INSTYTUT WYMIARU SPRAWIEDLIWOŚCI

PRAWO W DZIAŁANIU

40

Wolters Kluwer

INSTYTUT WYMIARU SPRAWIEDLIWOŚCI

PRAWO W DZIAŁANIU

40

SPRAWY CYWILNE

Redakcja naukowa Elżbieta Holewińska-Łapińska

Wolters Kluwer

Warszawa 2019

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

ISSN: 2657-4691 (wersja online)

ISSN 2084-1906

Nakład 200 egz.

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

Wydawca:
Na zlecenie Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości
Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.
01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33

DYREKTOR DZIAŁU PUBLIKACJI PERIODYCZNYCH
Klaudia Szawłowska-Milczarek
e-mail: czasopisma@wolterskluwer.pl

Szczegółowe informacje o prenumeracie czasopisma można uzyskać:

Infolinia: 801 044 545, prenumerata@wolterskluwer.pl

Obsługa Klienta tel.: (22) 535 82 72

Księgarnia Profinfo: www.profinfo.pl

RADA PROGRAMOWA

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

REDAKTOR NACZELNY

Andrzej Siemaszko

KOLEGIUM REDAKCYJNE

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

REDAKCJA

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

ADRES REDAKCJI

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

Komunikat w sprawie ogłoszenia listy recenzentów za rok 2019

Redakcja ma przyjemność poinformować, że w gronie recenzentów
Prawa w Działaniu w roku 2019 znalazły się następujące osoby:

Marek Andrzejewski, dr hab., prof. USz
Marcin Białecki, dr, UKSW
Santiago Cañamares, dr, Universidad Complutense de Madrid
Helena Ciepła, SSN w stanie spoczynku, dr, Uczelnia Łazarskiego
Sławomir Godek, dr hab., prof. UKSW
Beata Gruszczyńska, dr hab., prof. UW
Beata Janiszewska, dr hab., UW
Barbara Janusz-Pohl, dr hab., UAM
Grzegorz Jędrejek, dr hab., prof. UKSW
Mirosław Kosek, dr hab., prof. UKSW
Jędrzej Kotarski, dr, UŁ
Rafał Kubiak, dr hab., prof. UŁ
Bogusław Lackoroński, dr, UW
Katarzyna Laskowska, prof. zw., UB
Piotr Machnikowski, prof. zw., UWr
Robert Netczuk, dr, UŚ
Michał Peno, dr, USz
Tomasz Przesławski, dr hab., IPSiR UW
Olga Sitarz, dr hab., prof. UŚ
Paweł Sobczyk, dr hab., prof. UO
Ryszard A. Stefański, prof. zw., Uczelnia Łazarskiego
Marek Świerczyński, dr hab., prof. UKSW
Adam Taracha, dr hab., prof. UMCS
Leszek Wieczorek, dr hab., prof. Uniwestytetu Jana Kochanowskiego w Kielcach
Marcin Wielec, dr, UKSW
Paulina Wiktorska, dr, INP PAN
Magdalena Wilczek-Karczewska, dr, UKSW
Piotr Zakrzewski, dr, UKSW
Małgorzata Żbikowska, dr, USz

Spis treści:

Artykuły

Marek Andrzejewski
Wokół Projektu Kodeksu Rodzinnego przedłożonego w lipcu 2018 r. przez Rzecznika Praw Dziecka....9

Alina Prusinowska-Marek
Praktyka sądowa w zakresie realizacji zasady tymczasowości pieczy zastępczej....43

Jerzy Słyk
Orzekanie w sprawach dotyczących umieszczenia pacjenta w zakładzie opiekuńczo-leczniczym....79

Maciej Domański
Konwencja ONZ o prawach osób niepełnosprawnych w interpretacji Komitetu do spraw praw osób niepełnosprawnych a podstawowe instytucje prawa cywilnego....123

Jędrzej Maksymilian Kondek
Umowa przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie i jej praktyka w świetle wizytacji i lustracji kancelarii notarialnych w latach 2013–2017....166

Ewelina Kajkowska
Mechanizmy sprzyjające koncentracji materiału procesowego na gruncie angielskiej procedury cywilnej....193

Łukasz Kondratko
Nadzór judykacyjny nad komornikiem sądowym. Kilka uwag na marginesie art. 759 § 2 i 3 Kodeksu postępowania cywilnego....237

Mirosława Pytlewska
System Losowego Przydziału Spraw jako gwarancja bezstronnego prawa do sądu w kontekście zaleceń Unii Europejskiej....265

Bartłomiej Oręziak
Analiza prawnej dopuszczalności zamieszczania hiperlinków w internecie. Uwagi na tle wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 4.12.2018 r. w sprawie MAGYAR JETI ZRT przeciwko Węgrom....281

Roland Szymczykiewicz
Miejsce tzw. sygnalistów w polskim systemie prawnym.
Część 1: ujęcie cywilnoprawne 293

Recenzje

Ewa Wojtaszek-Mik
Frank Wijckmans, Filip Tuytschaever, Agata Jurkowska-Gomułka,
Małgorzata Modzelewska de Raad, Olga Sztejnert-Roszak,
„*Porozumienia dystrybucyjne w prawie konkurencji.
Unia Europejska – Polska*" (recenzja) 327

Sprawozdania

Konrad M. Mazur
„Interoperacyjność rejestrów publicznych dotyczących nieruchomości".
Raport sprawozdawczo-badawczy z konferencji *Land Registers
Interconnected*. Tallin, 9–10 maja 2019 r. 333

Contents:

Articles

Marek Andrzejewski
On the Family Code Bill Submitted by the Ombudsman for Children in July 2018 9

Alicja Prusinowska-Marek
Court Practice in the Field of Implementing the Principle of Temporary Nature of Alternative Care 43

Jerzy Słyk
Adjudicating in Cases Relating to Placement of Patients in Residential Medical Care Facilities 79

Maciej Domański
UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities as Interpreted by the Committee on the Rights of Persons with Disabilities in the Context of Basic Civil Law Institutions 123

Jędrzej Maksymilian Kondek
Transfer of Ownership of Immovable Property by Way of Security for Debt and its Practice in the light of Reports of Inspections of Notarial Offices in 2013–2017 166

Ewelina Kajkowska
Mechanisms Aimed at Ensuring Completeness of Pleadings and Evidence in English Civil Procedure 193

Łukasz Kondratko
Judicial Supervision over Court Enforcement Officers. Several Remarks by Way of an Aside to Article 759(2) and (3) of the Code of Civil Procedure 237

Mirosława Pytlewska
Random Allocation of Judges System as a Guarantee of Impartial Right to a Fair Trial in the Context of the European Union's Recommendations 265

Bartłomiej Oręziak
Analysis of the Legal Admissibility of Placing Hyperlinks on the Internet. Comments against the Background of Judgment of the European Court of Human Rights of 4 December 2018 in Case *Magyar Jeti Zrt v. Hungary* 281

Roland Szymczykiewicz
The Place of the So-Called Whistleblowers in the Polish Legal System. Part 1: Civil Law Approach 293

Reviews

Ewa Wojtaszek-Mik
Frank Wijckmans, Filip Tuytschaever, Agata Jurkowska-Gomułka, Małgorzata Modzelewska de Raad, Olga Sztejnert-Roszak, *Porozumienia dystrybucyjne w prawie konkurencji. Unia Europejska – Polska* [*Distribution Agreements in Competition Law*] (review) 327

Reports

Konrad M. Mazur
Interoperability of Public Real Estate Registers. State of Research Report and Account of *Land Registers Interconnected Conference*. Tallin, 9–10 May 2019 333

PRAWO W DZIAŁANIU
SPRAWY CYWILNE
40/2019
DOI: 10.3241/pwd.4001

Marek Andrzejewski*

Wokół Projektu Kodeksu Rodzinnego przedłożonego w lipcu 2018 r. przez Rzecznika Praw Dziecka**[1]

I. PROJEKT KODEKSU RODZINNEGO – KONTEKST POWSTANIA I LEGISLACYJNE FIASKO

Tradycją polskiej legislacji jest respekt dla idei tworzenia kodeksów. Poprzeczkę dla legislacyjnych standardów wysoko zawiesili twórcy kodeksów powstałych w okresie międzywojennym, a zwłaszcza Kodeksu zobowiązań[2]. Do 1989 r. uchwalono ich niewiele[3], a po przełomie ustrojowym powstały kodeksy: karny, postępowania karnego, karny wykonawczy, karny skarbowy, postępowania w sprawach wykroczeń, spółek prawa handlowego, morski, wyborczy. Najistotniejszą przyczyną ich tworzenia była nieprzystawalność poprzednio obowiązujących uregulowań do reguł państwa demokratycznego, co w szczególny sposób dotyczyło uwikłanego w aksjologię komunistyczną ustawodawstwa karnego, a także do reguł ekonomii wolnego rynku, co z kolei wiązało się z koniecznością stworzenia Kodeksu spółek handlowych[4].

Natomiast w odniesieniu do Kodeksu cywilnego[5], Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego[6], a także procedur zawartych w Kodeksie postępowania cywilnego[7]

* Dr hab. Marek Andrzejewski jest profesorem w Instytucie Nauk Prawnych na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego, Polska, ORCID 0000–0002–6838–8414, e-mail: marek.andrzejewski@usz.edu.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 30.09.2019 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 30.10.2019 r.

[1] W artykule wykorzystano uwagi i spostrzeżenia zgłoszone w trakcie seminarium naukowego, które odbyło się 1.10.2018 r. w Poznaniu, w siedzibie Poznańskiego Centrum Prawa Rodzinnego i Praw Dziecka Instytutu Nauk Prawnych PAN. Udział w nim wzięli: prof. dr hab. T. Smyczyński, dr hab. prof. UAM J. Haberko, dr hab. prof. UJK J. Gajda, dr M. Łączkowska (INP PAN), dr A.N. Schulz (INP PAN), dr A. Urbańska-Łukaszewicz (INP PAN), dr J. Łukasiewicz (WPiA UR), dr R. Łukasiewicz (WPiA UR), K. Jadach (WSE UAM). Wymienieni, którym dziękuję za inspiracje, nie biorą oczywiście odpowiedzialności za treść tego artykułu.

[2] J. Kola, *Działalność Komisji Kodyfikacyjnej RP w obszarze prawa zobowiązań. Refleksje z okazji 80. rocznicy Kodeksu zobowiązań*, „Palestra" 2013/9–10, s. 250–260; L. Górnicki, *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej Rzeczypospolitej Polskiej w latach 1919–1939*, Wrocław 2000.

[3] Kodeks rodzinny (1950 r.), Kodeks postępowania administracyjnego (1960 r.), Kodeks rodzinny i opiekuńczy (1964 r.), Kodeks cywilny (1964 r.), Kodeks postępowania cywilnego (1964 r.), Kodeks karny (1969 r.), Kodeks postępowania karnego (1969 r.), Kodeks karny wykonawczy (1969 r.), Kodeks wykroczeń (1971 r.), Kodeks pracy (1974 r.).

[4] Ustawa z 15.09.2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2019 r. poz. 505 ze zm.).

[5] Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1145) – dalej k.c.

[6] Ustawa z 25.02.1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. z 2017 r. poz. 682 ze zm.) – dalej k.r.o.

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

przeważył pogląd, iż właściwsze będzie dokonywanie w nich zmian w sposób ewolucyjny. Idea stworzenia nowej kodyfikacji cywilnej pojawiła się, co prawda, w wypowiedziach doktryny na tyle mocno, że wyeksponowano ją w nazwie działającej latach 1996–2015 Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego przy Ministrze Sprawiedliwości, jednak zrealizowanie jej było przewidziane w dalszej, nieokreślonej czasowo, perspektywie[8], a czynione w tym kierunku wysiłki nie spowalniały modyfikowania (często głębokiego) uregulowań zawartych w poszczególnych księgach Kodeksu cywilnego i przepisach prawa rodzinnego.

W 2012 r. rozpoczęła pracę Komisja Kodyfikacyjna Prawa Rodzinnego i Opiekuńczego przy Rzeczniku Praw Dziecka (dalej RPD lub rzecznik)[9]. Utworzenie jej było krokiem zaskakującym. Funkcjonująca wówczas od kilku lat komisja ministerialna miała bowiem znaczny dorobek również w zakresie prawa rodzinnego[10]. Patrząc ze współczesnej perspektywy, można przypisać zdystansowanie się RPD w stosunku do komisji ministerialnej przyczynom merytorycznym, takim jak odmienne postrzeganie pozycji dziecka w rodzinie (relacji rodzice–dziecko)[11], czy też umiejscowienia prawa rodzinnego w systemie prawa jako działu odrębnego od prawa cywilnego, a Kodeksu rodzinnego (dalej k.r.) jako osobnej i samodzielnej regulacji. Wcześniej posunięcie to było niezrozumiałe, gdyż cechą procedowania Komisji stworzonej przez RPD była daleko posunięta dyskrecjonalność. Jej prace owiane były tajemnicą do chwili upublicznienia omawianego projektu Kodeksu rodzinnego (dalej projekt KR). Do środowiska naukowego, a tym bardziej do szerszej publiczności, nie docierały informacje o kierunku jej poczynań. Ich efektów nie prezentowano na konferencjach naukowych, w fachowych czasopismach, na konferencjach prasowych rzecznika ani na jego stronie internetowej. W nieoficjalnych, koleżeńskich rozmowach (społeczność osób naukowo zajmujących się prawem rodzinnym nie jest nadmiernie liczna) członkowie Komisji przyznawali, że taką formułę pracy uznali za najwłaściwszą i do końca pozostali jej wierni[12].

[8] Namysł nad jego koncepcją zaowocował projektem części ogólnej i naukowo zarysowaną wizją całości w: Z. Radwański [red.] *Zielona księga – optymalna wizja Kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2006.

[9] Podsumowanie prac Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Rodzinnego (dalej KKPC) przy RPD, https://brpd.gov.pl/aktualnosci/podsumowanie-prac-komisji-kodyfikacyjnej-prawa-rodzinnego-przy-rpd (dostęp: 23.09.2019 r.).

[10] Szczegółowa dokumentacja dotycząca pracy KKPC przy MS znajduje się na stronie internetowej resortu sprawiedliwości, https://www.gov.pl/web/sprawiedliwosc/komisja-kodyfikacyjna-prawa-cywilnego.

[11] O kierunku prac w kwestii pozycji dziecka w rodzinie można było wnioskować z treści książki: S.L. Stadniczeńko [red.] *Konwencja o prawach dziecka. Wybór zagadnień (artykuły i komentarze), Rzecznik Praw Dziecka*, Warszawa 2015, a także z publikacji członka Komisji: P. Jaros, *Prawo dziecka do rodziców (odpowiedzialności rodzicielskiej) w kontekście polskich zobowiązań międzynarodowych*, Warszawa 2015. W tytule tej książki posłużono się pojęciem *odpowiedzialność rodzicielska* rozumianym w sposób zbliżony do tego, w jaki uregulowano ową odpowiedzialność w Konwencji o Prawach Dziecka i w dokumentach Komitetu Ministrów Rady Europy – zob. w: W. Stojanowska, *Rekomendacja Nr 84(4) w sprawie odpowiedzialności rodzicielskiej a stan prawny obowiązujący w Polsce* [w:] M. Safjan, *Standardy prawne Rady Europy*, t. I, *Prawo Rodzinne*, Warszawa 1993, s. 217–233.

[12] Komisja ministerialna natomiast o swych poczynaniach i ich efektach systematycznie informowała. Były one również obszernie omawiane. Liczne teksty na ten temat (w tym materiały robocze w formie projektów) publikowane były na lamach takich czasopism jak np.: „Monitor Prawniczy", „Kwartalnik Prawa Prywatnego", „Rodzina i Prawo", „Rejent", a także dziennika „Rzeczpospolita" i innych. Jedynie tytułem przykładu warto wskazać na: *Założenia i ogólny kierunek zmian wprawie cywilnym, prawie rodzinnym i gospodarczym oraz w postępowaniu cywilnym – ustalenia dokonane na posiedzeniach plenarnych KKPC w dniach 5 grudnia 1996 r. i 8 stycznia 1997 r.*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego" 1997/2, s. 319 i n.; Z. Radwański, K. Gonera, *Nowa kodyfikacja prawa prywatnego*, „Monitor Prawniczy" 1997/5, s. 177 i n.; K. Gonera, *Założenia i ogólny kierunek zmian wprawie cywilnym (z prac Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego)*, „Państwo i Prawo" 1997/9, s. 80 i n.; M. Nazar, *Problemy nowelizacji prawa rodzinnego*, „Rejent" 2005/9, s. 81–110;

W lipcu 2018 r. RPD opublikował opracowany przez swoją Komisję projekt Kodeksu rodzinnego[13], który następnie rozesłał do podmiotów mających prawo inicjatywy ustawodawczej, wnosząc o skierowanie go do łaski marszałkowskiej[14]. Nic nie wiadomo, aby projekt był wcześniej konsultowany z jakimkolwiek podmiotem zainteresowanym treścią proponowanych rozwiązań, co jest wymogiem według zasad techniki legislacyjnej[15]. Tylko Kancelaria Prezydenta RP podjęła namysł nad projektem. Sekcja „Polityka społeczna, rodzina", działająca w ramach Narodowej Rady Rozwoju będącej gremium doradczym Prezydenta RP, zamówiła opinie i zorganizowała jesienią 2018 r. spotkania eksperckie na jego temat. Na tej podstawie nie zarekomendowała jednak prezydentowi wystąpienia z wnioskiem o wszczęcie procedury legislacyjnej. Pozostałe podmioty zignorowały ten projekt.

