrócenia się „o udzielenie informacji" podmiot, do którego skierowane jest pytanie, może się ograniczyć jedynie do udzielenia odpowiedzi na pismo sądu bez podjęcia działań inicjujących udzielenie pomocy.

W toku wywiadów fokusowych okazało się także, że sądy umieszczając dziecko w pieczy zastępczej przesyłają orzeczenie o umieszczeniu dziecka poza rodziną jedynie do organizatora rodzinnej pieczy zastępczej/powiatowego centrum pomocy rodzinie. Biorąc pod uwagę zasadę pomocniczości realizowaną przez sąd opiekuńczy, ideę tymczasowości pieczy zastępczej oraz prawo dziecka do wychowania w rodzinie (w tym powrotu pod opiekę rodziców, jeśli ustaną przesłanki powodujące umieszczenie go w pieczy) **wydaje się, że sąd opiekuńczy orzekając o umieszczeniu dziecka w pieczy zastępczej powinien korzystając z dyspozycji art. 100 § 2 k.r.o. przesłać zawiadomienie o potrzebie rozpoczęcia pracy z rodzicami dziecka również do ośrodka pomocy społecznej**. Takie rozwiązanie zainicjuje skierowanie do rodziny asystenta i niezwłoczne podjęcie pracy z rodziną na rzecz zmiany jej sposobu funkcjonowania i usunięcia powodów umieszczenia dziecka w pieczy.

Ponadto, należy zwrócić szczególną uwagę przy wydawaniu zarządzeń na konieczność przesłania do jednostki wspierania rodziny odpisu orzeczenia zobowiązującego rodziców do współpracy z asystentem rodziny (lub uchylającego ten obowiązek), co umożliwi niezwłoczne skierowanie (lub wycofanie) przez kierownika ośrodka pomocy społecznej asystenta do wskazanej rodziny. W tym postanowieniu lub zarządzeniu sąd ma określić częstotliwość składania przez jednostkę sprawozdań dotyczących sytuacji rodziny i udzielanej pomocy. Ustawa o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej w art. 15 ust. 1 pkt 15 stanowi, że asystent rodziny dokonuje okresowej oceny sytuacji rodziny nie rzadziej niż co pół roku.

Zarówno sędziowie (w komentarzach do ankiety oraz biorący udział w grupie fokusowej), jak i przedstawiciele jednostek wspierania rodziny podkreślali znaczenie dobrej współpracy między sądem a podmiotami działającymi lokalnie w obszarze pomocy dziecku i rodzinie. Sędziowie sygnalizowali przede wszystkim potrzebę posiadania aktualnych i zweryfikowanych danych dotyczących zasobów świadczących wsparcie i pomoc dla rodzin, a przedstawiciele jednostek wspierania rodziny potrzebę „bycia wysłuchanym i zrozumianym" przez sąd opiekuńczy. Obydwie

strony deklarowały gotowość udziału we wspólnych spotkaniach, których celem byłaby wymiana informacji o bieżących problemach i potrzebach[133]. Ponadto przedstawiciele jednostek wspierania rodziny zgłaszali potrzebę uwzględniania przez sąd ich rekomendacji w zakresie zastosowania przez sąd form pomocy, o których jest mowa w ustawach: o pomocy społecznej lub o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej. Uczestnicy grupy fokusowej z udziałem podmiotów pozasądowych twierdzili, że zdobycie zaufania sądu i bycie traktowanym po partnersku to pewien proces, który wymaga czasu i wspólnych (sądu i jednostki wspierania rodziny) doświadczeń.

Analiza zebranego materiału badawczego potwierdza, że **sędziom jest potrzebna aktualna, gruntowna wiedza na temat założeń i zasad działania systemu wspierania rodziny i pieczy zastępczej opisanego w ustawie o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej połączona z dobrą znajomością zasobów lokalnych w obszarze pomocy dziecku i rodzinie**. Jest to wiedza, którą sędziowie powinni uzyskiwać w toku szkoleń przygotowujących do wykonywania zawodu sędziego oraz w trakcie szkoleń ustawicznych organizowanych przez KSSiP. Wiedza teoretyczna powinna być uzupełniona przez działania praktyczne sędziego, np. udział w spotkaniach z lokalnymi partnerami w ramach realizacji § 198 Regulaminu urzędowania sądów powszechnych.

W trakcie wywiadu fokusowego, ale także w uwagach do ankiety pojawił się wątek wypełniania zadań sądu opiekuńczego przez sędziów orzekających w wydziałach cywilnych w sprawach rozwodowych. Sędziowie z dużą troską mówili o znacznie gorszej, w porównaniu z sędzią rodzinnym orzekającym w sądzie rejonowym, pozycji sędziego okręgowego, który nie ma dostępu do zespołu kuratorskiej służby sądowej i nie ma stosownej wiedzy o zasobach lokalnych właściwych dla rozwodzących się małżonków. **Proponujemy poddać szczególnej refleksji przygotowanie sędziów orzekających w sprawach rozwodowych i rozważyć potrzebę uzupełnienia tematyki dedykowanych tej grupie sędziów szkoleń realizowanych przez Krajową Szkołę Sądownictwa i Prokuratury oraz wyposażyć Wydziały Cywilne Sądów Okręgowych orzekające w sprawach rozwodowych w bazy danych** zawierające informacje o zasobach w obszarze wspierania rodziny z gmin należących do właściwości miejscowej Wydziału.

Na zakończenie, by podsumować rozważania na temat „Praktyki sądowej stosowania art. 100 § 2 k.r.o.", wypada przywołać wypowiedź sędziego [S5]:„To jest przepis rangi ogólnej, gdzieś ten obowiązek ogólny musi być wyrażony. Sama Konstytucja nakazuje nam chronić rodzinę, wspierać rodzinę, pomagać tej rodzinie, otaczać opieką małoletnich. Więc gdzieś trzeba było nałożyć na organy, również sądy ten obowiązek".

To prawda, choć trzeba podkreślić, że zapis w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym jest starszy niż zapisy w ratyfikowanej przez Polskę Konwencji o prawach dziecka, implementowane następnie do prawa krajowego, np. Konstytucja RP. Faktem jest, że intencją projektodawcy odnośnie do zmian wprowadzonych w art. 100 k.r.o. w 2009 r. było szersze wykorzystanie dyspozycji przepisu. Może niezbyt fortunnie zmiana ta została zrealizowana poprzez dodanie § 2, który jest normą prawa procesowego do normy odnoszącej się do prawa materialnego. Wydaje się, że wpisanie

[133] Wspólne spotkania w celu omówienia bieżącej współpracy sądu i podmiotów pozasądowych byłyby doskonałą formą realizacji zapisów § 217 ust. 1 pkt 1 i § 219 obowiązującego Regulaminu urzędowania sądów powszechnych.

do Kodeksu obowiązku zawiadamiania przez sąd opiekuńczy podmiotów pozasądowych, bez zadbania o inne warunki sprzyjające stosowaniu tego przepisu, nie nakłoni sędziów do mechanicznego wypełniania dyspozycji art. 100 k.r.o. Zatem potrzebne jest szerzenie w środowisku sędziowskim wiedzy o założeniach systemu pomocy dziecku i rodzinie tak, by jego kluczowe zasady stały się zrozumiałe dla sędziów oraz dostarczenie sędziom bazy aktualnych informacji o zasobach, co z kolei pozwoli dokonać sądowi wyboru odpowiedniego środka wsparcia lub pomocy. Sędziowie czują się odpowiedzialni „za" zainicjowanie udzielenia rodzinie pomocy, ale i „przed" rodziną przez podmiotowe i godnościowe traktowanie jej członków.

Abstract

Alina Prusinowska-Marek, *Research on the practice of judicial application of Article 100(2) of the Family and Guardianship Code*

The Family and Guardianship Code (FGC) in Article 100 guarantees that parents should receive assistance from courts and other public authorities in proper exercise of their parental authority over the child. The aim of the assistance provided by courts and public authorities is to remove obstacles that prevent parents from exercising their authority or render it difficult. The conception of subsidiary role of the guardianship court was rooted in the particular socio-political conditions prevailing during the work on Code adopted in 1964. At the same time, we have to admit that it was innovative in the context of provisions of the Convention on the Rights of the Child, which Poland ratified in 1990, and the Constitution of the Republic of Poland, which was adopted in 1997. The request for 'subsidiarity' of the guardianship court is still valid, especially in times when the family is perceived to be in crisis and considering the disquieting news about inadequate or incompetent care and upbringing of children. This is why currently a guardianship court often in practice acts as a coordinator of measures in the field of support, assistance or intervention with respect to the child and his/her family. The quantitative and qualitative research conducted in 2017 at the Institute of Justice had the aim of checking the court practice in the area of implementation of the principle of subsidiarity by the guardianship courts, identifying any barriers in this regard, and suggesting the possible solutions to improve the efficiency of applying Article 100(2) FGC.