Zaskakuje nieumiejętność spożytkowania przez RPD wieloletnich wysiłków Komisji. Sposób, a w szczególności termin publikacji projektu wynikał bowiem ze zbliżającego się zakończenia kadencji rzecznika, a nie z tego, że temat (idea nowego kodeksu, dopracowanie przygotowywanego projektu) do tego dojrzał. Wzięcie odpowiedzialności za wprowadzenie pod obrady parlamentu projektu KR wymagałoby czasu na przygotowanie się do tej roli, a na to rzecznik M. Michalak nie dał nikomu szansy. Trudno oczekiwać, by funkcjonujący na scenie politycznej podmiot zaryzykował promowanie obszernego projektu dotyczącego delikatnej materii rodzinnej, jeśli otrzymał go kilka tygodni przed końcem urzędowania sygnującego go RPD. Tym bardziej, że przed otrzymaniem dokumentu nic o nim nie wiedział, a kończący kadencję rzecznik nie ponosiłby żadnej odpowiedzialności za efekty ewentualnego procedowania projektu. U podłoża legislacyjnego fiaska projektu KR leży błędna koncepcja nieujawniania przez Komisję cząstkowych efektów prac, a więc również uniemożliwienia prowadzenia na ich temat jakiejkolwiek debaty, co w konsekwencji mogło spotkać się z przychylnością tych, którzy projektu nie poparli.

Fiasko poczynań RPD jest swoistym argumentem przemawiającym za … podjęciem dyskusji na temat projektu KR. Dokument sygnowany przez konstytucyjny organ, nad którym sześć lat pracował wieloosobowy zespół, powinien stać się przedmiotem analizy naukowej[16].

M. Wróbel (opr.), *Główne założenia projektu Kodeksu cywilnego*, Dodatek do „Monitora Prawniczego" 2007/14; T. Smyczyński, *Kierunki reformy kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego" 1999/2, s. 299–321; J. Strzebińczyk, *Nowelizacja przepisów kodeksu rodzinnego i opiekuńczego w zakresie małżeńskiego prawa majątkowego*, część I, „Rejent" 2004/8, s. 134–164; i J. Strzebińczyk, *Nowelizacja przepisów kodeksu rodzinnego i opiekuńczego w zakresie małżeńskiego prawa majątkowego*, część II, „Rejent" 2004/9, s. 88–102 (oraz przedstawiona tam debata rozpisana na kilkanaście artykułów naukowych na temat tytułowej nowelizacji). Przedmiotem naukowych wypowiedzi były też skutki poszczególnych nowelizacji k.r.o. – np. w: M. Andrzejewski [red.] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy po wielkich nowelizacjach*, „Acta Iuris Stetinensis" 2014/6.

[13] https://brpd.gov.pl/aktualnosci/rpd-prezentuje-nowy-oczekiwany-spolecznie-kodeks-rodzinny; treść projektu znajduje się na stronie: http://brpd.gov.pl/sites/default/files/projekt_kodeksu_rodzinnego_z_autopoprawka_z_uzasadnieniem.pdf (dostęp: 19.07.2019 r.).

[14] M. Michalak, *Zawsze będę wspierał dzieci* [wywiad], „Świdnica24" z 19.09.2018 r., https://swidnica24.pl/2018/09/marek-michalak-zawsze-bede-wspieral-dzieci-wywiad/ (dostęp: 20.09.2019 r.).

[15] S. Wronkowska, M. Zieliński, *Komentarz do zasad techniki prawodawczej z dnia 20 czerwca 2002 r.*, Warszawa 2004, s. 22–25.

[16] Jedyna publikacja, jak dotychczas, to: M. Nazar, *Projekt kodeksu rodzinnego i postulaty gałęziowego wyodrębnienia prawa rodzinnego*, „Przegląd Sądowy" 2019/7–8, s. 7–26. Na Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej „Akademicki Projekt Kodeksu Cywilnego" (Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Gdański 23–24.05.2019 r.) miało miejsce wystąpienie W. Stojanowskiej i M. Koska pt. „Zagrożenie dobra dziecka przez nieprofesjonalne próby tworzenia nowego Kodeksu rodzinnego". Jego treści nie znam.

Należy zastrzec, że podjęcie próby przeprowadzenia takiej analizy napotyka na poważne przeszkody, gdyż dyskrecjonalny sposób pracy Komisji sprawił, iż jedyną niemalże podstawą dla formułowania opinii jest treść projektu i jego uzasadnienie. Ponadto, obszerność i wielowątkowość dokumentu sprawia, że ramy niniejszego artykułu nie pozwalają odnieść się do wszystkich związanych z projektem istotnych kwestii. Uwagę skoncentrowano wyłącznie na tych, których omówienie daje podstawę do sformułowania oceny: a) trafności proponowanej konstrukcji KR, b) zasadności zawartych w nim (ale jedynie kluczowych) regulacji oraz c) strony technicznej/warsztatowej projektu. Podjęto te kwestie jedynie w zakresie pozwalającym odpowiedzieć na pytanie: **czy uchwalenie przedłożonego przez RPD projektu KR i zastąpienie nim obowiązującego KRO byłoby dobrą zmianą w odniesieniu do prawnej ochrony rodziny?**

II. OFICJALNE MOTYWY STWORZENIA PROJEKTU KODEKSU RODZINNEGO

Wśród motywów stworzenia projektu KR wymienionych w jego uzasadnieniu, wskazano na: konieczność: „(…) *dostosowania przepisów do nowej filozofii pojmowania zagadnień rodzinno-prawnych, myślenia o dziecku i rodzinie, ich podmiotowości i o ochronie tych dóbr* (…)", gdyż „*Obecne pojmowanie praw człowieka, w tym praw dziecka, praw rodziny – w porównaniu z prądami myślowymi lat 60-tych ubiegłego wieku, a także rzeczywistość, w której przyszło żyć współczesnej rodzinie – są diametralnie inne*".

Przytoczono też argument o zmarginalizowaniu prawa rodzinnego, którym zajmują się głównie cywiliści: „(…) *w większości nieznający problematyki i specyfiki spraw rodzinnych. Nie funkcjonują katedry prawa cywilnego, nie rozwija się nauka i metodyka tego prawa*". „*Ujmowanie prawa rodzinnego, jako cząstki prawa cywilnego to swoisty hamulec rozwojowy prawa rodzinnego*". W konsekwencji spowodowało to sytuację, która sprawia, że istnieje potrzeba: „(…) *wprowadzenia przystających do rzeczywistości nowoczesnych rozwiązań prawnych w przedmiotowej kwestii*".

Kolejnym powodem stworzenia KR była niezbędność stworzenia nowej, przejrzystej procedury dla rozstrzygania sporów rodzinnych, a w konsekwencji jasnego, precyzyjnego i komunikatywnego prawa rodzinnego m.in. poprzez połączenie w jednym akcie prawnym uregulowań zarówno materialno-prawnych, jak i formalno-prawnych. Uszczegóławiając ten wątek, wskazano na niezadowalające funkcjonowanie sądów rodzinnych, a także instytucji mediacji, z którą wiązano nadzieje na bardziej koncyliacyjne prowadzenie postępowań. Podkreślono konfliktogenność sądowych procedur i nikłą skuteczność wydawanych orzeczeń. Podkreślono specyfikę sądownictwa rodzinnego, które powinno mieć na celu pomoc rodzinom i ochronę interesów ich członków, z czym wiążą się wysokie wymagania w stosunku do sędziów rodzinnych.

W uzasadnieniu projektu KR znajduje się też szereg nawiązań do filozofii personalistycznej, którą uczyniono dyrektywą wyznaczającą kierunek przyjętych unormowań i ich uzasadnienie aksjologiczne. Zadeklarowanie filozoficznej afiliacji – moim zdaniem w uzasadnieniu zbędne – zapewne spotkałaby się z krytyką ze strony środowisk opowiadających się za neutralnością światopoglądową państwa.

Uwagi odnoszące się do projektu KR należy poprzedzić polemiką z poglądem, że stworzenie go było konieczne, albowiem obecna sytuacja rodzin różni się od istniejącej wówczas, gdy tworzono Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Sugeruje on, że nowy Kodeks rodzinny miałby zastąpić k.r.o. w jego wersji z 1964 r., a przecież wszystkie jego instytucje były – w mniejszym lub większym stopniu, a niektóre radykalnie – nowelizowane, a do tego sukcesywnie wprowadzano uregulowania nieznane k.r.o. w jego pierwotnej wersji[17].

Nieprawdziwa jest też opinia RPD o doktrynie prawa rodzinnego, jako obszarze zaniedbanym przez cywilistów. Liczne zmiany dokonywane w k.r.o. były bowiem skutkiem ich namysłu. Poza dorobkiem doktryny znaczący udział należy też przypisać orzecznictwu Sądu Najwyższego, a także osiągnięciom nauk społecznych, dla których rodzina jest przedmiotem badań. Istnieje bogata dokumentacja potwierdzająca wkład naukowców i sędziów w dokonanie licznych zmian w prawie rodzinnym i w ich ewaluację[18]. W samym tylko okresie po 1989 r. doszło – m.in. dzięki temu – do uchwalenia takich rozwiązań jak m.in.:

- dopuszczalność zawierania związków małżeńskich w formie wyznaniowej ze skutkami dla prawa świeckiego;
- modyfikacje prawa rozwodowego, zmierzające ku odpowiedzialnemu kreowaniu sytuacji członków rodziny po rozwodzie (porozumienie rodzicielskie, mediacja), a więc w kierunku odwrotnym niż w zdecydowanej większości państw Europy, które w ostatnich dekadach wprowadziły przepisy trywializujące instytucję małżeństwa zarówno w kontekście uregulowań dotyczących jego zawierania, jak i ułatwiania, by nie rzec nakłaniania, do występowania o rozwód (odstępowanie od przesłanek rozwodowych na rzecz orzekania rozwodu na żądanie małżonków; przekazywanie spraw rozwodowych organom administracji i notariuszom);
- znacząco inne od poprzednich, bo dostosowane do potrzeb funkcjonowania małżeństw w ramach gospodarki wolnorynkowej, przepisy o ustrojach majątkowo-małżeńskich,
- całkowicie nowe uregulowania dotyczące kontaktów z dzieckiem, jako zagadnienia ściśle powiązanego z władzą rodzicielską, a zwłaszcza ze sprawowaniem jej przez rodziców po rozwodzie lub rodziców, którzy nie byli małżonkami;
- nowe przepisy o pieczy zastępczej jako instytucji, której celem jest przede wszystkim służenie reintegracji rodzin wychowanków;
- nieznaną powojennemu polskiemu prawu separację;
- istotne modyfikacje w przepisach dotyczących przysposobienia, alimentacji, opieki prawnej, filiacji;
- modyfikacje przepisów o relacji rodzice–dzieci podkreślających podmiotowość dziecka i zobowiązujące sądy rodzinne do współdziałania na rzecz rodziny z instytucjami działającymi w środowisku lokalnym.

[17] J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne*, wyd. 4, Warszawa 2016, s. 44–63; M. Nazar, *Problemy nowelizacji prawa rodzinnego*, „Rejent" 2005/9, s. 81–110; K. Jadach, K. Perzanowska, A. Urbańska-Łukaszewicz, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy po wielkich nowelizacjach*, „Rodzina i Prawo" 2014/29, s. 5–25.

[18] Bogatą dokumentację tej tezy zawiera chociażby strona internetowa Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości w zakładce Prawo w Działaniu. Sprawy cywilne, https://www.iws.org.pl/prawo-w-dzialaniu/numery-archiwalne/tom-1-sprawy-cywilne/, gdzie można się zapoznać z wynikami badań empirycznych na temat wielu instytucji prawa rodzinnego i prawa dotyczącego rodziny.

Poza nowelizacjami przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, doszło w ostatnim trzydziestoleciu do ratyfikowania wielu konwencji międzynarodowych dotyczących funkcjonowania rodziny, co spowodowało zmiany polskiego prawa – zarówno prywatnego, jak i publicznego. Bez podbudowy naukowej nie byłoby to możliwe. Zamiast wielu przykładów wystarczy wskazać chociażby na oddziaływanie Konwencji o prawach dziecka[19], konwencji haskich czy też szeregu dokumentów Rady Europy[20].

Konsekwentne nowelizowanie k.r.o. i sukcesywne uchwalanie związanych z nim ustaw zwykłych sprawiło, że nie pojawiły się żądania radykalnych zmian prawa rodzinnego i opiekuńczego, a jeżeli formułowano – czasami stanowczo – rozmaite oczekiwania (np. wprowadzenia swobody rozwodów, pieczy naprzemiennej), to nie dotyczyły one zmiany całego kodeksu, lecz jego fragmentów[21]. Wyjątkiem jest toczą-ca się dyskusja o zasadności usytuowania księgi poświęconej rodzinie w ramach przygotowywanego nowego Kodeksu cywilnego. W tej sprawie doktryna jest podzielona, a projekt KR zawiera opowiedzenie się przeciwko stanowisku ministerialnej Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego. Do tego zagadnienia przyjdzie wrócić poniżej.

Nie wchodząc w bardziej drobiazgową polemikę, należy odrzucić tezę RPD o prawie rodzinnym, jako obszarze zaniedbanym przez cywilistów[22], jako krzywdzą-cą dla wielu badaczy prawa rodzinnego, którzy właśnie jako cywiliści byli w stanie czynić to w sposób pogłębiony, albowiem odpowiadający umiejscowieniu prawa rodzinnego w systemie prawa, jako działu cywilistyki[23]. Taki był, i na tę chwilę jest, stan normatywny. Wyłącznie cywiliści są też zaangażowani w spór o uplasowanie prawa rodzinnego. Jest dobrym prawem twórców projektu KR, by idąc za głosem części doktryny prawa cywilnego, opowiadać się za odrębnością Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego od Kodeku cywilnego i za samodzielnością prawa rodzinnego, jednak należy sprzeciwić się użyciu w tym celu nierzetelnych uogólnień.

[19] T. Smyczyński [red.] *Konwencja o Prawach Dziecka. Analiza i wykładnia*, Poznań 1999; S.L. Stadniczeńko [red.] *Konwencja o prawach dziecka. Wybór zagadnień (artykuły i komentarze)*, Warszawa 2015.

[20] M. Safjan [red.] *Standardy prawne Rady Europy*, t. I, *Prawo Rodzinne*, Warszawa 1993.

[21] Może najbardziej twórcze spojrzenie na k.r.o., w tym liczne pomysły jego modyfikowania, zawiera książka: J. Mazurkiewicz, *Zanim pomysły nasze sczezną wraz z nami. Wrocławskie projekty ochrony prawnej dzieci i kobiet*, Wrocław 2016.

[22] Można, co najwyżej zgodzić się, że zmiana przepisów o ustrojach majątkowo-małżeńskich nastąpiła zbyt późno, bo po 15 latach od przełomu ustrojowego wprowadzającego reguły gospodarki wolnorynkowej, do których dawne przepisy nie przystawały, podobnie jak można – w zależności od prezentowanych poglądów – kwestionować dystans ustawodawcy do niektórych postulatów zgłaszanych w debacie publicznej. W tej drugiej płaszczyźnie należy jednak dać prawo ustawodawcy i wspierającym działania legislacyjne agendom, do własnego zdania.

[23] Byli wśród nich m.in.: Z. Radwański, J. Ignatowicz, J. Winiarz, J.S. Piątowski, B. Walaszek, J. Gwiazdomorski, A. Stelmachowski, A. Szpunar, J. Pietrzykowski, S. Grzybowski, A. Dyoniak, S. Szer, a spośród współczesnych należy wskazać na takich autorów jak: T. Smyczyński, L. Stecki, K. Pietrzykowski, W. Stojanowska, A. Mączyński, K. Piasecki, E. Holewińska-Łapińska, M. Nazar, T. Sokołowski, A. Olejniczak, J. Panowicz-Lipska, E. Skowrońska-Bocian, J. Mazurkiewicz, P. Mostowik, J. Gajda, M. Goettel, T. Justyński, ks. M. Kosek, J. Wierciński, G. Jędrejek, J. Haberko, P. Telusiewicz, J. Strzebińczyk, K. Bagan-Kurluta, M. Andrzejewski. Do tego grona dołączyć należy ściśle współpracujących z nimi grono kanonistów jak: m.in. abp A. Dzięga, ks. W. Góralski, ks. M. Sztychmiller i wielu wybitnych sędziów, jak np. nieżyjący już: B. Dobrzański, S. Breyer, S. Gros, M. Grudziński czy współcześni: H. Ciepła, B. Czech, R. Zegadło, J. Gudowski, M. Sychowicz, M. Manowska, J. Ignaczewski i wielu innych. Znaczący jest też dorobek wielu naukowców młodszego pokolenia (np. grono autorów komentarza zredagowanego przez J. Osajdę i komentarza pod redakcją J. Wiercińskiego), a także tych spośród profesorów, dla których prawo rodzinne było etapem w ich naukowej drodze (np. M. Safjan, A. Szlęzak). Dorobek w postaci opracowań z obszaru prawa adopcyjnego i alimentacyjnego, a następnie konstytucyjnego i teorii prawa, w tym metodologii nauk prawnych, pozostawił też znamienity teoretyk prawa Z. Ziembiński. Ten przypis mógłby być znacznie bardziej szczegółowy. Zamieszczono go dla uniknięcia zarzutu gołosłowności i pomimo niepokoju, że z powodu ram, jakich przypis nie powinien przekraczać, nie uwzględniono w nim nazwisk wszystkich osób, które powinny były się w nim znaleźć.

Na marginesie można dodać, że swój pozbawiony podstaw zarzut RPD sformułował dla wzmocnienia tezy o konieczności wyodrębnienia prawa rodzinnego, co może dziwić, gdyż istnienie lub nieistnienie konieczności opracowania nowego kodeksu nie zależy od dorobku doktryny, lecz od potrzeby zapewnienia rodzinie należytej ochrony prawnej oraz przekonania o tym, że dla owej ochrony uchwalenie nowego kodeksu jest konieczne, a co najmniej przydatne.

Teza o zmarginalizowaniu prawa rodzinnego miała uwiarygodnić zarzut, że jako nienowoczesne nie przystaje ono do wyzwań współczesności. Znaczenie, w jakim użyto słowa *nowoczesność* można zrekonstruować na podstawie deklaracji, że projekt KR powstał, by wprowadzić zmiany odnoszące się *do nowego, europejskiego pojęcia stosunków rodzinnych* (uzasadnienie s. 102). Odniesienie do europejskości i nowoczesności budzi niepokój (w sensie merytorycznym, a także ze względu na niespójność projektu), gdyż są to kryteria, według których przyjęto wiele rozwiązań trudnych do pogodzenia z założeniami filozofii personalistycznej, do której w uzasadnieniu poczyniono silne nawiązania. Wystarczy wskazać np. na: dopuszczalność zawierania małżeństw bez ograniczeń odnośnie do płci, stanu psychiki i intelektu nupturientów (istnieją postulaty tworzenia małżeństw wieloosobowych), orzekanie rozwodów i separacji na żądanie małżonków (bez wykazywania rozpadu małżeństwa)[24], powszechność ustanawiania tzw. pieczy naprzemiennej przy orzekaniu rozwodów i separacji[25], czy umożliwianie orzekania adopcji ma rzecz tzw. małżeństw homoseksualnych[26]. W tym nurcie mieści się też dopuszczalność tzw. macierzyństwa zastępczego[27]. Wszystkie te rozwiązania są nowatorskie i odzwierciedlają tendencje w ewolucji systemów prawnych wielu państw Europy. Między innymi dlatego, że zaprzeczają one ideom filozofii personalistycznej (zwłaszcza odpowiedzialności za siebie i innych), powinny być traktowane raczej jako zagrażające rodzinie (ryzykowne dla niej) niż zmierzające ku jej ochronie; jako ostrzeżenie, a nie jako drogowskaz.

To prawda, że projekt RPD nie zawiera wiele spośród wymienionych rozwiązań. Posłużenie się w jego uzasadnieniu kategorią nowoczesności skłoniło do zanegowania takiego kryterium tworzenia i oceniania prawa rodzinnego. Jedynym sposobem odczytania postulatu czynienia prawa nowoczesnym, z jakim należy się zgodzić, jest nakaz, aby ustawodawca reagował na potrzeby społeczne i odpowiednio je zmieniał. W odniesieniu do prawa rodzinnego tak właśnie się dzieje.

---

[24] Postuluje to R. Dubowski, *Materialnoprawne przesłanki rozwodu – analiza krytyczna i postulaty de lege ferenda*, Józefów 2017; J. Mazurkiewicz, *„Rozwodzić" jest przeciwieństwem „zwodzić", czyli o potrzebie zasadniczej reformy prawa rozwodowego* [w:] *Rozprawy z prawa cywilnego, własności intelektualnej i prawa prywatnego międzynarodowego. Księga pamiątkowa dedykowana profesorowi Bogusławowi Gawlikowi*, red. J. Pisuliński, P. Tereszkiewicz, F. Zoll, Warszawa 2012. W opozycji: M. Andrzejewski, *O potrzebie zmian w polskim prawie rozwodowym*, „Studia Prawnicze INP PAN" 2016/3.

[25] J. Zajączkowska, *Piecza naprzemienna w sytuacji ostrego konfliktu rodzicielskiego a kontakty z dzieckiem* [w:] *Rodzina w sytuacji okołorozwodowej. Współczesne dylematy psychologiczne i prawne*, red. A. Czerederecka, Kraków 2018, s. 175–198.

[26] J. Gajda, *„Adopcja" przez pary homoseksualne* [w:] *Związki partnerskie – debata na temat projektowanych zmian prawnych*, red. M. Andrzejewski, Toruń 2013, s. 117–126; T. Sokołowski, *Dobro dziecka wobec rzekomego prawa do adopcji*, Toruń 2013, s. 103–116; A. Śledzińska-Simon, *Adopcja przez osoby homoseksualne* [w:] *Orientacja seksualna i tożsamość płciowa. Aspekty prawne i społeczne*, red. R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski, Warszawa 2009; A. Śledzińska-Simon, *Prawne możliwości adopcji przez pary jednopłciowe w Europie. Perspektywa polska* [w:] *Tęczowe rodziny w Polsce. Prawo a rodziny lesbijskie i gejowskie*, red. M. Zima, Warszawa 2010; M. Drapalska-Grochowicz, *Kilka uwag na tle statusu prawnego rodzin z wyboru*, „Studia Iuridica Toruniensia" XXIII, s. 31–54.

[27] Niezwykle wszechstronne omówienie w: P. Mostowik [red.] *Fundamentalne prawne problemy surrogate motherhood. Perspektywa krajowa*, Warszawa 2019.

Abstrahując od znaczenia, w jakim użyto słowa *nowoczesność*, należy stwierdzić, że prawo w ogóle, a prawo regulujące funkcjonowanie rodziny w szczególności, nowoczesne być nie musi, albowiem nie jest to istotne kryterium jego oceny. Ważniejszy jest namysł nad prawną ochroną rodziny prowadzony w nawiązaniu chociażby do treści Konstytucji RP[28], do której notabene w uzasadnieniu do projektu KR nie ma żadnego nawiązania ... Wśród wskazanych w niej kryteriów, jakim powinny sprostać uregulowania dotyczące funkcjonowania tej grupy społecznej nie ma nowoczesności, a są np.:

- ochrona życia od poczęcia do naturalnej śmierci (art. 38);
- ochrona małżeństwa rozumianego jako związek mężczyzny i kobiety, macierzyństwa, rodzicielstwa (art. 18);
- równość mężczyzn i kobiet, w tym równość małżonków w ich związku;
- prymat rodziców w wychowaniu dzieci (art. 48 ust. 1);
- autonomia rodziny względem wpływu państwa (art. 47; z dopuszczalnością roztropnej ingerencji w jej funkcjonowanie – art. 48 ust. 2);
- nakaz wspierania rodzin nieradzących sobie z realizacją funkcji ekonomicznej (art. 71), czy
- ochrona praw dziecka (art. 72).

U źródła wskazanych uregulowań konstytucji znajduje się specyficznie rodzinne idee ochrony przed nadaktywnością państwa, a także zapewnienia jej stabilności (emocjonalnej, ekonomicznej, prawnej)[29]. Nawiązując do eksponowanej w uzasadnieniu projektu KR filozofii personalistycznej, są dalekie od wskazanych wyżej rozwiązań znanych wielu zagranicznym systemom prawnym.

III. O KLUCZOWYCH MATERIALNOPRAWNYCH UREGULOWANIACH PROJEKTU KODEKSU RODZINNEGO

1. Kodeks rodzinny jako samodzielny względem Kodeksu cywilnego

Nie wypowiadam się w tym fragmencie o zasadności uczynienia prawa rodzinnego odrębną gałęzią prawa, lecz wyłącznie tym, w jaki sposób ideę tę przedstawiono w projekcie KR. Zawiera on rozstrzygnięcie sporu na ten temat[30]. Zagadnienie

[28] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. poz. 483 ze zm.) – dalej Konstytucja RP.

[29] Na stabilność zwrócono uwagę opisując kryteria oceny podejmowanych decyzji zgodnie z dobrem dziecka w: T. Sokołowski, *Prawo rodzinne – zarys wykładu*, wyd. 6, Poznań 2016, s. 3.

[30] Zobacz zwłaszcza w: E. Holewińska-Łapińska, *Uwagi na temat przedstawionego w „Zielonej Księdze" usytuowania prawa rodzinnego w przyszłej kodyfikacji* [w:] *Finis legis Christus. Księga Pamiątkowa dedykowana Księdzu Profesorowi Wojciechowi Góralskiemu z okazji siedemdziesiątej rocznicy urodzin*, red. J. Wroceński, J. Krajczyński, Warszawa 2009; E. Holewińska-Łapińska, *Samodzielność kodeksowa prawa rodzinnego* [w:] *Prawo cywilne – stanowienie, wykładnia i stosowanie. Księga pamiątkowa dla uczczenia setnej rocznicy urodzin Profesora Jerzego Ignatowicza*, red. M. Nazar, Lublin 2015; M. Nazar, *Problemy nowelizacji prawa rodzinnego*, „Rejent" 2005/9, s. 81–110; Z. Radwański, *Miejsce prawa rodzinnego w systemie prawa* [w:] *Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Smyczyńskiego*, red. M. Andrzejewski, L. Kociucki, M. Łączkowska, A.N. Schulz, Toruń 2008; Z. Radwański, *Kodeks cywilny a prawo regulujące zagadnienia rodziny*, „Zeszyty Naukowe Instytutu Badania Prawa Sądowego" 1983/19–20, s. 200–221; Z. Radwański, *Problemy kodyfikacji prawa cywilnego* [w:] *Rozprawy z prawa cywilnego. Księga pamiątkowa ku czci Witolda Czachórskiego*, Warszawa 1985; T. Smyczyński, *Prawo rodzinne i stosunki rodzinnoprawne* [w:] *Prawo rodzinne i opiekuńcze, System Prawa Prywatnego*, t. 11, wyd. 2, red. T. Smyczyński, Warszawa 2014.

pojawiło się w latach powojennych mając genezę ideologiczną[31], jednak od dawna teza o separacji prawa rodzinnego głoszona jest w oparciu o obserwowaną ewolucję prawa rodzinnego, w którym łatwo wskazać (narastające) odrębności w stosunku do rozwiązań klasycznych dla cywilistyki[32]. Więź k.r.o. z częścią ogólną, a także, co najmniej, z Księgą czwartą k.c. dotyczącą spadków (rodzinny charakter regulacji, silne podbudowanie etyczne przyjętych rozwiązań itp.) jest jednak oczywista.

Jednocześnie coraz istotniejszą rolę odgrywa relacja między k.r.o. a innymi, niż k.c., ustawami regulującymi funkcjonowanie rodziny należącymi do rozmaitych gałęzi prawa, zwłaszcza administracyjnego, karnego, a także finansowego i innych zwanych prawem dotyczącym rodziny (o czym poniżej). Te procesy – lekko separacyjne względem prawa cywilnego, a mocne w kierunku prawa dotyczącego rodziny – mają po części charakter obiektywny, w tym sensie, że zachodzą niezależnie od decyzji jakichkolwiek instytucji czy też woli lub poglądów poszczególnych autorów. Jeżeli jednak swoją wolę w omawianej sprawie miałby wyrazić ustawodawca, to taka formalna decyzja przesądziłaby spór na długi czas[33].

Zawarty w projekcie KR art. 6 stanowi, że w kwestiach nieuregulowanych w Kodeksie rodzinnym stosuje się odpowiednio przepisy k.c. i k.p.c., jeżeli nie są one sprzeczne z zasadami prawa rodzinnego. Jest to przepis, który kształtuje relację k.r. – k.c. na wzór relacji między Kodeksem pracy[34] a Kodeksem cywilnym (art. 300 k.p.).

Poza wskazanym przepisem, wyodrębnieniu prawa rodzinnego z cywilistyki i k.r. z k.c. przyświeca również wprowadzenie do projektu KR preambuły i dwóch pierwszych tytułów Księgi pierwszej zatytułowanej *Część ogólna*. Mają one za zadanie wzmocnienie idei separacji prawa rodzinnego poprzez strukturę dokumentu. Pod tym względem projekt KR idzie dalej niż wszystkie inne kodeksy, które nie mają uroczystych wstępów. Ten zrozumiały z punktu widzenia projektodawców socjotechniczny zabieg zrealizowano jednak w sposób nieprzekonywający, a nawet osłabiający wymowę tych wypowiedzi naukowych, które tę ideę wcześniej w pogłębiony sposób wyrażały[35]. Jak na część ogólną kodeksu jest ona bowiem lakoniczna i na tyle ogólna, że niemal powierzchowna. Zawarte w niej przepisy są w większości powtórzeniem uregulowań istniejących, a więc nie wnoszą nowych treści do polskiego prawa, co można kwestionować już chociażby ze względu na kryteria poprawnej legislacji. Jako takie raczej skłaniają do rezerwy względem idei uczynienia prawa rodzinnego osobną gałęzią prawa, a k.r. samodzielnym kodeksem. Należy zwrócić uwagę na treść *Części ogólnej* projektu:

– art. 2 (*Państwo stoi na straży praw dziecka i chroni autonomię rodziny*.) jest powtórzeniem art. 47 i 72 Konstytucji RP i uregulowań Konwencji o Prawach Dziecka (dalej KoPD)[36];

[31] P. Fiedorczyk, *Unifikacja i kodyfikacja prawa rodzinnego w Polsce (1945–1964)*, Białystok 2014, s. 649 i n.
[32] M. Andrzejewski, *Relacja rodzice i inne osoby dorosłe a dzieci w świetle nowych przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego i niektórych innych ustaw (wybrane problemy)*, „Acta Iuris Stetinensis" 2014/6, s. 371–400.
[33] Przed powstaniem projektu KR wyraziła stanowisko Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego przy Ministrze Sprawiedliwości, plasując prawo rodzinne w jednej z ksiąg swego projektu Kodeksu cywilnego – zob. Z. Radwański [red.] *Zielona księga. Optymalna wizja kodeksu cywilnego Rzeczypospolitej Polskiej*, Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego działająca przy Ministrze Sprawiedliwości, Warszawa 2005, s. 29–33.
[34] Ustawa z 26.06.1974 r. – Kodeks pracy (Dz.U. z 2019 r. poz. 1040 ze zm.) – dalej k.p.
[35] E. Holewińska-Łapińska, *Uwagi…*; E. Holewińska-Łapińska, *Samodzielność…* [w:] *Prawo…*
[36] Dz.U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526.

- art. 3 (*Ingerencja organów władzy publicznej w stosunki rodzinnoprawne może nastąpić tyko przy poszanowaniu zasady pomocniczości i zapewnieniu ochrony dobra dziecka.*) zawierający proklamację zasady dobra dziecka, można – ze względu na rangę zagadnienia – uznać za potrzebny pomimo to, że w 1997 r. uzyskała ona status konstytucyjny, jednak trudno zaakceptować odwoływanie się do niej w kilkunastu innych przepisach zarówno części ogólnej, jak i w dalszych uregulowaniach projektu KR;
- art. 4 (*W sprawach dotyczących dziecka sąd może działać z urzędu i ustanowić dla niego adwokata dziecka.)* jest rozwinięciem regulacji istniejącej w k.p.c.; możliwość ustanowienia adwokata dla dziecka jest uregulowaniem szczegółowym, dla którego właściwym miejscem jest księga poświęcona prawu formalnemu;
- art. 5 (*Nikt nie może czynić ze swego prawa użytku, jeżeli godzi to w dobro dziecka i rodziny*.) w znacznej mierze nawiązuje do treści art. 3 (*dobro dziecka*);
- art. 7 (począwszy od tego przepisu nadano poszczególnym artykułom tytuły – art. 7 nazwano: *Zasada podmiotowości dziecka*) jest powtórzeniem art. 72 Konstytucji RP oraz idei zrealizowanej przez uchwalenie KoPD;
- art. 8 (*Zasada dobra dziecka*) – jest już trzecim odniesieniem do tej zasady; trudno znaleźć racjonalne uzasadnienie dla braku sporządzenia jednego kompleksowego przepisu na jej temat, poza domysłem, że uczyniono tak, aby *Księga pierwsza*, której istnienie ma uzasadniać odseparowanie prawa rodzinnego od prawa cywilnego nie stała się jeszcze bardziej lakoniczna;
- art. 10 (*Zasada wysłuchania dziecka*) jest powtórzeniem artykułów 12 i 13 KoPD;
- art. 12 (*Zasada ochrony rodziny)* stanowi: *Organy władzy publicznej zobowiązane są wspierać rodzinę oraz zgodnie z zasadą subsydiarności umożliwić jej prawidłowe funkcjonowanie*, co jest powtórzeniem jednej z idei wyrażonych w art. 18 Konstytucji RP; autorzy nie dostrzegli, że wspomniana w przepisie zasada subsydiarności jest tym samym, co wspomniana w art. 3 projektu zasada pomocniczości …;
- art. 13 (*Zasada monogamii*) powtarza uregulowanie zawarte w art. 13 k.r.o., które na gruncie prawa międzynarodowego prywatnego ma rangę klauzuli porządku publicznego;
- art. 15 (*Zasada subsydiarności państwa*), który stanowi: *Sąd i inne organy władzy publicznej, uznając autonomię rodziny udzielają wsparcia dziecku, rodzicom i innym osobom ponoszącym taką odpowiedzialność jak rodzice oraz rodzinie na warunkach określonych w ustawie*) jest rozwinięciem treści wyrażonej w art. 12 i mógłby, co najwyżej, być w nim ustępem 2, a nie osobnym przepisem (kolejną zasadą prawa rodzinnego).