Keywords: *family, child, parents, the child's good, threat to the child's good, guardianship court, family court judge, assistance, support, work with the family, subsidiarity, supporting the family, cooperation, family support units, municipality, alternative care units, alternative care, county, intervention, prevention, social assistance, social worker, family assistant, supporting family, day support unit, reintegration, social assistance centre, county family assistance centre*

Streszczenie

Alina Prusinowska-Marek, *Praktyka sądowa stosowania art. 100 § 2 k.r.o. w świetle badań*

Kodeks rodzinny i opiekuńczy (k.r.o.) w art. 100 gwarantuje rodzicom pomoc sądu i innych organów publicznych w należytym wykonywaniu władzy rodzicielskiej wobec dziecka. Celem pomocy udzielanej przez sąd i organy publiczne ma być usunięcie przeszkód

uniemożliwiających lub utrudniających rodzicom wykonywanie władzy. Koncepcja subsydiarnej roli sądu opiekuńczego miała swoje źródło w specyficznych uwarunkowaniach społeczno-politycznych obowiązujących w czasie prac nad kształtem Kodeksu z 1964 r., a jednocześnie należy przyznać, że była nowatorska w kontekście postanowień ratyfikowanej w 1990 r. Konwencji o prawach dziecka oraz uchwalonej w 1997 r. Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Postulat „pomocniczości" sądu opiekuńczego jest nadal aktualny, szczególnie w dobie obserwowanego kryzysu rodziny i niepokojących doniesień o nieodpowiednim czy nieumiejętnym sprawowaniu pieczy oraz wychowywaniu dzieci. Dlatego obecnie sąd opiekuńczy w praktyce często pełni rolę koordynatora oddziaływań w zakresie wsparcia, pomocy lub interwencji w odniesieniu do dziecka i jego rodziny. Badania ilościowo-jakościowe prowadzone w 2017 r. w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości miały na celu sprawdzenie praktyki sądowej odnośnie do realizacji przez sąd opiekuńczy zasady pomocniczości, zidentyfikowanie barier w tym zakresie oraz zaproponowanie możliwych rozwiązań co do poprawy efektywności stosowania art. 100 § 2 k.r.o.

Słowa kluczowe: *rodzina, dziecko, rodzice, dobro dziecka, zagrożenie dobra dziecka, sąd opiekuńczy, sędzia rodzinny, pomoc, wsparcie, praca z rodziną, pomocniczość, wspieranie rodziny, współpraca, jednostki wspierania rodziny, gmina, jednostki pieczy zastępczej, piecza zastępcza, powiat, interwencja, profilaktyka, pomoc społeczna, pracownik socjalny, asystent rodziny, rodzina wspierająca, placówka wsparcia dziennego, reintegracja, ośrodek pomocy społecznej, powiatowe centrum pomocy rodzinie*

Literatura

1. M. Andrzejewski, *Rola sędziów rodzinnych w zreformowanym systemie opieki nad dziećmi* [w:] *Pomoc dzieciom i rodzinie w środowisku lokalnym. Debata o nowym systemie*, red. M. Racław-Markowska, Instytut Spraw Publicznych, Warszawa 2005;
2. E. Babbie, *Badania społeczne w praktyce*, Warszawa 2005;
3. H. Ciepła, *Nowelizacje Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego dokonane w latach 2008 i 2009 r. z komentarzem*, https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache-:ZCf6J75TKDYJ:https://oirp.krakow.pl/media/9357f76d2b034efe9adb48b72bc5ff8f/Nowela%2520do%2520kro.doc+&cd=1&hl=pl&ct=clnk&gl=pl;
4. B. Dobrzański [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. M. Grudziński, J. Ignatowicz, Warszawa 1966;
5. M. Grewiński, *Od systemu opieki przez politykę pomocy do aktywizacji i integracji społecznej w Polsce* [w:] *Współczesne tendencje w pomocy społecznej i pracy socjalnej*, red. M. Grewiński, J. Krzyszkowski, Warszawa 2011;
6. J. Hrynkiewicz, *Odrzuceni. Analiza procesu umieszczania dzieci w placówkach*, Instytut Spraw Publicznych, Warszawa 2006;
7. D. Jakimiec, *Dysfunkcjonalność rodziny jako przedmiot postępowania wykonawczego w prawie rodzinnym i opiekuńczym*, Warszawa 2016, s. 112–114;
8. R.K. James, B.E. Gilliland, *Strategie interwencji kryzysowej*, Warszawa 2005;
9. J. Ignaczewski [red.] *Władza rodzicielska i kontakty z dzieckiem*, Warszawa 2012, s. 12;
10. J. Ignaczewski [w:] *Komentarz do spraw rodzinnych*, red. J. Ignaczewski, Warszawa 2014;
11. J. Ignatowicz [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy z komentarzem*, red. J. Pietrzykowski, Warszawa 1993;
12. Informacja o wynikach kontroli Funkcjonowanie placówek wsparcia dziennego dla dzieci,KPS-410–007–00/2016, NIK 2017, https://www.nik.gov.pl/kontrole/wyniki-kontroli-nik/kontrole,16951.html;

13. Informacja Rady Ministrów o realizacji w roku 2016 ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej (Dz.U. z 2017 r. poz. 697 ze zm.);
14. M. Kaczmarek, *Zmiana paradygmatu w opiece zastępczej. Uwagi do stanu reformy* [w:] *Pomoc dzieciom i rodzinie w środowisku lokalnym. Debata o nowym systemie*, red. M. Racław-Markowska, Warszawa 2005;
15. A. Krasnowolski, *Subsydiarność w prawie i praktyce samorządowej*, Opracowania Tematyczne OT-609, Biuro Analiz i Dokumentacji. Zespół Analiz i Opracowań Tematycznych, Kancelaria Senatu, styczeń 2012 r.;
16. W. Patulski, *Kierunki działalności sądownictwa dla nieletnich*, Nowe Prawo 1975, nr 7–8;
17. Projekt z dnia 7 grudnia 2007 r. ustawy o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 629, Sejm VI kadencji;
18. I. Sierpowska, *Zasada pomocniczości w pomocy społecznej*, Przegląd Prawa i Administracji 2009, nr 79;
19. M. Szpunar, *Internet w procesie realizacji badań*, Toruń 2010;
20. D. Trawkowska, *Czym jest polska praca socjalna z rodziną?* [w:] *Jak wspierać rodziny? Perspektywa organizacji. Perspektywa administracji. Dobro wspólne*. Kwartalnik Trzeci sektor, numer specjalny, 2013/2014;
21. E. Trybulska-Skoczelas [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. J. Wierciński, Warszawa 2014;
22. Uzasadnienie projektu z dnia 7 grudnia 2007 r. ustawy o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 629, Sejm VI kadencji;
23. Założenia projektu ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej nad dzieckiem, https://www.mpips.gov.pl/userfiles/File/Departament%20Swiadczen%20Rodzinnych/A%20opieka%20zastepcza/zalozenia%20po%20RM%2030.06.pdf.

PRAWO W DZIAŁANIU
SPRAWY CYWILNE
34/2018

Elżbieta Holewińska-Łapińska*

Establishment of Contacts between Grandparents and Minor Grandchildren in the Practice of Polish Courts

I. INTRODUCTION

The Family and Guardianship Code does not define the concept of 'grandparents'. However, there is no doubt that they are relatives in direct line (Art. 67^7 para. 1 of the Family and Guardianship Code[1]), parents of each of the child's parents[2]. The ordinary role of grandparents in the life of grandchildren changes as the grandchildren grow up[3]. No major mistake will be made to consider typical a situation in which grandchildren maintain contacts with minor grandchildren with the approval of children's parents. Yet, there are cases when grandparents are refused contacts with minor grandchildren or when these contacts are made difficult, this being, as a rule, a consequence of conflicts between children's parents and their grandparents or between a grandmother/grandfather and the parent in direct custody of a child when the parents live in separation. In the latter situation, grandparents can demand that the court establish the contacts which pursues, beyond any doubt, since 13 June 2009, from Art. 113^6 of the Family and Guardian Code[4]. The object of the remarks which follow will be a few reflections on the subject of the statutory provision referred to in light of the practice of its application.

---

* The author is a Professor in the Institute of Justice.