W przedstawionym brzmieniu większość przepisów *Księgi pierwszej* jest zbędna, gdyż nie wnoszą nowych treści zawierając powtórzenia. Jako takie nie wspierają one pomysłu wyodrębnienia prawa rodzinnego, lecz wzmacniają argumentację strony temu przeciwnej. Tak właśnie będą funkcjonowały w debacie naukowej o dalszych losach prawa rodzinnego…

2. Zawarcie małżeństwa przez osoby z niepełnosprawnością intelektualną

W przepisach o zawarciu małżeństwa zaproponowano jedną istotną zmianę, a mianowicie dopuszczalność zawierania małżeństw przez osoby zaburzone psychicznie lub upośledzone intelektualnie, o ile ich stan nie daje podstawy do ubezwłasnowolnienia całkowitego (art. 35 k.r.). Na temat dopuszczalności zawierania małżeństw przez osoby zaburzone psychicznie w tym także takie, które nie mogą prowadzić swoich spraw samodzielnie (a więc mogą zostać ubezwłasnowolnione), toczy się spór będący elementem szerszego zagadnienia zastąpienia ubezwłasnowolnienia[37] inną konstrukcją znaną ustawodawstwom zagranicznym, jak np. pełnomocnictwo opiekuńcze[38]. Zyskał on impuls w Konwencji ONZ o prawach osób niepełnosprawnych formułującej ideę zrównania statusu osób z niepełnosprawnościami (w tym intelektualnymi) z innymi osobami (art. 12 ust. 1 i 2). Jej uszczegółowienie dotyczące małżeństwa zawarte w art. 23, który brzmi: *Państwa Strony podejmą efektywne i odpowiednie środki w celu likwidacji dyskryminacji osób niepełnosprawnych we wszystkich sprawach dotyczących małżeństwa, rodziny, rodzicielstwa i związków, na zasadzie równości z innymi osobami, w taki sposób, aby zapewnić: (a) uznanie prawa wszystkich osób niepełnosprawnych, które są w odpowiednim do zawarcia małżeństwa wieku, do zawarcia małżeństwa i do założenia rodziny, na podstawie swobodnie wyrażonej i pełnej zgody przyszłych małżonków*. Polska złożyła zastrzeżenia do tego przepisu[39].

Proponowane w projekcie Kodeksu rodzinnego rozwiązanie prowadziłoby do uchylenia obowiązującego obecnie art. 12 k.r.o., który – według opinii nurtu progresywnego we wspomnianym sporze – dyskryminuje osoby z zaburzeniami psychicznymi oraz narusza prawo każdego do prywatności[40]. Ważkim kontekstem sporu, na który zwraca uwagę druga jego strona, jest natomiast zasada trwałości małżeństwa, wymagająca od nupturienta odpowiedniego pułapu rozwoju intelektualnego i zdrowia psychicznego. Trybunał Konstytucyjny (dalej TK) odrzucił wniosek RPO o uznanie art. 12 k.r.o. *za sprzeczny z zasadą określoności przepisów prawa wynikającą z art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, z art. 30 oraz z art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji*[41]. Uznano, że kwestionowana regulacja nie dyskryminuje wymienionej w niej grupy osób, a naruszenie prywatności tych osób jest w tym przypadku uzasadnione w świetle konstytucyjnych kryteriów. Uchylenie art. 12 k.r.o. stwarzałoby ponadto możliwość zawierania związków małżeńskich

[37] Zob. np. w: M. Zima-Parjaszewska, *Artykuł 12 Konwencji ONZ o prawach osób z niepełnosprawnościami a ubezwłasnowolnienie w Polsce* [w:] *Prawa osób z niepełnosprawnością intelektualną lub psychiczną w świetle międzynarodowych instrumentów ochrony praw człowieka*, red. D. Pudzianowska, Warszawa 2014, s. 127 i n. Kluczowy fragment nosi patetycznie brzmiący tytuł: „Konwencja – początek nowej ery". Podobnie w: M. Szreniawska, *Znaczenie ratyfikacji Konwencji o Prawach Osób Niepełnosprawnych*, „Niepełnosprawność – zagadnienia, problemy, rozwiązania" Nr III/2012(4). Por. w: B. Kmieciak, *Szaleństwo versus małżeństwo. Uwagi na tle orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego ws. względnego zakazu zawierania małżeństwa przez osoby chore psychicznie oraz upośledzone umysłowo*, „Prawo i Medycyna" 2018/1, s. 93–111.

[38] L. Kociucki, *Zdolność do czynności prawnych osób dorosłych i jej ograniczenia*, Warszawa 2010.

[39] Oświadczenie rządowe z 25.09.2012 r. w sprawie mocy obowiązującej Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych, sporządzonej w Nowym Jorku 13.12.2006 r. (Dz.U. z 2012 r. poz. 1170).

[40] Zob. wniosek RPO do TK z 12.05.2015 r., https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Wniosek_do_TK_ws._pozbawienia_osob_z_dysfunkcjami_zdrowotnymi_prawa_do_zawarcia_malzenstwa_i_zalozenia_rodziny.pdf (dostęp: 25.08.2019 r.).

[41] Wyrok TK z 22.11.2016 r., K 13/15.

przez osoby, które nie byłyby w stanie sprostać obowiązkom spoczywających na małżonkach, co byłoby sprzeczne z konstytucyjnym nakazem chronienia małżeństwa, w tym jego trwałości. W uzasadnieniu do projektu KR nie odniesiono się do debaty na temat ubezwłasnowolnienia, treści Konwencji ONZ o osobach niepełnosprawnych ani do wspomnianego orzeczenia TK na temat art. 12 k.r.o.

Treść projektowanej regulacji pozwala przypisać RPD do nurtu myślenia o małżeństwie, którego cechą jest przeszacowanie idei równości i niedyskryminacji (zdaniem TK w tym przypadku dyskryminacja jednak nie występuje), kosztem odpowiedzialnego podejścia do kształtowania takich związków. Stanowisku rzecznika, jako stymulującemu ku tworzeniu sytuacji ryzykownych, można zarzucić niespójność z eksponowanym w innym miejscu projektu KR i uzasadnieniu pojęciem *odpowiedzialności rodzicielskiej*, w którym słowa *odpowiedzialność* użyto w rozumieniu odpowiedzialnej postawy (rodzica względem dziecka). Tak rozumiana odpowiedzialność, gdyby ją stosować do małżonków (za siebie nawzajem, a następnie za potomstwo), powinna skłaniać raczej do rezerwy względem pomysłu dopuszczalności zawierania małżeństwa dla osób, które takiej postawy nie są w stanie z siebie wykrzesać[42].

3. Sytuacja prawna dziecka

3.1. Pojęcie dziecka

Sytuacja prawna dziecka, w tym zwłaszcza jego uplasowanie w rodzinie (względem rodziców), jest szczególnie istotnym zagadnieniem podjętym w projekcie KR. Kwestii tej dotyczą fragmenty preambuły, kilka przepisów części ogólnej i wiele regulacji rozmieszczonych w niemal wszystkich fragmentach jego części prawno-materialnej. Omówienie tego zagadnienia zacząć należy od sformułowanej w projekcie definicji pojęcia *dziecko*. Prezentując projekt, rzecznik stwierdził, że dziecko jest w nim pojmowane jako *każda istota ludzka od poczęcia do pełnoletności*[43]. Kilka dni po rozwiązaniu Komisji, rzecznik dokonał samodzielnie zmiany, określając dziecko jako: *każdą istotę ludzką w wieku poniżej osiemnastu lat, chyba że zgodnie z prawem odnoszącym się do dziecka uzyska ona wcześniej pełnoletność* (art. 21 pkt 3 projektu KP). Zmiana sprowadza się do odstąpienia od sformułowania zawartego w Ustawie o Rzeczniku Praw Dziecka na rzecz tego, jakie znajduje się w art. 1 Konwencji o Prawach Dziecka[44]. Różnica między treścią projektu KR a ową kon-

[42] M. Andrzejewski, *Ochrona prawa do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny w prawie polskim (wybrane problemy)* [w:] *Ius connubii – ochrona i ograniczenia w prawie międzynarodowym, polskim i kanonicznym*, red. W. Góralski, Płock 2016.

[43] RPD prezentuje nowy, oczekiwany społecznie Kodeks rodzinny, https://brpd.gov.pl/aktualnosci/rpd-prezentuje-nowy-oczekiwany-spolecznie-kodeks-rodzinny (dostęp: 20.09.2019 r.). Por. na ten temat w tekście członka Komisji: P. Jaros, *Definicja dziecka* [w:] *Konwencja*…, s. 5162. Samodzielne dokonanie przez rzecznika zmiany tak istotnego przepisu zaskakuje zwłaszcza ze względu na jednoznaczne poglądy wielu członków Komisji na potrzebę zapewnienia dzieciom nienarodzonym maksymalnej ochrony prawnej życia. Inna sprawa, że żadna z tych osób publicznie tej zmiany nie zanegowała.

[44] Autopoprawka do projektu Kodeksu rodzinnego, https://brpd.gov.pl/aktualnosci-wystapienia-generalne/autopoprawka-do-projektu-kodeksu-rodzinnego (dostęp: 20.09.2019 r.). Ostateczne brzmienie definicji dziecka przystaje do politycznej postawy M. Michalaka, jako RPO, która stała w sprzeczności z uregulowaniem prawnym pełnionej przez niego funkcji. Okazał on pasywność w obliczu nawoływania do wprowadzenia w Polsce prawa dopuszczającego dokonywanie tzw. aborcji na życzenie, a art. 2 Ustawy o RPD nakazuje rzecznikowi obronę praw dzieci od momentu poczęcia.

wencją jest jednak taka, że jej preambuła nakazuje chronić dzieci *zarówno przed*, *jak i po urodzeniu*, czego w preambule do KR nie ma.

Według informacji pozyskanych od RPD, wyłączenie z zakresu pojęcia *dziecko* dzieci poczętych, a nienarodzonych, nie miało podstaw merytorycznych, gdyż było ustępstwem wobec ataku środowisk liberalnych na wersję pierwotną projektu KR[45].

Status prawny dziecka poczętego, a nienarodzonego, został w projekcie podjęty w przepisach dotyczących ochrony tych dzieci przed negatywnymi skutkami spożywania alkoholu przez ich matki w okresie ciąży ze względu na zagrożenie syndromem FAS[46]. Odpowiedni przepis (art. 132) projektu KR brzmi: *Mając na względzie prawo dziecka do życia i ochrony zdrowia, w razie spożywania przez kobietę w ciąży alkoholu, lub używania innych substancji psychoaktywnych, sąd może zobowiązać ją do leczenia*. Projekt nie wyklucza leczenia szpitalnego, aczkolwiek go nie wymienia wśród form oddziaływania. Zagadnienie jest przedmiotem debaty[47]. Postulat przymusowego leczenia nazywają radykalnym w zasadzie wyłącznie ci, którzy nie znają specyfiki syndromu FAS. Cena, jaką płacą dotknięte nim dzieci i błaha przyczyna ich upośledzenia (innymi słowy, łatwość jego uniknięcia) skłaniają ich adwersarzy do formułowania jednoznacznych rozwiązań legislacyjnych chroniących dziecko.

3.2. „Dziecko najpierw!"

O sytuacji prawnej *nasciturusa*, chociażby przez wzgląd na jego relację z matką, a przecież również ze względu na relację z ojcem (mężem matki lub mężczyzną, który uznał swoje ojcostwo[48]), można mówić jako o sytuacji prawnej dziecka w rodzinie. Wątek ten zwykło się jednak odnosić do relacji rodziców z dzieckiem narodzonym.

Przepisy części ogólnej projektu KR, a także wiele innych jego uregulowań skłaniają do stwierdzenia, że projekt nazbyt eksponuje dziecko w stosunku do rodziny, której jest ono członkiem. Pozytywnym wyjątkiem jest nazwanie tytułu III Księgi II *Dziecko w rodzinie*. Charakterystyczne dla projektu KR jest jednak sformułowanie zawarte w preambule: *Rzeczypospolita Polska chroni dobro dziecka i dobro rodziny*. Taką kolejność – najpierw dziecko, a następnie rodzina – powtórzono w dalszych fragmentach preambuły. W wielu przepisach projektu pojawia się też odesłanie do zasady dobra dziecka – w samej tylko krótkiej *Księdze pierwszej* w art. 2, 7–11, 15, 16, 21 pkt 1, 2, 15, 16, 27. W kolejnych księgach liczne powoływania się na nią (począwszy od art. 22, a w sposób szczególnie nieumiarkowany przepisach o *odpowiedzialności rodzicielskiej*) wywołują zdziwienie, gdyż z punktu widzenia zasad techniki legislacyjnej są one zbędne, skoro dobra dziecka jest zasadą prawa

[45] Np. w: K. Grzelak, *Żenująca definicja „dziecka". Nowy kodeks rodzinny to policzek wymierzony kobietom*, https://mamadu.pl/137775,rpd-prezentuje-projekt-kodeksu-rodzinnego-kontrowersyjna-definicja-dziecka (dostęp: 13.07.2018 r.).

[46] Jeśli chodzi o ochronę nienarodzonych, to M. Michalak, jako RPD, nie był konsekwentny, gdyż wspierał je, podejmując się ich ochrony w obliczu zagrożenia syndromem FAS, wywoływanym przez spożywanie alkoholu przez kobiety w ciąży.

[47] Szerokie i wszechstronne omówienia zagadnienia w: B. Bernfeld, J. Mazurkiewicz, M. Zaporowska, Z. Zaporowska, *Czy prawo musi pozostać bezradne? Prawne aspekty przeciwdziałania poalkoholowym uszkodzeniom płodu*, Warszawa 2019.

[48] J. Haberko, *Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego a stosowanie procedur medycznych*, Warszawa 2010, zwłaszcza rozdział II: „Rodzice a dziecko poczęte", s. 111–182.

rodzinnego i musi być respektowana przy stosowaniu ogółu uregulowań k.r. (bez każdorazowego wpisywania jej do kilkudziesięciu kolejnych przepisów)[49].

Aby plastyczniej wyrazić tę krytyczną myśl, należy odwołać się do treści KoPD. W tej konwencji – mającej słowo *dziecko* w nazwie, a więc już z tej przyczyny skoncentrowanej na dziecku – jest ono opisane jako członek rodziny, dziecko swoich rodziców, ktoś, kto w rodzinie przychodzi na świat, ją współtworzy, do niej należy, uzyskuje w niej wsparcie (zwłaszcza od rodziców), a nie jako ktoś postawiony ponad, obok czy też przed rodziną[50]. W preambule KoPD napisano, że rodzina jest środowiskiem optymalnym dla rozwoju dziecka, a państwo, jeśli chce chronić dziecko (deklaruje taką wolę), powinno to czynić poprzez wzmacnianie pozycji /roli rodziców. Myśl tę wyrażono następnie wprost w kilku przepisach (art. 5, 18, a także 23, 27, 29 i in.). Właśnie w kontekście, jaki tworzy konwencja, można dostrzec, że Projekt KR eksponuje pozycję dziecka ponad uzasadnioną potrzebę, zwłaszcza z tego powodu, że – zgodnie z nazwą – ma to być kodeks rodzinny, a nie kodeks dziecka. W związku z tym, że jest to niewątpliwie efekt zamierzony, pozostaje jedynie wyznaczyć płaszczyznę ideowego sporu. Z punktu widzenie kryterium ochrony rodziny, a także mając na względzie najlepszy interes dziecka i możliwie pełną ochronę jego praw, należałoby raczej eksponować w projekcie KR dbałość o relacje rodzinne, akcentując wspólnotowość rodziny, solidarność tej grupy społecznej, szacunek dla więzów łączących jej członków i potrzebę ich wzmacniania. Projekt, stawiając dziecko ponad rodziną (jako ważniejsze od niej, bardziej zasługujące na ochronę), podnosi do rangi prawa myśl o poważnych wadach pedagogicznych.

3.3. Piecza naprzemienna

Z punktu widzenia ochrony interesów dziecka uregulowaniem równie nowoczesnym, co ryzykownym, jest dopuszczalność orzekania o sprawowaniu władzy rodzicielskiej po rozwodzie lub w ramach separacji w formie pieczy naprzemiennej[51]. Pod względem formalnym było to dopuszczalne od początku obowiązywania KRO[52] – projekt KR wypowiada to, co dotychczas można było wyinterpretować. Przez dziesięciolecia nie wnoszono jednak o ustanowienie pieczy naprzemiennej ze względu na kulturowo przypisane role kobiety-matki i mężczyzny-ojca. W obliczu cywilizacyjnych przemian, w tym zwłaszcza dotyczących sposobu pełnienia ról rodzicielskich, dochodzi ostatnimi laty do orzekania owej pieczy coraz częściej. Dzieje się tak pomimo poważnych wątpliwości odnośnie do zgodności takich rozstrzygnięć z zasadą dobra dziecka. O pieczy naprzemiennej mowa jest w projekcie KR już w słowniczku, gdzie określono ją mianem *piecza zrównoważona*,

[49] S. Wronkowska, M. Zieliński, *Komentarz do zasad techniki prawodawczej z dnia 20 czerwca 2002 r.*, Warszawa 2004, s. 31–35.

[50] Struktura komentarza do KoPD opracowanego przez zespół pod kierunkiem prof. T. Smyczyńskiego, który był współtwórcą pierwotnego (oddanego do ostatecznego zredagowania w ONZ) tekstu konwencji, zawiera wyodrębnioną część drugą pod tytułem *Prawo dziecka do rodziny*, eksponującą rodzinność tego aktu prawnego. Dopiero po niej następuje (w części trzeciej) komentarz do poszczególnych innych praw dziecka – zob. T. Smyczyński [red.] *Konwencja o Prawach Dziecka. Analiza i wykładnia*, Poznań 1999, s. 135–230.

[51] Zob. w: J. Zajączkowska, *Piecza*... [w:] *Rodzina*..., s. 175–197.