1 Journal of Laws 2017, Item 682.

2 The omission of great grandparents in Art. 113^6 of the Family and Guardianship Code concerning people entitled to contacts with the child made T. Justyński (*Prawo do kontaktów z dzieckiem w prawie polskim i obcym,* Warszawa 2011, p. 98) put forward a thesis that the absence of a statutory definition of the concept of 'grandparents' and the fact that in colloquial language the concept refers to ascendant relatives in the direct line of the second degree does not exclude it from covering 'great grandparents as well as further ascendants, as it used to be (...) in the French doctrine'.

3 Literature speaks of two phases in grandparents-grandchildren relations. In the first one grandparents take care of their little grandchildren remaining in frequent direct contacts with them. In this period strong emotional are forged which tend to weaken and occasionally vanish in the second phase of the relation, during grandchildren's adolescence. See: A. Baranowska, *Starzenie się społeczeństwa i związane z tym konsekwencje – perspektywa socjologiczna* [in:] *Społeczny wymiar życia i aktywności starszych osób*, A. Baranowska, E. Kościńska, K. Wasilewska-Ostrowska (eds.), Toruń 2013. P. Szukalski, *Dziadkowie, wnuki i pradziadkowie: szkic demograficzny,* „Problemy Rodziny" 2001, No. 3, p. 19.

4 Law of 6 November 2008 on amendment to the law Family and Guardianship Code and a few other laws (Journal of Laws No. 220, Item 1431).

Pedagogues point to the important role of grandparents in the socialization process of grandchildren, in the transfer of 'cultural values, norms and models'[5]. Grandparents provide parents with support in the process of caring about and bringing up children while for the grandchildren grandparents are a source of unconditional acceptance, love, feeling of having 'roots' and generational continuity[6]. The symbolic roles attributed to grandparents in families include these of *'the anchor' – a point of reference* (their importance for grandchildren expresses itself in cultivating family contacts, 'consolidation' of the family, being a source of worldly wisdom, indicating the sense of basing life on core values, assistance in discovering the sense of life and shaping their own identity by grandchildren), *'the guard/guardian'* (supporting grandchildren's parents in the up-bringing and maintenance of the former, care for preserving family cohesion, being a source of nearness, acceptance), *'the arbitrator-negotiator'* (in a situation of a grandchildren-parents conflict), *'the historian'* (showing grandchildren continuity in the life of the family, transfer of tradition, history)[7].

It is believed that a two-generation family (parents and few children) seems to prevail in our cultural circles these days. The 'members of this family do not maintain deeper contacts with the wider family limiting contacts to the closest direct line relatives, neither are they particularly linked to the local community. Consequently, there are good grounds to describe this family as a closed, intimate group which isolates itself and its own matters from the external environment'[8]. However, there are still three-generation households, in particular when adult children having their own families are not fully self-sufficient economically. Grandparents usually belong to the group of 'seniors'. Within this group, they still generate social capital, among others, performing numerous functions in the family, acting as 'donors' in the material and non-material field to other family members, including grandchildren[9]. The literature on the subject distinguishes a number of functions the house-holding (taking care of the family household), economic (financial support of the family owing to regular income mainly from pension), emotional-expressive (intergenerational emotional links built by seniors in the closest family), socializing, educational and cultural (transfer of tradition) and guardianship function[10].

In retrospect, grandchildren positively assess the role of grandparents in their life. For instance, a study by the Center for Public Opinion Studies '*Co zawdzięczamy*

[5] J.K. Wawrzyniak, *Opiekuńczo-wychowawcza rola dziadków w rodzinie,* „Pedagogika Rodziny. Family Pedagogy" 2011, No. 1(2), p. 95, and the literature referred to M. Świderska, *Znaczenie dziadków w naszym życiu – wybrane aspekty,* „Pedagogika Rodziny. Family Pedagogy" 2017, No. 7(1), p. 139–146.

[6] K. Appelt, *Współcześni dziadkowie i ich znaczenie dla rozwoju wnuków* [in:] *Szanse rozwoju w okresie późnej dorosłości*, A. Brzezińska, K. Ober-Łopatka, R. Stec, K. Ziółkowska (eds.), Poznań 2007, pp. 75–95.

[7] K. Appelt, *Współcześni*..., see: Fig. 4 '*Aspekty roli babci/dziadka'*. The author used the research findings of American researchers (USA) from the 80s of the 20th century but they seem to have maintained their validity also for the present situation of the majority of Polish families.

[8] U. Kempińska, *Rola seniorów w rodzinie,* „Pedagogika Społeczna" 2013, No. 4(50), p. 83.

[9] P. Michoń, *Transfery międzypokoleniowe w rodzinie,* „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 2012, No. 3, pp. 237–238). The causes of the transfers are very complex, diversified and interpreted differently in the literature on the subject, among others through the construction of models aimed at explaining the causes of their development (e.g. an 'altruist' model was developed, a model based on 'reciprocity and exchange', 'a model of strategic heritage' where the desired behaviours of children are obtained by making the threat of disinheritance plausible'.

[10] E. Kościńska, *Kapitał społeczny seniorów jako źródło wsparcia rodziny*, "Pedagogika Społeczna" 2017/1(63), pp. 102–103, and the literature referred to.

swoim babciom i dziadkom?' (What do we owe to out grandmothers and grandfathers?), carried out in November 2000 showed that 59% of respondents felt gratitude towards their grandparents. In an analogous study conducted in December 2007 this feeling was expressed by 56% of respondents[11], and in 2012 as many as 72%[12].

What is necessary for the development of strong emotional ties are contacts between the parties since grandchildren's early childhood. This is essential as the strong tie and feeling of gratitude towards grandparents for the love, care and acceptance on their part received in childhood contributes to a positive prognosis for respect and support to be extended to grandparents when their social contacts become significantly limited in the 'post-productive age'[13]. It is hard to overestimate the significance of the aforesaid given the findings of numerous studies confirming the thesis that what has a major, positive influence on the welfare of seniors is the maintenance of social contacts in general and family contacts in particular[14]. It also favours the limitation of these forms of experiencing loneliness[15] the role of which in the life of elderly people may prove destructive in nature[16].

It is the parents of the minors who bear direct responsibility for the actual maintenance of contacts between grandparents and grandchildren and it is the parents' attitude that determines whether the contacts between grandparents and grandchildren have place and in what atmosphere. Parents should never lose sight of their own good example in the process of bringing up their children and guiding them. They should be well aware that it is in their own best interest to imbue their offspring with respect for parents, grandparents and seniors in general through their own example and attitude as this model of behaviour will stay engraved in their children's memory.

In Poland, it was long believed that contacts between close relatives, close people do not require statutory regulation. Maintenance of contacts between relatives (other than parents, also between grandparents and grandchildren), as a statutory

[11] Communiques from studies conducted by Centre for Public Opinion Studies in preparation B. Wciórko, BS8/2001, Warsaw, January 2001; BS3/2008, Warsaw, January 2008.

[12] Study, entitled '*Rola dziadków w naszym życiu*' carried out in January 2012 (prepared by K. Kowalczyk, BS8/2012, Warsaw, January 2012).

[13] M. Finogenow, *Rozwój w okresie późnej dorosłości – szanse i zagrożenia*. „Acta Universitatis Lodziensis Folia Oeconomica" 2013, No. 297, p. 97, and the literature referred to.

[14] K. Ziomek-Michalak, *Znaczenie rodziny w starzeniu się i starości człowieka,* „Roczniki Teologiczne", Vol. LXII, Notebook 10–2015, pp. 176–192.

[15] A survey of the concept of 'types of loneliness and prospects of interpreting it', given in Polish and foreign literature was presented by N.G. Pikuła (N.G. Pikuła, *Poczucie sensu życia osób starszych. Inspiracje do edukacji w starości,* Kraków 2016, in particular pp. 56–67). The author also carried out his own studies on the perception of the sense of life by Poles aged 60–74 living in Poland and in Canada, taking into account, among others, their relations with children and grandchildren. Although in both groups the majority of respondents them as good, close, positive ties were more common among Canadian Poles. 'Statements by Polish seniors revealed indifferent and negative relations which were not present in the statements made by people permanently residing in Canada'. The author also noted that 'Seniors from Poland appreciate and cultivate neighbourly relations which, to some extent, compensate for weaker relations and ties with the family. For the elderly, neighbourly relations constitute a permanent cultural model which tends to disappear in the young generation' (N.G. Pikuła, *Poczucie*…, p. 185). Seniors from Canada cultivated mainly family ties, ensuring 'abroad' assistance and support to a higher extent than it can be expected from 'anonymous' neighbourhood (p. 186).

[16] It is psychological loneliness (the feeling of 'solitude') defined as 'a perceived deficit of feeling on the part of other people, in particular the loved ones' as well as 'the perception of their own isolation or objectivity' that are particularly harmful and unfavourable (see also: W. Łukaszewski referred to by N.G. Pikuła, *Poczucie*…, p. 58–59).

obligation, can only be indirectly derived from the obligation of mutual support borne by parents and children, irrespective of their age, specified in the Family Law of 22 January 1946[17] and repeated in Art. 87 of the Family and Guardianship Code[18].

The earliest notes to this provision pointed out that according to 'the accepted principles of social coexistence the obligation to support each other – in the case of an essential need – exists not only between parents and children but also between grandparents and grandchildren as well as between siblings'[19]. Yet, no unambiguous mention is made about contacts between grandparents and grandchildren.

The obligation to support each other specified in Art. 87 of the Family and Guardianship Code can be seen as normative grounds for extending assistance to a child being of age and being a parent, who is no longer subject to parental authority, in performing the child's obligations towards children (grandchildren to the parent-assisting person). The same norm can also provide grounds for guardianship actions by adult grandchildren towards grandparents as supporting parents in the performance of their obligation to support their own parents[20].

It can also be said that the obligation to support each other also generates indirectly the prohibition of behaviours which produce serious mental discomfort or suffering of the 'other party' and can be extended to a situation when contacts between one's own parent and minor grandchildren are made impossible or difficult without any serious objective reasons. However, neither in Polish practice nor in literature, grandparents' claims concerning contacts with grandchildren have ever been made on these grounds[21]. This may have been caused by the fact that, as a rule, it has been the child's parent who performed direct custody over the child that refused contacts with grandchildren not to their own parents but to the parents of the current or former spouse/partner.

Numerous countries, also in Central and Eastern Europe[22], have long had in their law system provisions confirming the right of grandchildren to contacts with grandchildren[23]. In Poland, it was only the law of 6 November 2008, effective since 13 June 2009, that introduced a provision concerning contacts between a child and persons other than the child's parents (Art. 113[6] of the Family and Guardianship

[17] Journal of Laws 1946, No. 6, Item 52.

[18] In the Family Code of 1950 there was no provision of this kind which was explained in terms of a 'particularly concise character' of the code, with the obligation to support each other being derived from 'ideological assumptions and general principles'. See also: B. Dobrzański in the commentary to Art. 35 of the Family Code commencing Section I 'General Provisions' Title II of the Code 'Parents and Children', *Family Code Commentary*, G. Grudziński, J. Ignatowicz (eds.), Warsaw 1959, p. 297. The author referred to underlines (therein) that 'The extremely broad scope and nature of family coexistence cause that an entirely exhaustive legal formulation in this domain seems impossible'.

[19] See also: B. Dobrzański [in:] *Family Code Commentary*, M. Grudziński, J. Ignatowicz (eds.), Warsaw 1966, p. 562.

[20] J. Haberko, *Dziadkowie-wnuki osobista więź prawnorodzinna i relacja prawnospadkowa,* „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 2012, No. 3, p. 139 et seq.

[21] T. Justyński (T. Justyński, *Prawo*…, pp. 88, 89, and literature quoted), discussing foreign legal solutions concerning contacts between grandparents and grandchildren, mentions that, for instance, Swiss and Belgian literature underlines 'indirect contact between grandparents and grandchildren based on the grandparents relations with parents. Both patients have the obligation to mutual assistance and respect, and thus parents also have the obligation to make contacts with grandchildren possible (own underlining by the author).

[22] For instance, in the Russian Federation, Art. 67 of the Family Code of 29 December 1995, Law No. 223-F3, SZRF 1996, No. 1, Item 16 with amendments, Art. 257 of the Family Code of Ukraine of 10 January 2002. A relevant provision was also stipulated in Soviet legislation – e.g. Art. 57 of the Mariage and Family Code of the RFSSR of 30 July 1969, SJ 1968, No. 17.

[23] See: T. Justyński, *Prawo*…, pp. 89–94.

Code)[24]. The other persons specified included grandparents although previously their contacts with grandchildren had been in practice covered by court protection[25]. The legislator did not devote particular attention to contacts between grandparents and grandchildren focusing on providing detailed regulation concerning contacts between parents and children. Art. 113[6] of the Family and Guardianship Code provides for 'adequate application' of the provisions concerning contacts between parents and children to, among others, contacts between grandchildren and children. It is for this reason that it is necessary to signal the mutual obligation to keep in touch of parents and minor children as a starting point for the existence (or non-existence) of the obligation to maintain contacts between grandparents and grandchildren.

Article 113 para. 1 of the Family and Guardianship Code states that 'parents as well as their child have the right and obligation to maintain contacts'. (Rationally, the mutual right and obligation of contact between the parent and the child can be discussed when the child does not remain in the direct custody of the contacts-expecting parent[26].). The reasons to the draft law introducing the legal provision referred to[27] point to the following: 'The treatment of these contacts (*between parents and their child)* only in terms of the child's right (as it is done, for instance, in German law) is not justified due to the fact that parents' right would not then have its equivalent in the form of the child's obligation. This is of particular importance with regard to contacts with an older child'.

As emphasized by Tomasz Justyński, 'the obligation to maintain contacts with parents was not articulated in the Convention for the Child's Rights nor in the Vilnius Convention on contacts with children, ratified by Poland, signed in Strasburg on 15 May 2003. What is sort of unusual in this context is a very clear position of the Polish legislator (...) which deserves cautious approval (...)'[28].

What contributed to the approval was the strengthening of the legal position of the parent entitled to contacts as a factor which should contribute to shaping the attitudes of both the 'first-plan guardian' of the child as well as the child itself in case the latter is reluctant (for a variety of reasons) to have contacts. The 'caution of

[24] The earlier law of 12 March 2004 on social assistance ensured in Art. 70(3) pt. 3 to a child placed in a foster family or in an educational care center the maintenance of personal contacts with the family, referring to Art. 9 of the Convention for Child's Rights. It was deemed the duty of the state to provide conditions for the child to be able to exercise this right. See also: M. Andrzejewski [in:] M. Andrzejewski, P. Gąsiorek, P. Ławrynowicz, M. Synoradzka (eds.), *Rodziny zastępcze-problematyka prawna,* Toruń 2006, pp. 124–125.

[25] Prior to 13 June 2009, contacts were specified in a court adjudication but the legal grounds for the settlement as well as the authorization to motion it gave rise to controversies (For instance, E. Płonka, J. Strzebińczyk, *Osobista styczność dziadków z małoletnimi wnukami,* "Nowe Prawo" 1981, No. 5. For a synthetic form on the subject of different legal grounds for establishing contacts with children see: M. Grudzińska: *Kontakty z dzieckiem,* Warszawa 2000). What was of particular importance for the practice of common courts was the 'precedent-like' resolution of the Supreme Court of 14 June 1988, III CZP 42/88, OSNCP 1989, No. 10, Item 156, a gloss by E. Holewińska-Łapińska ("Państwo Prawo" 1991, No. 2, pp. 107 et seq.), stating that: 'Grandparents can demand regulation of personal contacts with grandchildren provided it is in the interest of the children'. Court practice in the period preceding the change of the legal status was established on the basis of an analysis of 287 cases in which establishment of contacts with 371 children was sought, with adjudications terminating the proceedings being made in the years 2005–2006 (E. Holewińska-Łapińska, *Orzekanie o osobistej styczności z małoletnimi innych osób niż rodzice,* "Prawo w Działaniu" 2008, No. 4).

[26] P. Mostowik, *Kontakty dziecka z rodzicami, krewnymi i bliskimi a władza rodzicielska,* „Przegląd Sądowy" 2013, No. 3; P. Mostowik, *Kontakty matki i ojca z dzieckiem jako treść władzy rodzicielskiej* [in:] M. Nazar (ed.), *Prawo cywilne – stanowienie, wykładnia i stosowanie. Księga pamiątkowa dla uczczenia setnej rocznicy urodzin Profesora Jerzego Ignatowicza,* Lublin 2015.

[27] Print No. 888 of the Sejm of the Republic of Poland of the 6th term.

[28] T. Justyński, *Prawo*…, pp. 133, 134.

the approval[29] is related to the fears, expressed in literature, that an explicitly specified 'obligation' of the child can lead to marginalization of the obligation to 'listen' to the child[30], and even imposing contacts contrary to the child's will[31]. This would be against the child's good[32], and in extreme cases it could even generate 'mental distress' and an irreversible trauma or even suicidal intents (...)' in a frustrated child[33].