[52] M. Andrzejewski, *Piecza naprzemienna – między formalną dopuszczalnością a merytoryczną zasadnością jej orzekania* [w:] *Rodzina*…, s. 85–118.

czyli: *piecza rodziców sprawowana nad dzieckiem, określona w orzeczeniu sądu, sprawowana naprzemiennie przez każdego z rodziców w powtarzających się, ale niekoniecznie w takich samych okresach, zgodna z dobrem dziecka, uwzględniająca jego zdanie oraz prawo dziecka do wychowania przez oboje rodziców*[53]. Już samo pojawienie się tego opisu w projekcie KR nada impuls do częstszego występowania o ukształtowanie sprawowania władzy rodzicielskiej w ten właśnie sposób, a uchwalenie k.r. uczyniłoby ten bodziec jeszcze silniejszym. Zagadnienie ma bogatą literaturę, w której głosy sceptycyzmu są w mniejszości. Przewagę zyskują wypowiedzi aprobujące orzekanie pieczy naprzemiennej[54], a nawet względem tej możliwości niemal entuzjastyczne[55]. Podstawowym problemem zarówno stron procesowych, jak i sędziów, a jednocześnie ich najistotniejszym błędem jest nieuprawnione utożsamianie specyficznie pojmowanej równości rozwodzących się małżonków w ich „dostępie" do dziecka, z jego dobrem. Eksponowanie marginalnego merytorycznie wątku równości jest bowiem wspieraniem postawy egoizmu (moralnej nieodpowiedzialności) rodziców kosztem oczekiwanej od nich postawy odpowiedzialności za dziecko i jego dobro.

4. Odpowiedzialność rodzicielska

4.1. Wstęp

Najistotniejsze znaczenie dla rekonstrukcji pozycji prawnej dziecka w projekcie KR, w tym zwłaszcza jego relacji względem rodziców, jest fragment pt.: *Odpowiedzialność rodzicielska*[56] (art. od 117 do 132). Miał on najsilniej ukazywać nowe spojrzenie na relację dziecko–rodzice, istotnie odmienne w stosunku do przepisów k.r.o. Według oficjalnej enuncjacji RPD: *Celem odpowiedzialności rodzicielskiej są troska o dziecko i zaspokajanie jego potrzeb, przygotowanie do życia w rodzinie i społeczeństwie oraz wypełnianie obowiązku alimentacyjnego. Jest realizowana, w szczególności, przez wykonywanie obowiązków i praw w zakresie pieczy nad osobą i majątkiem dziecka, reprezentacji, utrzymywania relacji osobistych, ustalania pochodzenia dziecka, jego imienia i nazwiska, miejsca pobytu. Odpowiedzialność rodzicielska odnosi się odpowiednio do osób, które na mocy orzeczenia sądu ponoszą wobec dziecka taką odpowiedzialność jak rodzice. Projekt Kodeksu rodzinnego reguluje również odpowiedzialność rodziców dziecka pozostających w konkubinacie*[57].

[53] Obok niego projekt przewiduje pieczę konsensualną. Jest to orzekana w sprawach o rozwód i separację piecza *rodziców sprawowana nad dzieckiem, oparta na porozumieniu między nimi, zgodna z dobrem dziecka, uwzględniająca jego zdanie oraz prawo dziecka do wychowania przez oboje rodziców*.

[54] Np. w: M. Kujawa, K. Jezierski, *Wspólne rodzicielstwo po rozwodzie – psychologiczne aspekty opieki naprzemiennej* [w:] *Standardy opiniowania psychologicznego w sprawach rodzinnych i opiekuńczych*, red. A. Czerederecka, Kraków 2016, s. 263–276.

[55] Np. w: R.E. Emery, *Dwa domy, jedno dzieciństwo. Jak wychowywać dziecko po rozwodzie*, Poznań 2018. Zob. też obszerną literaturę anglojęzyczną w opracowaniach tworzących tom: A. Czerederecka [red.] *Rodzina…*

[56] Teoretyczne podstawy koncepcji zawiera książka członka zespołu powołanego przez RPD: P. Jaros, *Prawo dziecka do rodziców (odpowiedzialności rodzicielskiej) w kontekście polskich zobowiązań międzynarodowych*, Warszawa 2015, zwłaszcza s. 116–231.

[57] RPD o nowym kodeksie rodzinnym, którego oczekuje społeczeństwo, „Rzeczpospolita" z 13.07.2018 r., https://www.rp.pl/Rodzina/307139964-RPD-o-nowym-kodeksie-rodzinnym-ktorego-oczekuje-spoleczenstwo.html (dostęp: 22.09.2019 r.). Należy nadmienić, że – wbrew tytułowi wypowiedzi rzecznika – nie ma żadnych badań na temat oczekiwań społecznych w tym zakresie…

Zdaniem projektodawców pojęcie *odpowiedzialność rodzicielska* lepiej oddaje istotę relacji rodzice–dzieci od dotychczasowego pojęcia *władza rodzicielska* i odzwierciedla pożądany kierunek kształtowania postawy rodziców, który powinien prowadzić ku odpowiedzialnemu realizowaniu rodzicielskich powinności względem dziecka.

Na tym tle wyłaniają się dwie kwestie:

1) terminologiczna – sprowadzająca się do oceny pomysłu zastąpienia w polskim prawie określenie *władza rodzicielska* pojęciem *odpowiedzialność rodzicielska* oraz
2) merytoryczna – skłaniająca do oceny zasadności zmiany obowiązujących przepisów k.r.o. o władzy rodzicielskiej. Ocenę zasadności owej zmiany można sformułować na podstawie rekonstrukcji z przepisów k.r.o. zawartego w nich modelu zachowań rodziców względem dziecka, w szczególności zaś tego, czy stymulują one rodziców do odpowiedzialnego (w sensie etycznym) traktowania dzieci czy też nie.

4.2. Władza, odpowiedzialność czy piecza?

Postulat o zastąpienie pojęcia *władza rodzicielska* określeniem *odpowiedzialność rodzicielska* oparty jest na pojmowaniu odpowiedzialności na gruncie filozofii personalistycznej[58] i pedagogiki[59]. Jak napisano w uzasadnieniu: *Odpowiedzialność ma wymiar podmiotowy 'za kogoś', 'za coś', 'przed kimś za coś' i 'przed samym sobą za coś'*. Kiedy katolicki kapłan, filozof i teolog pisał książkę pt. *Miłość i odpowiedzialność*, chodziło mu o odpowiedzialność pojmowaną jako postawa życiowa kogoś, kto darząc miłością nie zawiedzie, będzie wsparciem, nie ulegnie pokusie egoizmu, nie będzie – trawestując *Hymn o miłości* z Listu Św. Pawła do Koryntian[60] – szukał swego, będzie natomiast cierpliwy, łaskawy itd. Słowo *odpowiedzialność* ma w tym przekazie walor afirmatywny, a człowiek odpowiedzialny to ktoś, kto może być dla innych wzorem. Takie ujęcie abstrahuje od tradycji posługiwania się pojęciem „odpowiedzialność" na gruncie języka prawnego i prawniczego, gdzie osobą odpowiedzialną to ten, kto ponosi odpowiedzialność za taki, czy inny czyn (wyrządzenie szkody, popełnienie przestępstwa, niewykonanie zobowiązania, wykroczenie). Z tego powodu dotkną go zasłużone, negatywne konsekwencje (sankcje). Nie musi to oznaczać, że jest to człowiek nieodpowiedzialny, czyli ktoś, kto tak postępuje notorycznie. Jednak na gruncie języka prawniczego (także cywilistycznego, a w tym używanego w prawie rodzinnym) ma ono konotacje mniej lub bardziej negatywne jako naganne zachowanie albo jako sankcja zmierzająca do oddaniu sprawiedliwości społeczeństwu, osobie pokrzywdzonej, ofierze przestępstwa, osobie, która doznała szkody. W tym kontekście wprowadzenie pojęcia *odpowiedzialność rodzicielska* – wbrew intencjom projektodawców – stawiałoby rodziców w negatywnym świetle, jako tych, którzy ponoszą z tytułu rodzicielstwa odpowiedzialność.

[58] K. Wojtyła, *Miłość i odpowiedzialność*, Lublin 2001.
[59] Np. w: S.L. Stadniczeńko, P. Zamelski, *Pedagogika prawa. Vade mecum! Pójdź ze mną*, Warszawa 2016, s. 96–110; M. Budajczak, *Prawa dziecka a wolność i odpowiedzialność* [w:] *Prawa dziecka. Konteksty prawne i pedagogiczne*, red. M. Andrzejewski, Poznań 2012, s. 107–116.
[60] Pierwszy list Św. Pawła Apostoła do Koryntian (rozdział 13).

Pojęcie *władza rodzicielska* była przedmiotem analiz naukowych[61]. Za pozostawieniem go w k.r.o. przesądziło powszechne zrozumienie w społeczeństwie, które nie dostrzega w zawartym w nim słowie *władza* przyzwolenia na agresję w stosunku do dziecka[62]. Powoływany jest też pogląd, że o charakterze stosunku prawnego, w tym przypadku łączącego rodziców z dziećmi, decyduje jego treść, a nie nazwa[63]. Należy jednak przyznać, że słowo *władza* nie ma gorących zwolenników wśród opowiadających się za utrzymaniem dotychczasowej terminologii. Bardziej kierują się oni rezerwą względem słowa *odpowiedzialność*, niż aplauzem dla słowa *władza*. W tym kontekście pojawia się pole do poszukiwania kompromisu w postaci sugestii wprowadzenia do k.r.o. terminu *piecza rodzicielska*[64], który lepiej niż *władza* oddaje istotę relacji rodzice–dzieci, a nie budzi oporów podobnych do tych, jakie wiążą się z postulowanym w Kodeksie rodzinnym pojęciem *odpowiedzialność*. Jest to propozycja godna poparcia.

4.3. O odpowiedzialności rodziców za los ich dzieci w świetle przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego

Przeprowadzenie zmian w kierunku zaproponowanym w projekcie KR byłoby uzasadnione, gdyby przepisy k.r.o. o władzy rodzicielskiej nie stymulowały rodziców do sprawowania jej w sposób odpowiedzialny za rozwój ich dziecka, w szczególności zaś, gdyby sprzyjały zachowaniom nieodpowiedzialnym. Tak jednak nie jest[65]. Przepisy k.r.o. o władzy rodzicielskiej są rozwinięciem konstytucyjnej zasady prymatu rodziców w wychowywaniu dzieci (art. 48 ust. 1 Konstytucji RP), rozumianego głównie jako pierwszeństwo względem oddziaływania państwa, co jest ujęciem spójnym z konstytucyjną zasadą pomocniczej roli państwa względem rodziny[66]. Sprawowanie władzy rodzicielskiej, które zakłada wzajemny szacunek i wspieranie się rodziców i dzieci (art. 87 k.r.o.) oparte jest na dialogu między nimi, którego minimalny pułap określono normatywnie stanowiąc, że dziecko w sprawach, w których *może samodzielnie podejmować decyzje i składać oświadczenia woli, powinno wysłuchać opinii i zaleceń rodziców formułowanych dla jego dobra* (art. 95 § 2 k.r.o.), a rodzice, zanim powezmą decyzję *w ważniejszych sprawach dotyczących osoby lub majątku dziecka* mają obowiązek wysłuchać dziecko oraz uwzględnić w miarę możliwości jego rozsądne życzenia, *jeżeli rozwój umysłowy, stan zdrowia i stopień dojrzałości dziecka na to pozwala* (…) (art. 95 § 4 k.r.o.). Dialog w sprawach istotnych dotyczy w praktyce dzieci kilkunastoletnich, jednak nie miałby on szans zaistnieć, gdyby rodzice nie

[61] Np. T. Sokołowski, *Władza rodzicielska nad dorastającym dzieckiem*, Poznań 1987, s. 54–57; T. Smyczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, wyd. 9, Warszawa 2018, s. 253–256. Zob. też w: P. Jaros, *Prawo*…, s. 102–116; W. Stojanowska, *Rekomendacji Nr 84(4)*…, s. 217–233.

[62] Np. w: M. Nazar, *Prawo rodzinne w dorobku naukowym i orzeczniczym Profesora Jerzego Ignatowicza*, Lublin 2013, s. 112–113.

[63] J. Strzebinczyk, *Władza rodzicielska* [w:] red. T. Smyczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, t. 12, wyd. 2, *System Prawa Prywatnego*, red. Z. Radwański, Warszawa 2011, s. 241–143.

[64] J. Strzebinczyk, *Władza*… [w:] *Prawo*…, t. 12, s. 241–143.

[65] M. Andrzejewski, *Wychowywanie dzieci w świetle przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego (zarys problematyki)* [w:] *Pedagogika rodziny. Podejście systemowe*, t. 3, *Wychowanie do rodziny*, red. M. Marczewski, Gdańsk 2018, s. 225–242.

[66] Na temat zasady pomocniczości (subsydiarności) zob. m.in. w: A. Dylus, *Zasada pomocniczości a integracja Europy*, „Państwo i Prawo" 1995/5, s. 52–61; C. Millon-Delsol, *Zasada pomocniczości*, Kraków 1995; Z. Zgud, *Zasada subsydiarności w prawie europejskim*, Kraków 1999; K. Stopka, *Zasada pomocniczości w prawie pomocy społecznej*, Warszawa 2009; E. Popławska, *Zasada pomocniczości jako zasada konstytucyjna Rzeczypospolitej Polskiej oraz Unii Europejskiej* [w:] *Europeizacja prawa krajowego*, red. C. Mik, Toruń 2000, s. 49–84.

okazywali dziecku troski i szacunku od lat najmłodszych (art. 87 k.r.o.). Minimalnym wymogiem, aby móc mówić o okazywaniu szacunku i dialogu jest wykluczenie agresji. Dlatego rodzice – podobnie jak osoby pełniące funkcję opiekuna, rodziny zastępczej, wychowawcy – nie mogą w stosunku do małoletnich dzieci stosować kar cielesnych (art. 96^1 k.r.o.)[67]. Kodeks nie poprzestaje na zakazie agresji, lecz wskazuje w sposób pozytywny kierunki oddziaływania wychowawczego rodziców i kryteria oceny tych poczynań. Decyzja rodzica dotycząca dziecka jest sprawowaniem władzy rodzicielskiej jedynie wówczas, gdy służy jego dobru (art. 95 § 3 k.r.o.) i jest wyrazem poszanowania jego praw i godności (art. 95 § 1 k.r.o.). Rodzice mają bowiem obowiązek *troszczyć się o fizyczny i duchowy rozwój dziecka i przygotować je należycie do pracy dla dobra społeczeństwa odpowiednio do jego uzdolnień* (art. 96 k.r.o.).

Przytoczone regulacje stanowią kontekst dla właściwego zrozumienia normy nakazującej dziecku posłuszeństwo względem rodziców. Powinno ono być, i w typowych przypadkach jest, naturalną postawą dzieci. Zestawienie słów *władza* (rodzicielska) i *posłuszeństwo* (dziecka) może jednak nasuwać wątpliwość, czy nie stanowi to przyzwolenia na dowolne korzystanie w owej „władczości". Kodeks tę wątpliwość rozwiewa, traktując nadużywanie władzy rodzicielskiej jako przesłankę obligatoryjnego jej pozbawienia (art. 111 § 1 k.r.o.). Nadużywanie prawa nie jest wszak jego wykonywaniem. Jeżeli według k.r.o. dziecko winno rodzicom posłuszeństwo, to jedynie w stosunku do poleceń będących realizacją przez rodziców ich władzy rodzicielskiej, czyli służących jego dobru, będących wyrazem szacunku dla niego itp.[68]

W podsumowaniu należy stwierdzić, że rekonstrukcja pozycji prawnej rodziców na podstawie treści ogółu przepisów k.r.o. o władzy rodzicielskiej prowadzi do wniosku, że nie chodzi w nich o sprawowanie władzy, rozumianej jako moc rządzenia, lecz o zachowania nacechowane troską o dziecko, wynikające z postawy służebnej względem niego.

Uchwalony przed ponad półwieczem Kodeks rodzinny i opiekuńczy nie był znacząco zmieniany, jeśli chodzi przepisy o władzy rodzicielskiej. Wyrażono je bowiem – co może zaskakiwać, jeśli zważyć okres polityczny, kiedy go uchwalono – w sposób niezideologizowany[69]. Ogólne sformułowania przepisów pozostawiono do konkretyzacji sądom w ramach rozpatrywanych spraw. Przystają one do standardów, jakie wyznacza filozoficzny personalizm, wymagając od rodziców postawy odpowiedzialności za kształtowanie losu swoich dzieci. Przepisy projektu KR nie zawierają rozwiązań, jakie pod tym względem plasowałyby poziom rodzicielskiej odpowiedzialności na wyższy poziom niż ustalony w k.r.

4.4. Przepisy projektu Kodeksu rodzinnego o odpowiedzialności rodzicielskiej – uwagi szczegółowe

Poniżej wskazano na kilka przykładów spośród wielu szczegółowych rozwiązań dotyczących uregulowania odpowiedzialności rodzicielskiej, zawartych w k.r., które budzą wątpliwości.