Contacts between close persons, tightly linked to the domain of emotions, are qualified as belonging to the domain of family life[34], or possibly, private life[35]. They are also treated as an element of the protection-covered personal right called 'emotional sphere connected to close people'[36]. Its implementation to mutual satisfaction requires that the parties manifest a certain minimum level of mutual acceptance and consent necessary to maintain contacts. If a contact which one party strongly (and rationally in a given situation) objects to does take place, then its quality is mostly unlikely to satisfy the party which wants to establish contacts. This may be the reason why contacts are usually described (in particular in international agreements[37]) as the right not the obligation of the person which is to be party to the contact. The obligation, on the other hand, is usually assigned to a person/persons being a third person/third persons to the contacting 'pair' which could potentially make the contact difficult, impossible, or simply disturb it. This third party should refrain from taking actions of this kind and occasionally also behave so as to make the contact possible where the implementation of the contact depends on them[38].

[29] T. Justyński, *Prawo*..., p. 135.

[30] On the subject of the application in court practice of the obligation to listen to the child see: M. Cieśliński, *Praktyka sądowa w zakresie wysłuchiwania małoletnich w postępowaniach cywilnych w kontekście przyjaznego wysłuchania dziecka,* „Prawo w Działaniu" 2015, No. 24; M. Cieśliński, *Stanowisko sędziów na temat wysłuchiwania małoletnich w postępowaniu cywilnym,* „Prawo w Działaniu" 2017, No. 29, p. 142 et seq.

[31] W. Stojanowska [in:] *Nowelizacja prawa rodzinnego na podstawie ustaw z 6 listopada 2008 i 10 czerwca 2010. Analiza; Wykładnia; Komentarz*, Warszawa 2011, p. 267.

[32] W. Stojanowska (W. Stojanowska [in:] *Nowelizacja*...) underlines that the same law introduced the child's obligation to maintain contacts with the parent (Art. 113 para. 1 of the Family and Guardianship Code) imposed on parents the obligation 'to take the child's opinion into account', and on the court the obligation to hear the child (Art. 95 para. 1 and 4 of the Family and Guardianship Code; Art. 216^1 of the Code of Civil Procedure).

[33] W. Stojanowska [in:] *Nowelizacja*..., p. 268.

[34] This seems to be confirmed by the jurisdiction of the European Court of Human Rights which contains an interpretation of Art. 8 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Basic Freedoms of 4 November 1950, including cases in progress against Poland. For instance in the ECHR decision of 11 May 1999, LEX No. 41089, in case Wielgosz v Poland. The Court stated, among others, that Art. 8 of the Convention protects natural ties between the parent and the child, including direct contacts, as they are of *fundamental importance* while 'Respect for the family. According to Art. 8 of the Convention assumes that this contact should not be forbidden unless there are serious reason which would justify a limitation in this respect'. The Court jurisdiction protects also relations between grandparents and grandchildren pursuant to Art. 8 of the European Convention for the protection of human rights (see for instance, the judgment of the Great Chamber of ECHR in case Manuello and Nevi v Italy of 20 January 2015, Petition No. 107/10 (see: gloss to this judgment by K.A. Grabowska, *Glosa do wyroku Wielkiej Izby ETPC w sprawie Manuello i Nevi przeciwko Włochom z 20 stycznia 2015 r., skarga nr 107/10*, "Studia Prawnicze KUL" 2015, No. 3(63), pp. 81–87 as well as the ECHR adjudication referred to therein).

[35] Private life embraces maintenance of ties also between persons which do not remain in family law relations but are close to each other or one another because of the existence of emotional ties. More on the subject in: M. Grudzińska, *Kontakty*..., p. 41 et seq.

[36] E. Płonka, J. Strzebińczyk, *Osobista styczność dziadków z małoletnimi wnukami,* "Nowe Prawo" 1981, No. 5, p. 19.

[37] For instance, Art. 9(3) of the United Nations Organization Convention for the Rights of the Child obliges States-Parties to respect the child's right to maintain regular personal relations with both parents with the exception of cases where it is contrary to the best understood interest of the child.

[38] This is how the obligations of the 'first-plan guardian' of a minor or major remaining in the former's custody are formulated. It is expected that he/she will prepare their charge for the contact and when the contact has the form of a meeting, 'deliver' the child (pupil) in a specified place and a specified time, and will not interfere in the course of the meeting unless the court decides otherwise.

It seems advisable to emphasize that the wording contained in Art. 113 para. 1 of the Family and Guardianship Code is characteristic of family-legal relations in which the behaviour of the subject of the family personal relation towards another subject of the same relation desired by the legislator is simultaneously the obligation and the right (for instance, both spouses have the right and the obligation of 'cohabitation', 'cooperation for the good of the family' – Art. 23 of the Family and Guardianship Code, the obligation and the right of the parent is to 'exercise custody over the person and the property of the child', 'bring-up the child' and guide the child – Art. 95 of the Family and Guardianship Code, Art. 96 of the Family and Guardianship Code).

Such an interpretation of the right as an obligation should stimulate a certain specific behaviour so that the social goal of a specific family law institution be reached (for instance, the durability and proper functioning of marriage where the spouses execute the obligation to cohabitate, cooperate for the good of the family, mutual assistance and faithfulness referred to in Art. 23 of the Family and Guardianship Code, due preparation of the child 'for work for the good of the society, according to the child's capabilities' – Art. 96 para. 1 of the Family and Guardianship Code through the implementation of the right and duty of parents as regards custody over the person and Guardianship Code.

It seems important to emphasize that unlike in the case of other family law obligations being simultaneously rights, it is the obligation that is indicated in the first place. In Art. 113 para. 1 of the Family and Guardianship Code, the right to maintain contacts is the first to be specified. This sequence cannot be accidental. It is impossible to directly 'coerce' the 'obliged' to perform personal family law obligations being simultaneously rights even though the failure to perform the obligations can cause loss of the rights (for instance, in consequence of an adjudication of a divorce or deprivation of parental authority). The treatment of contacts between the parent and the child as a reciprocal right and obligation seems likely to produce a similar effect.

In spite of the fact that the right and obligation as regards contacts between parents and children are 'independent' of parental authority, it can be concluded that failure to maintain contacts with a child over which a parent does not perform direct custody is a form of ' stark neglect of obligations towards the child' (Art. 111 para. 1 of the Family and Guardianship Code). Where the child remains in foster custody and the parents do not maintain contacts with the child, this behaviour can be treated as 'a lasting failure to show interest in the child' (Art. 111 para. 1a of the Family and Guardianship Code). Failure of the parent to fulfill the obligation to keep in contact with the child can result in the parent being deprived of parental authority as no, even limited, parental authority can be exercised without any form of contact.

What is of particular importance is to set the limits of the obligation to maintain contacts on the part of the child (seemingly secondary in relation to the child's right to maintain contact), with respect for dignity, taking into account rational wishes of the minor and the obligation to obey parents (Art. 95 para. 2 of the Family and Guardianship Code). Where the child expresses a negative stance on contacts,

then, in all and any cases, it is necessary to individually assess its causes[39] as well as to consider the form of the contact (reluctance to have meetings can be respected in some way with some other, indirect forms of contact – for instance, letters, gifts and in extreme cases at least exchange of mutual personal information)[40].

What is also discussed in literature is the influence of emotional disorders in the child following a faulty educational approach of the child's 'first-plan guardian'. Particular significance in this respect is given to the disorder referred to as the syndrome of an 'alienated (rejected) parent' *(Parental Alienation Syndrome* – PAS*)*. It was first described by an American psychiatrist, R.A. Gardner, in his publication of 1985, and is therefore often called *Gardner's syndrome*. At the turn of the 90s of the 20th century, this concept began to be criticised and even rejected, its validity being negated (on the grounds of its imprecision, non-scientific language, small study sample, omission of PAS in the DSM – IV classification of diseases). However, since then the criticism has waned though the described phenomenon is no longer attributed the features of 'disease' and the word 'syndrome' has disappeared from its description being replaced with '*parental alienation*'[41]. According to Gardner, as a result of being 'programmed' by the parent being its 'first-plan guardian', the child is indiscriminate in adopting as its own this parent's attitude and refusing to have contacts with the other parent (the 'alienated' parent being treated as an 'enemy') in the name of loyalty towards the former. What is of crucial importance in the context of the subject of the present study is the fact that the child exhibiting the disorder referred to as PAS extended the sphere of aggressive hostility to people related to the 'alienated' parent (including the latter's parents, that is the child's grandparents, other relatives and even friends).

It is the person performing direct custody over the child that assesses the child's attitude towards contacts with grandparents. Where this person (aware of the child's obligation and his/her own role in helping the child perform the obligation which is of legal and not only moral character) concludes that the contacts do not threaten the child's good and the reluctance of the minor has no serious grounds, then he/she should take appropriate pedagogical actions (including the use of professional counselling or family therapy), to persuade the child to fulfil the

[39] For instance, the position of the child that he/she finds meetings with the parent or that they prefer to do other, more attractive things in the time destined for such a meeting, should not be taken into account. Conversely, where the rejection of meetings is a consequence of objectively unacceptable behaviour of the person authorized (for instance, where during the meeting the person exhibits extreme hostility towards the other parent or another person close to the child, applies inadmissible 'educational' methods, sexually harasses the child, tolerates such behaviours on the part of third parties, or fails to ensure due care in consequence of the use of psychoactive substances.

[40] Art. 113 para. 2 of the Family and Guardianship Code does not provide a closed catalogue of forms of contacts but only examples such as staying with the child and direct communication, maintenance of correspondence, using means of remote communication. Foreign literature and judicature treats also giving presents and obtaining information about the child's matters (for instance, in the form of periodic reports on the child's development, health, education, right to see school certificates) as elements of the right to the maintenance of contacts (T. Justyński, *Prawo*…, p. 31).

[41] On the psychological approach to this subject, see: A. Czerederecka, *Syndrom oddzielenia od drugoplanowego opiekuna (PAS)* – usefulness of the diagnosis in court examinations in the context of the criticism of the phenomenon, "Nowiny Psychologiczne" 2005, No. 3, pp. 31–44; A. Czerederecka, *Rozwód a rywalizacja o opiekę nad dziećmi,* Warszawa 2010, pp. 80–83, and the psychological literature referred to therein. In law literature, T. Justyński, *Parental Alienation Syndrome (PAS) w świetle prawa i judykatury niemieckiej* [in:] *Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Smyczyńskiego*, M. Andrzejewski, L. Kociucki, M. Łączkowska, A.N. Schultz (eds.), Toruń 2008, pp. 374–382.

obligation to maintain contact in the form best adjusted to the existing situation. It should be noted that minors frequently show reluctance to fulfil different duties (also obligations foreseen by the law system, e.g. the obligation of compulsory education, of periodic medical examinations, vaccinations, etc.) established for their good which does not authorize parents (the parent performing direct custody over the child) to resign from actions aimed at changing the child's attitude (to education, protection of one's own health, etc.). The failure of parents to 'break' the child's reluctance to fulfil the child's obligation (in particular, compulsory education obligation) can even result in interference by a guardianship court (various orders pursuant to Art. 109 of the Family and Guardianship Code, including, for instance, referring the minor to a 'daily care unit' or to a 'vocational preparation' – oriented institution).

The child should follow the recommendation given fulfilling in this way both its obligation to obey (Art. 95 para. 2 of the Family and Guardianship Code) and its obligation to maintain contact (Art. 113 para. 1 of the Family and Guardianship Code).

Where the child's negative attitude is justified, the child should not be forced to maintain contacts as this would create (a least) a condition of endangering this child's good.

A referral to the 'appropriate' application admits the possibility of modifying the contents of the provision to which the referral was applied. The above results from the meaning of the word 'appropriate', that is 'appropriate to the goal, destination, satisfying the required conditions, appropriate to somebody, proper, due'[42]. As a rule, reference leads to an analogous application of the provision indicated where its direct application is not possible[43]. However, in general, the use of the expression 'appropriate application' can lead to different results which depend on the 'scope of reference' and the contents of individual provisions to which the referral was made ('applied provisions')[44].

Apart from contacts (Art. 113^6 of the Family and Guardianship Code) and the maintenance obligation burdening direct line relatives, ascendants before descendants (Art. 128, 129 of the Family and Guardianship Code), the Family and Guardianship Code does not in principle contain provisions regulating relations between grandparents and grandchildren. Relations between parents and children, in particular minors, are of exceptional importance. In typical situations, it is the 'primary' and most important relation in human life. It is for this reason that it is the most exhaustively and extensively regulated (in particular Chapter II of the Code) and the obligation to maintain contacts should raise no doubts.

The relationship between grandparents and grandchildren ensues from the very close lineal consanguinity, though not as close as between the parent and the child which proceeds from the parent. In consequence 'appropriate' application of

[42] *Uniwersalny słownik języka polskiego*, S. Dubisz (ed.), Warszawa 2003, Vol. III (O–Q), p. 130. The dictionary also points out that 'substitutes' of the word 'appropriately': 'adequately', 'as necessary', 'as it should be', 'duly', 'properly'(that is adequately to the conditions, situation, circumstances).

[43] Compare, for instance, M.M. Dębska in the commentary to para. 156 Principles (M.M. Dębska, *Zasady techniki prawodawczej. Komentarz,* Warszawa 2013).

[44] Terminology applied by J. Nowacki (J. Nowacki, "*Odpowiednie*" *stosowanie przepisów prawa,* "Państwo i Prawo" 1962, No. 3, p. 368).

Art. 113 para. 1 of the Family and Guardianship Code in relation to grandparents and grandchildren should take into account the resultant slightly weaker ties. Yet, it seems that as to the principle there is not only the right but also the obligation of contact maintenance between these relatives. The scope and intensity of the obligation depends on the circumstances of the factual state in a particular case. Where the child remains under parental authority, it is necessary to take into account that the performance of the right and obligation to the maintenance of contacts between grandparents and grandchildren should remain (in principle) within the limits set by the parents exercising the right and obligation to educate and guide the child which owes obedience to the parents. Both the parents and the grandparents should refrain from actions which could contribute to a loyalty conflict on the part of the child. Should this happen, the obligation to obey the parents when the latter forbid or limit (even groundlessly) contacts with grandparents, seems to supersede the child's obligation to contact grandparents. Most importantly, from the practical point of view, in such a situation the possibilities of the child (in particular below 13 years of age) as regards demanding contacts with grandparents are very limited and would always entail obtaining 'external' assistance, most likely considered to be directed 'against' the parent who forbids contacts (or makes them difficult)[45].

The treatment of mutual contacts between grandparents and grandchildren as their obligation is mainly of 'persuasive-educational' nature. It points to the desired model of family behaviours. An indirect sanction in the case of failure to perform this obligation is practically illusory. It might consist in a possibility to refuse the performance of the maintenance obligation towards the entitled person if – in a situation of deprivation – one of the parties would sue the other for alimony and in the given factual state the demand could be deemed contradictory to the principles of social coexistence (Art. 144^1 of the Family and Guardianship Code), in connection with the circumstances concerning the evasion of the obligation to maintain contacts in the past. The grandfather or grandmother could deprive the grandson of the compulsory portion of the inheritance if the absence of contacts were assessed as a manifestation of persistent evasion of the family obligations towards the testator (Art. 1008 pt. 3 of the Civil Code). This possibility would have to be linked to the appearance of a number of circumstances where a minor grandson refused contacts with a grandfather/grandmother persistently but groundlessly in a situation where the refusal was free and conscious (which must require an adequate level of development and would in practice concern teenage grandchildren) and did not result from the obligation of obedience towards parents or other objective circumstances.

II. GRANDPARENTS SEEKING THE COURT ESTABLISHMENT OF CONTACTS WITH MINOR GRANDCHILDREN IN THE PRACTICE OF COMMON COURTS

The analysed legal provisions under discussion are potentially addressed to a multimillion group of people (all minors of known origin, from at least one of parents,

[45] For instance, seeking the assistance of a school pedagogue, the Spokesman for the Child's Rights, a prosecutor, aid institutions, direct notification of a guardianship court with the purpose of establishing a curator to represent the child.

and their living grandparents). In practice, few of them actually seek court establishment of contacts. In 2016, there were 415 cases decided with a substantive judgment, brought in by grandparents pursuant to Art. 113[6] of the Family and Guardianship Code, to establish contacts with 536 grandchildren, most frequently of a little over 5 years of age[46].

What constituted the emotional background of litigations were conflicts accompanying the dissolution of the children's parents marriage, in which generational families of each parent were involved (with varying intensity), most frequently adopting the position of their relatives 'adherents'.

Frequently, the litigation stemmed from the situation accompanying the divorce. In 23.1% of the cases, the children's parents were already divorced and in 9.6% of cases, the divorce proceedings of the parents were concurrent to the proceedings concerning grandparent's contacts with grandchildren. The conflict linked to the disintegration of conjugal life which was not accompanied by a divorce (separation) in a marriage or in a cohabitation union the parties to which having common children were planning to part or had already parted. What is crucial is the fact that the children which the grandparents wanted to maintain contacts with remained in the custody of the two parents only in 6.7% of cases. In most cases, it was the mothers who had custody over the children (73.6% of the cases) in fewer, the fathers (12.3% of the cases).