[67] Ewentualne agresywne zachowania dziecka względem rodziców lub rodzeństwa mogą spotkać się z reakcją sądu rodzinnego na podstawie Ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich.
[68] M. Andrzejewski, *Wychowywanie*… [w:] *Pedagogika*…, t. 3, s. 232–234.
[69] P. Fiedorczyk, *Unifikacja*…, s. 741; T. Smyczyński, *Kierunki reformy kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego" 1999/2, s. 299.

a) Przedmiotowym zakresem odpowiedzialności rodzicielskiej objęto: pieczę nad osobą, pieczę nad majątkiem i reprezentację dziecka, a także – i to jest zaskakujące – ustalania pochodzenia dziecka i wypełnianie obowiązku alimentacyjnego. Odpowiedzialność rodzicielska powinna być raczej pochodną ustalenia owego pochodzenia, a nie powinno ono wchodzić w zakres odpowiedzialności. Z kolei obowiązek alimentacyjny, który wszak dotyczy obecnie rodziców niesprawujących władzy rodzicielskiej, powinien dotyczyć również rodziców, których nie obejmowałaby odpowiedzialność rodzicielska.
b) W dziale pt. *Wykonywanie obowiązków i praw rodzicielskich* (art. 117 projektu KR i n.) skoncentrowano uwagę wyłącznie na pieczy nad osobą dziecka, gdy tymczasem oczywistym wykonywaniem obowiązków i praw wynikających z odpowiedzialności rodzicielskiej jest – pominięty tam – zarząd majątkiem dziecka.
c) *Odpowiedzialność rodzicielska* odnosi się nie tylko do rodziców, lecz także innych podmiotów, które jednak nie zostały w projekcie KR jednoznacznie określone.
d) W art. 130 § 1 projektu KR przyznano dziecku kompetencję do występowania o pozbawienie, zawieszenie i ograniczenie odpowiedzialności rodzicielskiej jego rodzicom. Jest to zły pomysł. Dziecko nie powinno mieć uprawnienia do samodzielnego występowania w sprawach sądowych, sprowadzających się do oceny postępowania rodziców, w tym nakładania na nich sankcji. Nieroztropne skorzystanie z takiego uprawnienia (emocje mogą do tego skłonić, a także manipulatorskie poczynania ludzi złej woli) może przynieść dziecku i rodzinie niepowetowane straty. Na gruncie obowiązujących przepisów, dziecko może zwrócić się wszak do organizacji pozarządowej, prokuratora, do psychologa szkolnego, RPD oraz innych osób i instytucji, którym przysługują prawne narzędzia ochrony dziecka przed przemocą, a także reprezentowania w postępowaniach, które dziecka dotyczą. Ponadto, w trakcie postępowania sądowego może być ono wysłuchane lub poddane badaniu przez biegłego psychologa[70].

4.5. Inne kwestie materialnoprawne

Odnośnie do pozostałych zagadnień z zakresu problematyki prawna materialnego, projekt zawiera przepisy dotyczące w zasadzie tych samych kwestii, jakie uregulowane są obecnie w k.r.o. Tym, co w istotny sposób odróżnia projekt KR od Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego są – omówione wyżej – preambuła i część ogólna.

Zaskakuje jednak przyjęta w projekcie kolejność uregulowań. Dotyczy to zwłaszcza umiejscowienia przepisów o adopcji i o przysposobieniu przed uregulowaniami o odpowiedzialności rodzicielskiej. Piecza zastępcza jest formą zastępującą sprawowanie pieczy przez rodziców (stąd nazwa), dlatego usytuowanie jej w k.r.o. jest trafne, gdyż wskazuje na funkcjonalne powiązanie z władzą rodzicielską, której

[70] Zob. na temat sytuacji prawnej małoletniego w postępowaniu nieprocesowym wyważone stanowisko zaprezentowane w: A. Kallaus, *Udział osoby małoletniej w postępowaniu opiekuńczym*, Poznań 2015, s. 82–140; J. Bodio, *Status dziecka jako uczestnika postępowania nieprocesowego*, Warszawa 2019, s. 424–426.

rodzice w danym okresie nie są w stanie osobiście sprawować, jednak – jeżeli przyczyna umieszczenia dziecka poza rodziną odpadnie – dziecko do rodziców ma powrócić (zasada reintegracji rodziny)[71]. Uplasowanie pieczy zastępczej w projekcie KR (przed przepisami o odpowiedzialności rodzicielskiej) sugeruje (błędnie) jej autonomiczny, niezależny od relacji rodzice–dziecko byt.

Odnośnie do adopcji, umieszczenie dotyczących tej instytucji regulacji przed przepisami o odpowiedzialności rodzicielskiej dziwi z tej przyczyny, że najpierw zwykło się regulować sytuacje typowe, a w dalszej kolejności szczególne.

Podobne wątpliwości wzbudza umiejscowienie przepisów o prawach i obowiązkach małżonków (art. 157–167 projektu KR) po uregulowaniach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, przysposobienia i pieczy zastępczej, filiacji, kontaktów z dzieckiem i innych. Trudno znaleźć uzasadnienie dla takiej kolejności, zwłaszcza jeżeli ją porównać z kolejnością zagadnień podejmowanych w k.r.o., w którym prawa i obowiązki małżonków uregulowano bezpośrednio po przepisać dotyczących zawarcia małżeństwa.

W przepisach dotyczących filiacji zwraca uwagę przepis określający za niedopuszczalne zawieranie umów o zastępcze macierzyństwo (art. 42), co należy przyjąć z aprobatą. Jest to uregulowanie odpowiadające przeważającemu konserwatywnemu stanowisku doktryny[72], które z przyczyn etycznych sprzeciwia się dominującej w wielu krach praktyce swobody zawierania takich umów.

Na przychylność zasługuje dostrzeżenie w przepisach o adopcji interesu dziecka osób, które zamierzają przysposobić dziecko. Ten ewentualny jego brat lub siostra musiałby zostać przez sąd wysłuchany w celu zapoznania się z jego postrzeganiem idei przysposobienia, jaką żywią jego rodzice (art. 90 projektu KR).

W przepisach dotyczących alimentacji, powtórzono w art. 227 projektu KR treść art. 128 k.r.o. pomimo to, że jego budowa błędnie sugeruje, iż jest to definicja legalna tego obowiązku, a w rzeczywistości owa treść odnosi się jedynie do przedmiotu świadczenia. Zbędny jest art. 129 projektu KR stanowiący o tym, że ingerencja sądu w sferę odpowiedzialności rodzicielskiej nie zwalnia rodzica z alimentowania dziecka. Jest to norma oczywista, której nigdy nie kwestionowano. Podobnie jest z art. 229 (również zbędnym), albowiem wyraża on normę (niedziedziczność alimentacji), dla której wystarczające podstawy istnieją w prawie spadkowym.

W art. 246, którego idea odpowiada treści art. 144^1 k.r.o., trafnie wskazano na możliwość uchylenia się od opłat za pobyt w domu pomocy społecznej, nakładanych na osoby bliskie pensjonariuszowi pomimo istnienia orzeczenia sądu o oddalenia względem nich roszczenia o alimenty, z którym wystąpił ów mieszkaniec placówki. Dotychczasowa praktyka stosowania art. 64a Ustawy o pomocy społecznej sprowadza się do wydawania not, nakazujących ponoszenie odpłatności w takiej sytuacji[73].

[71] M. Andrzejewski, *Piecza zastępcza* [w:] *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, t. 12, *System Prawa Prywatnego*, red. T. Smyczyński, wyd. 2, Warszawa 2012, s. 427–444.

[72] J. Gajda, R. Łukasiewicz, Umowy o zastępcze macierzyństwo a przysposobienie: zarys problematyki [w:] *Fundamentalne*…, s. 457–471 i podana tam literatura.

[73] M. Gołowkin-Hudała, *„Z rodziną najlepiej..." (Krytycznie o art. 64a ustawy o pomocy społecznej) – wypowiedź na Międzynarodowej Konferencji Naukowej: „Prawna ochrona dziecka – deklaracje a rzeczywistość. Dobro dziecka pojemne jak krzywda"*, Wrocław, 25.11.2016 r. Zob. też: Odpowiedź sekretarza stanu w Ministerstwie Pracy i Polityki Społecznej – z upoważnienia ministra – na interpelację nr 23513 w sprawie art. 64 ustawy o pomocy społecznej, http://orka2.sejm.gov.pl/IZ6.nsf/main/345288BB.

Aprobata dla tej regulacji projektu nie może być jednak pełna, albowiem podjęte w niej zagadnienie powinno zostać unormowane w drodze dostosowania Ustawy o pomocy społecznej do prawa rodzinnego, a nie prawa rodzinnego do tejże ustawy.

4.6. Czego w projekcie KR zabrakło?

Projekt KR skłania do refleksji nie tylko o tym, co zawiera, ale również na temat wielu kwestii w nim pominiętych, mniejsza o to, czy intencjonalnie czy też przez niedopatrzenie. Chodzi o zagadnienia dotychczas nieuregulowane pomimo wyrażanych w tym względzie postulatów, jak i o unormowania istniejące (zwłaszcza w k.r.o.), które według poglądów doktryny wymagają zmian.

Wbrew deklaracji o nowoczesności projektu KR brakuje w nim odniesienia do kwestii zmiany płci.

Nie ma w projekcie KR nawiązania do debaty wokół art. 75^1 k.r.o. dotyczącego uznania ojcostwa w przypadku zastosowania procedury medycznie wspomaganej prokreacji[74].

Pominięto wnioski z szerokiej dyskusji na temat wielu problemów małżeńskiego prawa majątkowego takich jak np. przynależność udziałów w spółkach osobowych, przynależność praw wynikających z uczestnictwa w spółkach kapitałowych, przynależność przedmiotu nabytego przez jednego z małżonków za środki mieszane, czy treści art. 37 k.r.o.[75] Nie rozwinięto lakonicznych przepisów dotyczących ustroju rozdzielności majątkowej z wyrównaniem dorobków[76].

Nie skorzystano z okazji, aby systemowo uregulować instytucję przysposobienia, a co najmniej uporządkować przepisy, chociażby w ten sposób, żeby wyodrębnić przepisy wspólne dla wszystkich rodzajów adopcji, a następnie umieścić rozwiązania dotyczące poszczególnych form adopcji krajowej, a na końcu – adopcji zagranicznej.

W art. 86 utrzymano niedawno zmodyfikowaną instytucję tzw. przysposobienia ze wskazaniem pomimo to, że jej konstrukcja wywołała wiele wątpliwości w doktrynie[77].

W art. 371 projektu KR nie rozstrzygnięto występującego w praktyce problemu, czy dziecko, które nie ukończyło 13. roku życia jest uczestnikiem postępowania w sprawie o przysposobienie.

Nie wprowadzono instytucji upełnoletnienia małoletniej kobiety w ciąży, jeśli swoją postawą na to zasługuje, co umożliwiałoby jej sprawowanie władzy rodzicielskiej nad dzieckiem, bez konieczności zawierania związku małżeńskiego. Rozwiązanie takie współgrałoby z intencją wspierania postaw odpowiedzialnych (za siebie i innych) członków rodziny, a więc postaw bliskich nakazom etycznym wypływającym z filozofii personalistycznej, do której nawiązano w uzasadnieniu projektu.

Debata na temat zapewnienia rodzinie należytej ochrony prawnej nie może ograniczać się wyłącznie do materii uregulowanej w k.r.o. czy też tej zawartej

[74] J. Haberko, *Ustawa o leczeniu niepłodności. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 408–418; A. Wojcieszak, *Zabieg medycznie wspomaganej prokreacji a ustalenie ojcostwa*, „Medyczna Wokanda" 2016/8, s. 205–215.

[75] Kwestii tej dotyczy kilka artykułów zawartych w: Z. Kuniewicz, K. Malinowska-Woźniak [red.] *Status prawny małżonków w spółkach cywilnych i handlowych*, Warszawa 2016.

[76] B. Bugajski, *Rozdzielność majątkowa z wyrównaniem dorobków*, Warszawa 2019.

[77] R. Łukasiewicz, *Dobro dziecka a interesy innych podmiotów w polskiej regulacji prawnej przysposobienia*, Warszawa 2019.

w projekcie KR. Należy ją prowadzić, otwierając się na obszar wyznaczony pojęciem *prawo dotyczące rodziny* rozumiany jako zbiór przepisów stworzonych do realizacji funkcji ochrony rodziny, a rozproszonych w wielu aktach prawnych[78] takich jak np. ustawodawstwo socjalne, ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej, o pomocy uprawnionym do alimentów, prawo prywatne międzynarodowe, o planowaniu rodziny, ochronie płodu i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży, o wychowaniu w trzeźwości, Kodeks karny, kodeksy prawa formalnego i wiele innych. W projekcie KR nie dostrzeżono tego zagadnienia. Brakuje w nim uregulowania dotyczącego relacji między k.r. a tymi ustawami, w których zostałby wyrażony nakaz tworzenia i stosowania ich w sposób spójny formalnie, funkcjonalnie i prakseologicznie z odpowiadającymi im regulacjami kodeksowymi. Z punktu widzenia budowania systemu prawa w sposób spójny, by następnie tworzące go regulacje były spójnie stosowane przez sądy i organy administracji, a nade wszystko mając na uwadze ochronę rodziny, jest to zagadnienie ważniejsze teoretycznie i praktycznie od kwestii relacji między k.r. a k.c., którą w projekcie dostrzeżono i uregulowano w art. 6.

IV. PROCEDURA RODZINNA

1. Połączenie uregulowań prawa materialnego i prawa formalnego

W projekcie KR i uzasadnieniu nawiązano do oczywistej idei, by problematyka rodzinna rozpatrywana była w ramach procedur odpowiadających specyfice rodzinnych sporów prawnych. Owa specyfika powinna być odzwierciedlona w wyeksponowaniu zasady koncyliacyjności (zwłaszcza w odniesieniu do spraw dotyczących relacji osobistych) kosztem kontradyktoryjności, która z kolei powinna pozostać zasadą postępowań dotyczących zagadnień majątkowych. Najważniejszym przejawem realizacji tej idei jest – zdaniem projektodawców – propozycja uregulowania w k.r. zagadnień prawa materialnego wraz z przepisami proceduralnymi. W uzasadnieniu wskazano bowiem, że taka struktura dokumentu posłużyć ma prawidłowemu stosowaniu nowo powstałych przepisów, a także przyczynić się do realizacji postulatu spójności prawa. Jest to szczytny motyw, jednak nie ma przekonujących argumentów, że da się go zrealizować w taki właśnie sposób. Nie ma dowodów na to (w szczególności w postaci szczególnie dobrych efektów takiego działania w praktyce polskiego czy obcego prawa), że połączenie w jednej ustawie unormowań materialnoprawnych oraz formalnoprawnych samo przez się nie zapewni ich spójności zarówno w trakcie tworzenia prawa, jak i w jego stosowaniu[79]. Podobnie

[78] Z. Ziembiński, *Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych*, Warszawa–Poznań 1982, s. 126. Zob. też Z. Radwański, *Kodeks cywilny a prawo regulujące zagadnienia rodziny*, „Zeszyty Naukowe Instytutu Badania Prawa Sądowego" 1983/19–20, s. 200–221; M. Andrzejewski, *Ochrona praw dziecka w rodzinie dysfunkcyjnej (dziecko – rodzina – państwo)*, Kraków 2003, s. 51–63; M. Andrzejewski, *Prawo cywilne – prawo rodzinne – prawo dotyczące rodziny (refleksje w czasie, gdy osłabł impet prac nad kodyfikacją prawa cywilnego)* [w:] *Meandry prawa – teoria i praktyka. Księga jubileuszowa prof. zw. dra hab. Mieczysława Goettela*, red. E.W. Pływaczewski, J. Bryk, Szczytno 2017, s. 21–36; J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne*, wyd. 5, Warszawa 2016, s. 63 i n.; M. Nazar, *Problemy nowelizacji prawa rodzinnego*, „Rejent" 2005/9, s. 87–91; P. Telusiewicz, *Służebna rola zwrotu 'rodzinny' w przepisach prawa polskiego*, Lublin 2013.

[79] Gdyby w taki sposób można było osiągnąć efekt większej spójności, to zapewne podjętoby wcześnie podobne rozwiązania. Przykładem może być prawo karne, którego przepisy prawno-materialne zawiera Kodeks karny,

jak uregulowanie problematyki materialnoprawnej i formalnoprawnej w osobnych aktach prawnych nie jest samo przez się źródłem niespójności między nimi. O spójność między prawem materialnym a procedurą należy czynić starania, jednak nie ma dowodów na to, że nie da się osiągnąć zadowalających efektów modyfikując przepisy dotyczące postępowań rodzinnych, uregulowanych w odpowiednio sprofilowanych unormowaniach Kodeksie postępowania cywilnego. Należy podkreślić, że kodeks ten ewoluuje w stronę większego respektowania specyfiki spraw rodzinnych. Wskazać należy zwłaszcza na przepisy o mediacji, czy instytucją mającą u podłoża ideę koncyliacji jest też porozumienie rodzicielskie zawierane w trakcie postępowania o rozwód lub separację.

Poza tradycją niełączenia w jednym akcie prawnym problematyki prawnomaterialnej z procesową, są również inne przeciwwskazania dla tworzenia aktów prawnych o tak złożonej strukturze. Pierwszym jest nadmierna objętość k.r. wpisująca się w tezę o jurydyzacji polskiego społeczeństwa czy też o spacyfikowaniu go prawem, które to określenia – choć brzmią publicystycznie – padają w wypowiedziach poważnych naukowców szukających semantycznych sposobów na oddania zła takiej sytuacji. Nadmiar unormowań osłabia pożądaną komunikatywność prawa, co powoduje dezorientację obywateli, a to szczególnie trudno zaakceptować w akcie prawnym dotyczącym spraw będących powszechnym doświadczeniem szerokich kręgów społeczeństwa.

2. Sądy rodzinne

W kontekście rozbudowanej struktury Kodeksu rodzinnego zaskakuje lakoniczność zawartych w projekcie unormowań dotyczących kwestii sądownictwa rodzinnego, którego rangę należałoby znacząco podnieść. Uzasadnienie projektu jest na ten temat dość szerokie, mocne i trafne. Fragmenty, które dotyczą części proceduralnej projektu k.r., w tym zwłaszcza krytyka sądownictwa rodzinnego, są przekonujące. W preambule (a także w art. 18 i 19 k.r.) wskazano wysoką jego rangę. Sprawozdawczo rzecz biorąc jest to jednak raczej postulat niż opis rzeczywistości. Ten segment sądownictwa trwa w kryzysie i wymaga reformy.

W art. 17 wyrażono zasadę koncyliacyjnego rozwiązywania rodzinnych problemów prawnych, która na gruncie zasad prawa rodzinnego dotychczas zgłaszana była jedynie w doktrynie. Przepisy wprowadzające k.r., których jednak nie przygotowano, powinny zawierać propozycję zmian w Ustawie o ustroju sądów powszechnych. Istotną tezą wyartykułowaną w uzasadnieniu jest postrzeganie sądu rodzinnego powołanego nie tyle do rozstrzygania sporów rodzinnych, ile raczej do pomocy w podejmowania prób rozwiązywania problemów rodzinnych.

3. Inne kwestie proceduralne

Na życzliwe zainteresowanie zasługuje idea ochrony dziecka w postępowaniach, które go (pośrednio czy bezpośrednio) dotyczą. Zagadnieniu temu poświęcona

proceduralne – Kodeks postępowania karnego, a wykonawcze – Kodeks karny wykonawczy. Zachowano ich odrębność pomimo to, że dla osiągnięcia efektu spójności pracowano nad nimi równolegle i tego samego dnia uchwalono. Podobnie jest z prawem cywilnym: jego materialno-prawne uregulowania zawiera Kodeks cywilny, a formalne uchwalony w tym samym 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego.

jest Konwencja o wykonywaniu praw dziecka, ewolucję przeszły przepisy k.p.c. Odnośnie do kwestii szczegółowych, można zgłosić jednak wątpliwości dotyczące instytucji *adwokata dziecka* począwszy od samej nazwy, która brzmi antagonizująco i dlatego lepszym określeniem jest *pełnomocnik*. Wyżej wskazano również na niezasadność wyposażenia dziecka w kompetencję do występowania o pozbawienie, zawieszenie i ograniczenie odpowiedzialności rodzicielskiej. W bardziej szczegółowy sposób niż w k.p.c. uregulowano w art. 299 i 300 projektu KR ważną proceduralnie instytucję wysłuchania dziecka, którego prawa proceduralne mogą być dzięki temu realizowane możliwie niskim kosztem psychicznym.

Za cenne i godne poparcia uznać należy przepisy proceduralne dotyczące ochrony dziecka poczętego, a nienarodzonego zagrożonego spożywaniem przez jego matkę alkoholu lub zażywaniem innych środków psychoaktywnych (art. 402–413 projektu KR).

Natomiast wśród przepisów wykonawczych (art. 479 i n. projektu KR) na uwagę zasługują uregulowania dotyczące relacji sądu rodzinnego ze środowiskowymi instytucjami wspierającymi rodzinę.

V. WARSZTAT LEGISLACYJNY I KONSEKWENCJE JEGO SŁABOŚCI

1. Skoro RPD przedłożył dokument będący projektem aktu prawnego, to odnieść się należy nie tylko do jego warstwy merytorycznej, lecz również do tego, co zwykło się określać jako warsztat legislacyjny. Jest to w odniesieniu do projektu KR tym bardziej uzasadnione, że wiele spośród technicznych uchybień ma istotne konsekwencje dla rozwiązań merytorycznych. Na wiele warsztatowych wad projektu wskazano już wyżej przy okazji omawiania rozmaitych zagadnień merytorycznych, w tym np. na powtórzenia w przepisach części ogólnej regulacji dawno przyjętych w innych aktach prawnych czy też na nadmierną objętość dokumentu uniemożliwiającą komunikację z jego nieprofesjonalnymi odbiorcami. Poniżej poczyniono uwagi krytyczne dotyczące wybranych uchybień spośród tych, które powodują negatywne skutki merytoryczne.

2. W pełni przygotowany projekt ustawy powinien zawierać przepisy wprowadzające i przejściowe, w tym zwłaszcza jasne rozwiązania intertemporalne. Takich wymagań nie stawia się dokumentom o charakterze ideowym w rodzaju założeń do projektów ustaw, jednak RPD przedstawił projekt aktu prawnego. Struktura projektu KR pozwala przypuszczać, że byłby to kolejny, obszerny, szczegółowy i niewątpliwie niezwykle też pracochłonny w przygotowaniu jego fragment.

3. Obok nadmiernej objętości przyczyną niekomunikatywności projektu KR są zawarte w nim zaskakujące, bo niezrozumiale lub nieprecyzyjne sformułowania. Poniżej wybrane przykłady sformułowań w mniejszym lub większym stopniu sprzecznych z nakazem takiego redagowania przepisów, aby *dokładnie i w sposób zrozumiały dla adresatów zawartych w nich norm wyrażały intencje prawodawcy*[80].

[80] S. Wronkowska, M. Zieliński, *Komentarz…*, s. 36–37.

a) W projekcie KR użyto określenia *wymuszone zaginięcie*, którego nie zdefiniowano, a populacja znających jego sens (nawet wśród prawników!) jest nieliczna[81].
b) Wiele jest w projekcie pojęć o rozmytych konturach – sformułowań, których stosowanie w praktyce byłoby trudne lub wręcz niemożliwe. Jak trafnie stwierdzono, określenia te oraz ich wyjaśnienia bardziej nadają się do wypowiedzi w ramach debaty naukowej prowadzonej na obszarze nauk społecznych niż do treści aktu prawnego. Jedynie tytułem przykładu wskazać należy na: *proces wzajemnych relacji, relacje osobiste, sytuacja wychowawcza*, a także *odpowiedzialność rodzicielska*. To ostatnie pojęcie opisano jako *zadanie, postawa i relacje rodziców z dzieckiem,* a więc poprzez użycie słów równie – lub bardziej – niejednoznacznych, niekomunikatywnych, nieznanych ani językowi prawnemu, ani prawniczemu jak pojęcie definiowane. Pozwala to zakwalifikować cały zabieg jako błąd definiowania *ignotum per ignotum*.
c) Osobnym problemem jest niekomunikatywny sposób, w jaki nawiązano w uzasadnieniu do podstaw filozoficznych projektu. Przykładem sformułowań budzących wątpliwości ze względu na brak precyzji jest np. zdanie: *Prawo rodzinne z zawartymi w nim normami musi wyrażać świadomość, kim jest człowiek i obok wolności, i praw wskazywać na odpowiedzialność i obowiązki. Łączyć powinno filozoficzne pojmowanie powiązań między wolnością i odpowiedzialnością, przy uwzględnieniu myślenia personalistycznego. Aby właściwie rozumieć i interpretować prawo rodzinne, trzeba dostrzegać człowieka.* (…). Wśród innych stwierdzeń znajdujących się w uzasadnieniu swoistym nadmiernym ładunkiem emocji i apodyktyczności razi następujące: *Rodzina jest podstawową strukturą społeczną w wymiarze uniwersalnym.* (…) *Utrata zdolności do racjonalnego i odpowiedzialnego myślenia jest jednym z głównych mechanizmów niepowodzeń w rodzinie."* (…) *„Żyjemy obecnie w okresie wielkich przemian cywilizacyjnych, odkryć naukowych oraz znaczącego rozwoju techniki. Te i inne zmiany mają istotny wpływ nie tylko na poziom rozwoju przemysłowego, społecznego, ale również wywierają znaczący wpływ na funkcjonowanie rodziny i wychowanie dzieci. Szkołą dojrzałej postawy nadal stają się te rodziny, w których dorośli dają odpowiedzialny przykład.*
d) Innym przykładem niekomunikatywności jest sformułowanie znajdujące się wśród zasad prawa rodzinnego: *Autonomia rodziny wymaga poszanowania wolności i praw członków rodziny w procesie wzajemnych relacji, kształtowania solidaryzmu wewnątrzrodzinnego oraz pierwszeństwa rodziców w wychowaniu dzieci* (art. 14 k.r.). Skoro pojawiło się ono w treści projektu aktu normatywnego, to nasuwa się pytanie: kto na jego podstawie, jakie, i względem kogo ma obowiązki, aby wskazane wymaganie się ziściło? Jeżeli chodziło o nałożenie na instytucje publiczne

[81] Według Międzynarodowej Konwencja w sprawie ochrony wszystkich osób przed wymuszonymi zaginięciami z 20.12.2006 r., jako wymuszone określa się zaginięcie, do jakiego doszło przez zatrzymanie, aresztowanie, uprowadzenie lub jakąkolwiek inną formę pozbawienia osoby wolności przez przedstawicieli państwa albo z jego upoważnienia, z jego pomocą lub za milczącą zgodą. Zob. na ten temat w: G. Baranowska, *Wymuszone zaginięcia w Europie. Kształtowanie się międzynarodowych standardów zapobiegania i egzekwowania odpowiedzialności państw*, Warszawa 2017.

obowiązku szanowania autonomii rodziny, to należało to jasno wyrazić, a nie czynić beneficjentem uregulowania ideę autonomii zamiast rodziny. Jeśli zaś jest to postulat, a nie element normy prawnej, wówczas właściwym dla niego miejscem mogłaby być ewentualnie preambuła… Należy też zauważyć, że treść tego przepisu jest w ścisłym związku z treścią art. 15 – ich rozbicie nie ma merytorycznego uzasadnienia. Ponadto sformułowanie: *Autonomia rodziny wymaga* (…) *pierwszeństwa rodziców w wychowaniu dzieci* powtarza zasadę prymatu rodziców w wychowaniu dzieci, o czym jest mowa w art. 48 Konstytucji RP.

e) W sformułowaniu: *Rzeczpospolita wspiera rodzinę, w tym małżeństwo* zbędne jest swoiste podanie w wątpliwość, czy małżeństwo jest rodziną. Jest to też jeden z wielu przykładów wprowadzania do aktu prawnego reguł już istniejących w systemie prawa (art. 18 Konstytucji RP).

f) Zwrot zawarty w preambule: *Mając na uwadze wyjątkową rolę prawa rodzinnego* (…) *oraz jego wieloaspektowość w procesie stanowienia i stosowania prawa*, skłania do postawienia pytania o rozumienie owej wieloaspektowości w procesie tworzenia i w procesie stosowania prawa rodzinnego. Trudno dociec, czy może chodzi o włączenie do procesu legislacyjnego przedstawicieli innych dyscyplin naukowych, niż prawo czy też o wspieranie sądów rozwiązujących sprawy rodzinne przez psychologów, pedagogów, lekarzy i innych…

g) Innego rodzaju zastrzeżenia budzi przyjęte w projekcie rozumienie słowa *konkubinat*. Według oficjalnej enuncjacji RPD, projekt, *jako pierwszy, definiuje instytucję konkubinatu, wskazując, że jest to nieformalny związek kobiety i mężczyzny oparty na porozumieniu osób niezwiązanych ze sobą stosunkiem małżeństwa, a pozostających w takich relacjach jak małżonkowie*. Owa definicja nie jest jednak na gruncie polskiego prawa *novum*, bowiem przytoczone sformułowanie nie odbiega od powszechnego pojmowania konkubinatu w doktrynie i orzecznictwie, łącznie z jego podstawową i oczywistą wadą, a mianowicie brakiem określenia momentu, od którego można mówić o danej heteroseksualnej parze, że jest konkubinatem. Sąd, rozstrzygając spór prawny między osobami tworzącymi (aktualnie lub w przeszłości) konkubinat, postrzega je z dłuższej perspektywy czasowej, która pozwala mu funkcjonowanie tych osób nazwać konkubinatem. Przy małżeństwie problemu jego początku nie ma, a przy konkubinacie problem ten jest i projekt KR nie przybliża do jego rozwiązania (jeżeli w ogóle jest ono możliwe).

h) Wskazywano już wyżej na oczywistą wadę projektu, jaką jest zamienne używanie w projekcie pojęć *zasada pomocniczości* i *zasada subsydiarności* (art. 3, 12 i 15 k.r.) w odniesieniu do tej samej zasady filozofii społecznej, co jest sprzeczne z regułami techniki prawodawczej. Jest z tym związany jeszcze i ten problem, że nie ma podstaw założenie o powszechnej zgodzie w kwestii jej rozumienia, przeciwnie, jest ona w społeczeństwie słabo „rozpoznawalna". Kłopot ze zrozumieniem zasady subsydiarności mają projektodawcy, gdyż jej nazwą zatytułowali art. 15 k.r., w którym mowa jest o tym, komu należy się wsparcie. Tymczasem istotą zasady subsydiarności nie jest wskazanie beneficjentów, lecz tego, w jakim celu

i jakimi metodami wsparcie powinno być udzielane. Ma ono doprowadzić do usamodzielnienia beneficjenta, a o tym w preambule i omawianym przepisie art. 15 nie ma mowy[82].

i) Według art. 21 pkt 12 projektu KR sądy wydają *decyzje*, tymczasem sądy wydają wyroki, postanowienia, czasami zarządzenia, a wydawanie decyzji jest kompetencją organów administracji.

j) Wątpliwy jest podział KR na księgi, skoro np. Księga pierwsza ma tylko 21 artykułów, z czego znaczna część zawiera powtórzenia lub dotyczy kwestii już obowiązujących w polskim prawie.

k) Treść art. 113 § 2 projektu KR o kontynuowaniu (na mocy orzeczenia sądu) odpowiedzialności rodzicielskiej względem dziecka, które osiągnęło pełnoletność, jeżeli dziecko ma ograniczoną możliwość samodzielnej egzystencji, skłania do postawienia pytania: czy dotyczy on wyłącznie osób z niepełnosprawnościami (na to wskazano w uzasadnieniu) czy też można go interpretować szerzej, obejmując niesamodzielne ekonomicznie dzieci pełnoletnie (tego nie wyklucza brzmienie przepisu)? Jest to istotne m.in. z tego powodu, że tuż po osiągnięciu pełnoletności większość dzieci nie jest ekonomicznie samodzielnych;

l) Zbędna jest deklaracja zawarta w art. 157, że: *Trwałość związku małżeńskiego podlega ochronie w szczególności przez ograniczenie przesłanek jego ustania oraz dopuszczenie orzeczenia separacji.* Obie formy ochrony zostały przewidziane w projekcie k.r. (są też w k.r.o.) i ten przepis niczego w tym zakresie nie zmienia. Można dodatkowo podać w wątpliwość tezę, że ograniczenie przesłanek rozwodu wzmacnia trwałość małżeństwa, skoro głównym argumentem zwolenników swobody rozwodzenia się jest ograniczenie, a najlepiej likwidacja owych przesłanek, których wykazywanie tę swobodę zmniejsza.

m) Projekt aktu prawnego nie powinien mieć na stronie tytułowej nazwiska ministra, który go publikuje – dopuszczalne jest co najwyżej wskazanie nazwy urzędu[83].

---

[82] Na temat zasady pomocniczości zob. przypis 66.

[83] A oto kilka dalszych uchybień:

a) W art. 21 pkt 16 *piecza* definiowana jest przez słowo *opieka*, co jest błędem, gdyż *opieka* ma swoje znaczenie w prawie rodzinnym rozumiane jako opieka prawna. Dodatkowo, należy wskazać, że we wskazanym pkt 16 użyto słowa *opieka* w innym znaczeniu od tego, jakie mu nadano w art. 21 pkt 11). Skoro przepis art. 54 projektu KR jest sprzeczny z Ustawą o leczeniu niepłodności w zakresie, w jakim powstał już zarodek, należało w przepisach wprowadzających, których w projekcie KR nie ma…, uchylić stosowny przepis ustawy. Dotyczy to zresztą wszystkich podobnych sytuacji.

b) W kontekście art. 68 i 69 projektu KR pojawia się wątpliwość: czy pełnoletnie dziecko też musi mieć swojego *adwokata dziecka*?

c) Zgodnie z art. 21 pkt 22 projektu KR konkubinat może stanowić rodzinę – dlaczego w takim razie wśród zdarzeń kreujących rodzinę nie ma nic na jego temat?

d) Zawarty w art. 22 projektu KR zwrot: *księga reguluje* powinien być zastąpiony stwierdzeniem, że przepisy (zawarte w tej księdze) regulują. Podobnych językowych potknięć jest więcej, by jedynie wspomnieć o tytule II w księdze I: *Relacje* (? – M.A.) *kreujące rodzinę i inne*…

e) W art. 116 zd. 2 projektu mowa jest o tym, że poza odpowiedzialnością rodzicielską uregulowaną w KR, inne kwestie dotyczące konkubentów (w tym sprawy majątkowe) regulują zawarte przez nich umowy cywilnoprawne. Rzecz w tym, że trudno ten wątek pogodzić z tytułem *Dziecko w rodzinie*, w ramach którego został on umieszczony.

f) W treści art. 219 § 1 projektu KR nie wiadomo, co oznacza sformułowanie o rozwodzie sprzecznym z zasadami prawa rodzinnego. Ze wszystkimi, a więc określonymi w art. 7, 10 czy 15 również?

g) Z treści art. 379 § 2 projektu KR trudno dociec, dlaczego mowa jest w nim o osobie, która ma być wydana, a nie o dziecku, skoro Konwencja haska z 1980 r. dotyczy małoletnich do 16. roku życia.

VI. WNIOSKI

Analiza uregulowań zawartych w projekcie KR pozwala na stwierdzenie, że cele wskazane w jego uzasadnieniu nie zostały osiągnięte. Projekt zawiera wiele rozwiązań merytorycznych, z którymi nie sposób się zgodzić (relacja rodzice–dzieci), a poza tym budzi zastrzeżenia odnośnie do konstrukcji (połączenie w jednym akcie zagadnień materialnoprawnych i formalnoprawnych), języka (nieprecyzyjnego, pełnego sformułowań niekomunikatywnych) i strony technicznej. Warsztat legislacyjny projektu KR pozostawia ogromny niedosyt, a treść projektu, jak i jego uzasadnienie nie przekonują do potrzeby stworzenia nowego kodeksu regulującego funkcjonowanie rodziny.