In 43.7% of the cases, in a joint motion for establishing contacts with grandchildren, it was both the parents of the father (paternal grandparents) who were proposers, in 30% the proposer was the father's mother, in 12% the mother's mother and in 9% both maternal grandparents. In the remaining cases the motion was lodged by fathers' mothers and by fathers of children's fathers.

The grandparents' letters, treated by courts as motions for the establishment of contacts with grandchildren, were diversified in their form (in 21.7% of the cases, they were handwritten) and contents. In 18% of the cases, they did not satisfy even the minimum correctness standard and in spite of it they initiated a proceeding closed with a substantive judgment. 89.4% of the motions contained demands as to the form and frequency of contacts. 74 of the motions (17.8%) requested that contacts be secured for the duration of the proceedings and the petitioners demanded adjudication of measures which would increase the likelihood of the actual performance of the established contacts ten times (in 8 motions they petitioned that the person having direct custody over the child be threatened with payment of a specific amount of money in case they made contacts impossible or difficult while in 2 cases they expected a family curator to be present during meetings with the child). In two cases, they proposed mediation to the 'second party' and declared

[46] To show the scale it suffices to mention that according to statistical data contained in the GUS *Demographic Yearbook,* Warsaw 2007, in 2006 there were 6 895 908 minors in Poland. The majority of them had live parents and two pairs of grandchildren, known in light of law. Court protection of their rights is sought by a definitely smaller number of people, usually in a situation of a crisis in the family. As rule, every year, following a divorce, there are approximately 50 thousand minors, common children of divorced parents, more. For instance, in 2016, 63 497 marriages were dissolved in a legally binding way, giving 54 06 minor children (including 22 853 only children). In the same year, there were 1 612 marriage separations which involved 1 315 minor children. Also, a certain number of cohabitation unions in which children were brought up broke up.

readiness to take part in it. In 39 cases (9.4%), the motions did not contain any particulars as regards expected contacts with grandchildren.

One form of contacts was expected by petitioners in 159 (38.3%) of the cases while several forms (from two to seven) in 209 (50.4%) of the cases. In the remaining cases, the demand was specified in another way or not specified at all.

Where the petitioners expected only one form of contacts – they motioned, most frequently (53% of the cases), that periodic meetings with grandchildren be adjudicated without the presence of the 'first-plan custodian' of the child, meetings away from the child's place of residence (in one case they demanded several-hour meetings 5 times every week), and next (in 30% of cases) they desired to spend weekends with the grandchildren (with one or two nights spent in their flat by the child), with specified frequency (at best every two weeks).

Where the grandparents motioned for several forms of contact, then, most frequently (73% of petitioners), they wanted to spend with the grandchildren (without the presence of another person) part of every school break and every vacation, next (68%) part of the traditionally celebrated religious holidays (Christmas, Easter), weekends (66.5%) and expected (irrespective of other forms of contacts) systematic, periodic meetings with the child, away from the child's place residence (48%). Other forms of contacts (for instance, occasional meetings such as birthdays or name days of each of the parties, Child's, Grandmother's, Grandfather's days, 1st Communion, telephone and Skype calls were rarer.

Although proceedings are conducted in a non-litigious course, considering their mostly contentious character, petitioners often referred to the 'contestant' of the motion. This attitude was manifested by mothers of the grandchildren in 70.1% of the cases, by fathers in 11.1%, by both parents in 9.6% of cases while in 5% of the cases another entity having direct custody over grandchildren was indicated (foster family, care unit) and in the remaining cases petitioners did not specify who they perceive as the 'contestant'. In 40% of the cases, petitioners and in 44% of the cases 'contestants of the motion' availed themselves of the assistance of a professional agent for litigation.

Only in every tenth case the first stance of the 'contestant of the motion' was fully acceptant (acceptance of the demands contained in the motion), in 44.8% of the cases it was entirely negative (the motion was demanded to be dismissed), in 33% it consisted in acceptance as regards the principle of contacts but in another form or with another frequency than that expected by the petitioners. In the remaining case it was either not given or was different in its contents.

The arguments used to justify the demands to dismiss the motion as a whole, in terms of their frequency presented as follows: petitioners maintain contacts with grandchildren actually within the framework of the child's meetings with the parent not exercising current custody over the child which are frequent (43%), acceptance of the motion is contrary to the child's good as the petitioners are not loyal, involving the child in the conflict between adults and 'pitting' the child against the parent who keeps direct custody over the child (26%), contacts are maintained without conflicts and their regulation by court is unnecessary (10%), the petitioner does not guarantee due custody over the child and has neglected the child in the past (5.4%). Most frequently (in 63.5% of the cases), the decision to dismiss the

motion was justified in terms of circumstances specific to a given case. Stances adopted by the 'parties' tended to be modified in the course of proceedings.

In 52 cases (12.3%) a proposal was put forward to hold mediation (in 49 cases such a proposal was made to the parties to the proceedings by the court and in 3 cases by the 'contestant of the motion', in 36 cases a mediation attempt was made[47] and in 28 a mediation settlement was concluded (78% of the cases in which mediation was undertaken).

In spite of the small number of mediations, as many as 67% of the cases terminated with the proceedings being discontinued due to the establishment of contacts in a settlement. Adjudications establishing contacts were passed in 23.5% of the cases. The most frequently established forms of contacts included weekend meetings and periodic, several-hour-long meetings without the presence of the 'first-plan guardian'.

Motions were dismissed in 29 cases (7% of the cases studied). Most frequently, it can be assumed (the majority of the adjudications were not provided with reasons justifying them) that what was decisive for the dismissal of the motion was that the adjudication of contacts would be contrary to the child's good as a rule in connection with a very severe, long-standing conflict between the petitioners and the parent (parents) of the child which failed to be eased in the course of the proceedings and the escalation of which was most likely to follow an attempt at maintaining contacts, in spite of the fact that in the past there were family relations between the mover and the child (e.g. prior to the parent's divorce the grandmother helped in the up-bringing of the child). This group of cases included also the case of a motion placed by a mentally ill person, not treated, whose behaviours (conditioned by the disease) produced a threat to the good of the child. In the remaining cases there was also a conflict between the person having direct custody over the child and the person demanding that contacts be established. However, what was decisive for the adjudication was the firm position of the child capable (due to its age and level of development) of making its own evaluation and decide that it does not want to meet with the person motioning for the establishment of contacts.

The mean duration of the proceedings from the submission of the motion to the court to the day of the issuance of the adjudication by the court of the first instance was 208.6 days, the median duration was 140 days (the median duration of proceedings with instance control was 156.5 days) and was thus relatively long. As a rule, the proceedings period was characterized by at least some degree of emotional tension which could contribute to deepening of the conflict situation. However, in part of the cases emotions calmed down in the course of long-lasting proceedings[48].

[47] In 22 cases mediation was conducted by a mediator from the list of the President of the District Court, in 8 from the mediation center, a non-governmental organization (most frequently it was the Polish Mediation Center), and in 2 from an academic mediation center, in the remaining – others.

[48] This can be attributed to a lot of circumstances which appeared with varying intensity in individual cases. Sometimes a longer duration of the proceedings favoured forging a compromise as regards forms and frequency of contacts. Most frequently, it was linked to the following events: (1) termination of the parents' divorce proceedings; (2) verification of the validity of the fears of the 'first-plan guardian' as to the negative influence on the child of contacts with the petitioner thanks to the implementation of the meetings adjudicated in the course of securing the claim for the duration of the proceedings; (3) effective mediation which resulted in a mediation settlement or a situation in which mediation indirectly contributed to a court settlement. Thus, the lengthening duration of the proceedings occasionally favoured a model of contacts acceptable to all the parties involved in the family conflict.

The establishment of contacts (also in the form of a settlement) does not give an assurance that they will maintained conflict-free. Nevertheless, another study focusing on proceedings in cases concerning the implementation of adjudications and settlements establishing contacts revealed that only 7.8% of the cases studied concerned grandparents' motions[49]. However, this does not authorize making an optimistic conclusion that in the majority of the cases for the court-mediated establishment of contacts between grandparents and grandchildren contacts are maintained in a conflict-free way.

Abstract

Elżbieta Holewińska-Łapińska, *Establishment of contacts between grandparents and minor grandchildren in the practice of Polish courts*

This article concerns contacts of grandparents with minor grandchildren (Art. 113[6] of the Family and Guardianship Code); the related problems are presented against the backdrop of social and pedagogical aspects of intergenerational bonds. The author presents the thesis that contacts between grandparents and minor grandchildren should be perceived not only as a right, but also as a duty of the parties, though having a lesser intensity than the similar relationship between parents and their minor children. In case of a conflict between the standpoints of parents and children concerning contacts with grandparents, the primary duty of minor children is that of obedience towards parents, which takes precedence over the duty of contact with grandparents. Yet parents should exercise parental authority in such a way so as to avoid creating conflicts of loyalty on the children's part. Moreover, they should take steps to enable their children to discharge their legal duties, established in the minors' interest. The article also presents the basic findings from a study of court files in cases relating to grandparents' applications for establishment of their contacts with minor grandchildren.

Keywords: *grandmother, grandfather, grandparents, grandchildren, social capital, contacts, relatives, personal contact, family, right to contact, duty of contact, duty of obedience, socialisation, intergenerational relations, applicant, hearing a minor, private life, family life, family law*

Streszczenie

Elżbieta Holewińska-Łapińska, *Ustalanie kontaktów dziadków z małoletnimi wnukami w praktyce polskich sądów*

Przedmiotem artykułu jest problematyka kontaktów dziadków z małoletnimi wnukami (art. 113[6] Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego) przedstawiona na tle społecznych i pedagogicznych aspektów więzi międzypokoleniowych. Autorka prezentuje tezę, iż kontakty dziadków z małoletnimi wnukami należy postrzegać nie tylko jako uprawnienie ale i obowiązek stron, jednakże o mniejszej intensywności niż analogiczna relacja pomiędzy rodzicami a ich małoletnimi dziećmi. W przypadku kolizji stanowiska rodziców i dzieci w przedmiocie kontaktów z dziadkami na małoletnich dzieciach w pierwszej kolejności ciąży obowiązek posłuszeństwa wobec rodziców, który wyprzedza obowiązek kontaktowania się

[49] E. Holewińska-Łapińska, M. Domański, J. Słyk, *Orzecznictwo w sprawach o wykonywanie kontaktów z dziećmi,* "Prawo w Działaniu" 2015, No. 25, p. 19.

z dziadkami. Rodzice jednak powinni tak wykonywać władzę rodzicielską, aby unikać tworzenia konfliktu lojalności po stronie dzieci. Powinni też podejmować działania umożliwiające dzieciom wykonywanie ich obowiązków prawnych, ustanowionych dla dobra małoletnich. Artykuł przedstawia także podstawowe ustalenia badania akt sądowych w sprawach z wniosków dziadków o ustalenie ich kontaktów z małoletnimi wnukami.

Słowa kluczowe: *babcia, dziadek, dziadkowie, wnuki, kapitał społeczny, kontakty, krewni, osobista styczność, rodzina, prawo do kontaktów, obowiązek kontaktowania się, obowiązek posłuszeństwa, socjalizacja, stosunki międzypokoleniowe, wnioskodawca, wysłuchanie małoletniego, życie prywatne, życie rodzinne, prawo rodzinne*

Literatura:

1. M. Andrzejewski [w:] *Rodziny zastępcze – problematyka prawna*, red. M. Andrzejewski, P. Gąsiorek, P. Ławrynowicz, M. Synoradzka, Toruń 2006;
2. K. Appelt, *Współcześni dziadkowie i ich znaczenie dla rozwoju wnuków* [w:] *Szanse rozwoju w okresie późnej dorosłości*, red. A. Brzezińska, K. Ober-Łopatka, R. Stec, K. Ziółkowska, Poznań 2007;
3. A. Baranowska, *Starzenie się społeczeństwa i związane z tym konsekwencje – perspektywa socjologiczna* [w:] *Społeczny wymiar życia i aktywności starszych osób*, red. A. Baranowska, E. Kościńska, K. Wasilewska-Ostrowska, Toruń 2013;
4. M. Cieśliński, *Praktyka sądowa w zakresie wysłuchiwania małoletnich w postępowaniach cywilnych w kontekście przyjaznego wysłuchania dziecka*, Prawo w Działaniu 2015, nr 24;
5. M. Cieśliński, *Stanowisko sędziów na temat wysłuchiwania małoletnich w postępowaniu cywilnym*, Prawo w Działaniu 2017, nr 29;
6. A. Czerederecka, *Syndrom oddzielenia od drugoplanowego opiekuna (PAS) przydatność diagnozy w badaniach sądowych w kontekście krytyki zjawiska*, Nowiny Psychologiczne 2005, nr 3;
7. A. Czerederecka, *Rozwód a rywalizacja o opiekę nad dziećmi*, Warszawa 2010;
8. M.M. Dębska, *Zasady techniki prawodawczej. Komentarz*, Warszawa 2013;
9. K.A. Grabowska, *Glosa do wyroku Wielkiej Izby ETPC w sprawie Manuello i Nevi przeciwko Włochom z 20 stycznia 2015 r., skarga nr 107/10*, Studia Prawnicze KUL 2015, nr 3(63);
10. M. Grudzińska, *Kontakty z dzieckiem*, Warszawa 2000;
11. J. Haberko, *Dziadkowie-wnuki osobista więź prawnorodzinna i relacja prawnospadkowa*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 2012, nr 3;
12. E. Holewińska-Łapińska, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 14 czerwca 1988 r., III CZP 42/88,* Państwo i Prawo 1991, nr 2;
13. E. Holewińska-Łapińska, *Orzekanie o osobistej styczności z małoletnimi innych osób niż ich rodzice,* Prawo w Działaniu 2008, nr 4;
14. E. Holewińska-Łapińska, M. Domański, J. Słyk, *Orzecznictwo w sprawach o wykonywanie kontaktów z dziećmi*, Prawo w Działaniu 2015, nr 25;
15. T. Justyński, *Parental Alienation Syndrome (PAS) w świetle prawa i judykatury niemieckie*j [w:] *Księga Jubileuszowa Profesora Tadeusza Smyczyńskiego*, red. M. Andrzejewski, L. Kociucki, M Łączkowska, A.N. Schulz, Toruń 2008;
16. T. Justyński, *Prawo do kontaktów z dzieckiem w prawie polskim i obcym*, Warszawa 2011;
17. U. Kempińska, *Rola seniorów w rodzinie*, Pedagogika Społeczna 2013, nr 4(50);
18. E. Kościńska, *Kapitał społeczny seniorów jako źródło wsparcia rodziny*, Pedagogika Społeczna 2017, nr 1(63);
19. P. Michoń, *Transfery międzypokoleniowe w rodzinie*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 2012, nr 3,
20. P. Mostowik, *Kontakty dziecka z rodzicami, krewnymi i bliskimi a władza rodzicielska*, Przegląd Sądowy 2013, nr 3;

21. P. Mostowik, *Kontakty matki i ojca z dzieckiem, jako treść władzy rodzicielskiej* [w:] *Prawo cywilne – stanowienie, wykładnia i stosowanie. Księga pamiątkowa dla uczczenia setnej rocznicy urodzin Profesora Jerzego Ignatowicza*, red. M. Nazar, Lublin 2015;
22. J. Nowacki, „*Odpowiednie" stosowanie przepisów prawa*, Państwo i Prawo 1962, nr 3;
23. E. Płonka, J. Strzebińczyk, *Osobista styczność dziadków z małoletnimi wnukami*, Nowe Prawo 1981, nr 5;
24. W. Stojanowska [w:] *Nowelizacja prawa rodzinnego na podstawie ustaw z 26 listopada 2008 i 10 czerwca 2010. Analiza; Wykładnia; Komentarz*, Warszawa 2011;
25. P. Szukalski, *Dziadkowie, wnuki i pradziadkowie: Szkic demograficzny*, Problemy Rodziny 2001, nr 3;
26. M. Świderska, *Znaczenie dziadków w naszym życiu – wybrane aspekty*, Pedagogika Rodziny. Family Pedagogy 2017, nr 7(1);
27. J.K. Wawrzyniak, *Opiekuńczo-wychowawcza rola dziadków w rodzinie*, Pedagogika Rodziny. Family Pedagogy 2011, nr 1(2).

PRAWO W DZIAŁANIU tom 34

- **Marcin Krajewski**
  Szkoda na mieniu wynikająca z wypadków komunikacyjnych
- **Magdalena Zmysłowska**
  Odpowiedzialność przebijająca w prawie amerykańskim i włoskim
- **Яна Беррер (Iana Berger)**
  Macierzyństwo zastępcze w Federacji Rosyjskiej
- **Łukasz Mirocha**
  „Macierzyństwo zastępcze" w aktualnym orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka
- **Alina Prusinowska-Marek**
  Praktyka sądowa stosowania art. 100 § 2 k.r.o. w świetle badań
- **Elżbieta Holewińska-Łapińska**
  Establishment of contacts between grandparents and minor grandchildren in the practice of Polish courts

Cena: 34,99 zł (w tym 5% VAT)

ISSN 2084-1906

PKWiU 2008 58.14.12.0