Akt prawny regulujący funkcjonowanie rodziny nie powinien być obszernym dokumentem przede wszystkim dlatego, że dotyczy spraw, w których rozpatrywaniu obywatele nie korzystają z reguły z pomocy prawnej, chociażby z powodu bariery ekonomicznej, ale nade wszystko ze względu na ich delikatność, czasami intymność i prawie zawsze związany z nimi silny ładunek emocji. Mniejsze są szanse na optymalne rozwiązanie rodzinnego problemu prawnego, gdyby byli nakłaniani m.in. okolicznościami takimi jak rozległość i niekomunikatywność ustawy, aby z tej pomocy korzystać…

Unormowania prawa rodzinnego powinny zapewniać podmiotowe traktowanie ich adresatów, czyli obywateli, co przejawiać się powinno w komunikatywności tekstu prawnego. Istotę tego problemu można najdokładniej dostrzec postrzegając prawo (w tym przypadku projektowany KR) w świetle teoretyczno-prawnej koncepcji pedagogiki prawa traktującej je jako dialog o walorze wychowawczym prowadzony między władzą a społeczeństwem[84]. Wypowiedzi rozwlekłe, jak akty prawne o objętości stu stron, zawierające udziwnione konstrukcje itp. szansę dialogu minimalizują, a może nawet niweczą.

W spornej kwestii relacji prawa rodzinnego do prawa cywilnego, argumentacja przedstawiona w uzasadnieniu projektu za zadeklarowaną w nim odrębnością k.r. od k.c. nie przekonuje, a raczej osłabia to, co na rzecz tej tezy napisano w doktrynie prawa rodzinnego.

Wielu błędów projektu KR dałoby się uniknąć, gdyby nie dyskrecjonalny sposób funkcjonowania zespołu, który go przygotował. Debata naukowa nigdy nie prowadzi do pogorszenia efektu finalnego prac nad projektami, a dobrze się sprawdza w dziele unikania błędów. W rezultacie pominięto wielu zagadnień, które powinny zostać uregulowane w projekcie, a wiele innych znalazło się tam w wersji wadliwej.

Każda zmiana prawa, a uregulowań dotyczących rodziny szczególnie, wymaga roztropności i delikatności. Ceniony jest spokojny namysł, a źle służy uleganie pokusie działań spektakularnych. Nie zadbano, aby projekt aktu normatywnego tej rangi zawierał wyłącznie regulacje w sposób niezwykle ostrożny i przemyślany wprowadzający zmiany.

Przewagą prawa obowiązującego nad projektowanym jest to, że ono już od jakiegoś czasu funkcjonuje, a poszczególne uregulowania obudowane są refleksją naukową i orzecznictwem. Niekiedy jest to dorobek znaczący, na którym wychowały się

[84] S.L. Stadniczeńko, P. Zamelski, *Pedagogika*…, s. 110–124.

pokolenia sędziów, adwokatów, prokuratorów, radców, urzędników administracji, a bywa, że wpłynął również na świadomość szerszych warstw społeczeństwa. Nawet, jeśli uregulowania zawierają wady, to wraz z wydawanymi na ich podstawie orzeczeniami i opartymi na nich wypowiedziami naukowymi, są interpretowane w sposób pomniejszający negatywne skutki legislacyjnych niedociągnięć. Zwłaszcza w prawie rodzinnym, w którym klauzule generalne i zwroty niedookreślone występują często, ranga ustaleń nauki i orzecznictwa jest szczególnie doniosła. Natomiast, kiedy prawo zostaje zmienione, w szczególności zaś w drodze uchwalenia nowego kodeksu, wówczas znaczenie tego dorobku się dezaktualizuje. Oczywiście, nie jest to wystarczający argument za pozostawieniem danej ustawy i odstąpieniem od wprowadzania zmian, jeżeli takowe są konieczne. Pozwala on jednak zwrócić uwagę, że u podłoża stanowczej decyzji o zmianie ustawy muszą leżeć niebudzące wątpliwości przyczyny, jak np. niemożność zniwelowania słabości regulacji w drodze wykładni, wysoka cena społeczna wydawania na ich podstawie niesprawiedliwych i nieracjonalnych orzeczeń czy też pilna konieczność wprowadzenia rozwiązań nieznanych obowiązującemu prawu. Jeśli takich argumentów nie ma albo krytyczna ocena aktualnego prawa dotyczy jedynie jego wycinka, wówczas roztropność powinna skłaniać do proponowania nowelizacji, a nie uchwalenia nowego aktu prawnego.

Ustawowa rola instytucji takich jak RPO czy RPD przemawia raczej za wskazywaniem przez nich na potrzeby nowelizowania prawa, zamiast opracowywania projektów ustaw. Rzecznik Praw Dziecka, z racji swoich kompetencji lepiej by się przyczynił dla rozwoju ochrony prawnej rodziny, gdyby we współpracy z gronem naukowców stworzył założenia do ustawy, wskazał argumenty za potrzebą zmian legislacyjnych dotyczących stosunków prawnych związanych z funkcjonowaniem rodziny czy też zainicjował społeczną debatę na ten temat, i w ten sposób zainspirował do przeprowadzenia zmian prawa.

Spośród przyjętych rozwiązań szczegółowych są takie, które zasługują na poddanie ich pod dyskusję, jednak stanowczo należy stwierdzić, że jest to materiał na punktowe nowelizacje Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego i Kodeksu postępowania cywilnego, a nie na wprowadzenie w życie nowego kodeksu. Przykładem takiego zagadnienia podjętego w projekcie KR, które ze względu na swą rangę wymaga pilnych prac legislacyjnych, jest ochrona dziecka poczętego przed upośledzeniem zwanym syndromem FAS. Szkoda, że dotychczas nie podjęto dostatecznych kroków dla społecznej edukacji w tym zakresie.

Abstract

Marek Andrzejewski, *On the Family Code Bill Submitted by the Ombudsman for Children in July 2018*

This paper puts forward a thesis that it was justifiable not to accept the Family Code Bill submitted by the Ombudsman for Children in 2018. At its very inception, the idea of the bill was flawed as there was no need for an instrument of this kind to be created. Amending the existing Family and Guardianship Code seems much more constructive. The author finds undesirable or even adverse numerous solutions taken over from legislations of other countries, including those relating to alternating custody or replacement of the

phrase 'parental power' with 'parental responsibility'. It also seems controversial to lump together the problems of substantive and procedural law in one legal instrument. Moreover, the author pinpoints many grave errors in the text from the point of view of legislative drafting rules and criticizes many expressions from which it is not possible to interpret norms; hence they should be never included in the draft of a legal instrument. Nonetheless, some detailed solutions seem worthy of approval, especially making alcohol addiction treatment mandatory for women who abuse alcohol while pregnant.

Keywords: *Family and Guardianship Code, substantive law, procedural law, legislation, Civil Code, Ombudsman for Children*

Streszczenie

Marek Andrzejewski, *Wokół Projektu Kodeksu Rodzinnego przedłożonego w lipcu 2018 r. przez Rzecznika Praw Dziecka*

Tezą artykułu jest to, że Projekt Kodeksu Rodzinnego przedłożony w 2018 r. przez Rzecznika Praw Dziecka słusznie nie został uchwalony. Zamysł jego utworzenia był błędny, gdyż nie istnieje potrzeba stworzenia nowego dokumentu tego rodzaju. Lepszym rozwiązaniem jest nowelizowanie obecnie obowiązującego Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego. Za szczególnie niepożądane autor uważa liczne zapożyczenia z ustawodawstw innych państw, w tym te dotyczące pieczy naprzemiennej, odpowiedzialności rodzicielskiej (w miejsce władzy rodzicielskiej). Wskazuje też na kontrowersyjność połączenia w jednym akcie prawnym problematyki prawa materialnego i formalnego, a także na rażące błędy z punktu widzenia zasad techniki legislacyjnej. W sposób szczególny krytykuje wiele sformułowań, z których nie da się wyinterpretować norm, a więc nie powinno być dla nich miejsca w projekcie aktu prawnego. Za godne aprobaty uważa kilka szczegółowych rozwiązań, w tym zwłaszcza obowiązek leczenia odwykowego kobiet w ciąży, które spożywają alkohol.

Słowa kluczowe: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy, prawo materialne, prawo formalne, legislacja, Kodeks cywilny, Rzecznik Praw Dziecka*

Literatura:

1. Andrzejewski M., *Ochrona praw dziecka w rodzinie dysfunkcyjnej (dziecko – rodzina – państwo)*, Kraków 2003;
2. Andrzejewski M., *O potrzebie zmian w polskim prawie rozwodowym*, Studia Prawnicze INP PAN 2016, z. 3;
3. Andrzejewski M., *Ochrona prawa do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny w prawie polskim (wybrane problemy)* [w:] *Ius connubii – ochrona i ograniczenia w prawie międzynarodowym, polskim i kanonicznym*, red. W. Góralski, Płock 2016;
4. Andrzejewski M., *Prawo cywilne – prawo rodzinne – prawo dotyczące rodziny (refleksje w czasie, gdy osłabł impet prac nad kodyfikacją prawa cywilnego)* [w:] *Meandry prawa – teoria i praktyka. Księga jubileuszowa prof. zw. dra hab. Mieczysława Goettela*, red. E.W. Pływaczewski, J. Bryk, Szczytno 2017;
5. Andrzejewski M., *Piecza zastępcza* [w:] *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, t. 12, *System Prawa Prywatnego*, wyd. 2, red. T. Smyczyński, Warszawa 2012;
6. Andrzejewski M., *Wychowywanie dzieci w świetle przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego (zarys problematyki)* [w:] *Pedagogika rodziny. Podejście systemowe*, t. 3, *Wychowanie do rodziny*, red. M. Marczewski, Gdańsk 2018;

7. Andrzejewski M., *Piecza naprzemienna – między formalną dopuszczalnością a merytoryczną zasadnością jej orzekania* [w:] *Rodzina w sytuacji okołorozwodowej. Współczesne dylematy psychologiczne i prawne*, red. A. Czerederecka, Kraków 2018;
8. Andrzejewski M., *Relacja rodzice i inne osoby dorosłe a dzieci w świetle nowych przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego i niektórych innych ustaw (wybrane problemy)*, Acta Iuris Stetinensis 2014, nr 6;
9. Baranowska G., *Wymuszone zaginięcia w Europie. Kształtowanie się międzynarodowych standardów zapobiegania i egzekwowania odpowiedzialności państw*, Warszawa 2017;
10. Bernfeld B., Mazurkiewicz J., Zaporowska M., Zaporowska Z., *Czy prawo musi pozostać bezradne? Prawne aspekty przeciwdziałania poalkoholowym uszkodzeniom płodu*, Warszawa 2019;
11. Bodio J., *Status dziecka jako uczestnika postępowania nieprocesowego*, Warszawa 2019;
12. Budajczak M., *Prawa dziecka a wolność i odpowiedzialność* [w:] *Prawa dziecka. Konteksty prawne i pedagogiczne*, red. M. Andrzejewski, Poznań 2012;
13. Bugajski B., *Rozdzielność majątkowa z wyrównaniem dorobków*, Warszawa 2019;
14. Drapalska-Grochowicz M., *Kilka uwag na tle statusu prawnego rodzin z wyboru*, Studia Iuridica Toruniensia, t. XXIII;
15. Dubowski R., *Materialnoprawne przesłanki rozwodu – analiza krytyczna i postulaty de lege ferenda*, Józefów 2017;
16. Dylus A., *Zasada pomocniczości a integracja Europy*, Państwo i Prawo 1995, nr 5;
17. Emery R.E., *Dwa domy, jedno dzieciństwo. Jak wychowywać dziecko po rozwodzie*, Poznań 2018;
18. Fiedorczyk P., *Unifikacja i kodyfikacja prawa rodzinnego w Polsce (1945–1964)*, Białystok 2014;
19. Gajda J., *„Adopcja" przez pary homoseksualne* [w:] *Związki partnerskie – debata na temat projektowanych zmian prawnych*, red. M. Andrzejewski, Toruń 2013;
20. Gajda J., Łukasiewicz R., *Umowy o zastępcze macierzyństwo a przysposobienie: zarys problematyki* [w:] *Fundamentalne prawne problemy surrogate motherhood. Perspektywa krajowa*, red. P. Mostowik, Warszawa 2019;
21. Gołowkin-Hudała M., *„Z rodziną najlepiej..." (Krytycznie o art. 64a ustawy o pomocy społecznej) – wypowiedź na Międzynarodowej Konferencji Naukowej: „Prawna ochrona dziecka – deklaracje a rzeczywistość. Dobro dziecka pojemne jak krzywda"*, Wrocław 25.11.2016 r.;
22. Gonera K., *Założenia i ogólny kierunek zmian wprawie cywilnym (z prac Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego)*, Państwo i Prawo 1997, nr 9;
23. Górnicki L., *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej Rzeczypospolitej Polskiej w latach 1919–1939*, Wrocław 2000;
24. Grzelak K., *Żenująca definicja „dziecka" Nowy kodeks rodzinny to policzek wymierzony kobietom*, https://mmadu.pl/137775,rpd-prezentuje-projekt-kodeksu-rodzinnego-kontrowersyjna-definicja-dziecka;
25. Haberko J., *Ustawa o leczeniu niepłodności. Komentarz*, Warszawa 2016;
26. Haberko J., *Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego a stosowanie procedur medycznych*, Warszawa 2010;
27. Holewińska-Łapińska E., *Uwagi na temat przedstawionego w „Zielonej Księdze" usytuowania prawa rodzinnego w przyszłej kodyfikacji* [w:] *Finis legis Christus. Księga Pamiątkowa dedykowana Księdzu Profesorowi Wojciechowi Góralskiemu z okazji siedemdziesiątej rocznicy urodzin*, red. J. Wroceński, J. Krajczyński, Warszawa 2009;
28. Holewińska-Łapińska E., *Samodzielność kodeksowa prawa rodzinnego* [w:] *Prawo cywilne – stanowienie, wykładnia i stosowanie. Księga pamiątkowa dla uczczenia setnej rocznicy urodzin Profesora Jerzego Ignatowicza*, red. M. Nazar, Lublin 2015;
29. Ignatowicz J., Nazar M., *Prawo rodzinne*, wyd. 5, Warszawa 2016;
30. Jadach K., Perzanowska K., Urbańska-Łukaszewicz A., *Kodeks rodzinny i opiekuńczy po wielkich nowelizacjach*, Rodzina i Prawo 2014, nr 29;
31. Jaros P., *Definicja dziecka* [w:] *Konwencja o prawach dziecka. Wybór zagadnień (artykuły i komentarze)*, red. S.L. Stadniczeńko, Warszawa 2015;

32. Jaros P., *Prawo dziecka do rodziców (odpowiedzialności rodzicielskiej) w kontekście polskich zobowiązań międzynarodowych*, Warszawa 2015;
33. Kallaus A., *Udział osoby małoletniej w postępowaniu opiekuńczym*, Poznań 2015;
34. Kola J., *Działalność Komisji Kodyfikacyjnej RP w obszarze prawa zobowiązań. Refleksje z okazji 80. rocznicy Kodeksu zobowiązań*, Palestra 2013, nr 9–10;
35. Kujawa M., Jezierski K., *Wspólne rodzicielstwo po rozwodzie – psychologiczne aspekty opieki naprzemiennej* [w:] *Standardy opiniowania psychologicznego w sprawach rodzinnych i opiekuńczych*, red. A. Czerederecka, Kraków 2016;
36. Kmieciak B., *Szaleństwo versus małżeństwo. Uwagi na tle orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego ws. względnego zakazu zawierania małżeństwa przez osoby chore psychicznie oraz upośledzone umysłowo*, Prawo i Medycyna 2018, nr 1;
37. Kociucki, *Zdolność do czynności prawnych osób dorosłych i jej ograniczenia*, Warszawa 2010;
38. Kuniewicz Z., Malinowska-Woźniak K. [red.] *Status prawny małżonków w spółkach cywilnych i handlowych*, Warszawa 2016;
39. Łukasiewicz R., *Dobro dziecka a interesy innych podmiotów w polskiej regulacji prawnej przysposobienia*, Warszawa 2019;
40. Mazurkiewicz J., *Zanim pomysły nasze sczezną wraz z nami. Wrocławskie projekty ochrony prawnej dzieci i kobiet*, Wrocław 2016;
41. Mazurkiewicz J., *„Rozwodzić" jest przeciwieństwem „zwodzić", czyli o potrzebie zasadniczej reformy prawa rozwodowego* [w:] *Rozprawy z prawa cywilnego, własności intelektualnej i prawa prywatnego międzynarodowego. Księga pamiątkowa dedykowana profesorowi Bogusławowi Gawlikowi*, red. J. Pisuliński, P. Tereszkiewicz, F. Zoll, Warszawa 2012;
42. Millon-Delsol C., *Zasada pomocniczości*, Kraków 1995;
43. Mostowik P. [red.] *Fundamentalne prawne problemy surrogate motherhood. Perspektywa krajowa*, Warszawa 2019;
44. Nazar M., *Problemy nowelizacji prawa rodzinnego*, Rejent 2005, nr 9;
45. Nazar M., *Prawo rodzinne w dorobku naukowym i orzeczniczym Profesora Jerzego Ignatowicza*, Lublin 2013;
46. Nazar M. *Problemy nowelizacji prawa rodzinnego*, Rejent 2005, nr 9;
47. Nazar M. *Projekt kodeksu rodzinnego i postulaty gałęziowego wyodrębnienia prawa rodzinnego*, Przegląd Sądowy 2019, nr 7–8;
48. Nazar M., *Problemy nowelizacji prawa rodzinnego*, Rejent 2005, nr 9;
49. Popławska E., *Zasada pomocniczości jako zasada konstytucyjna Rzeczypospolitej Polskiej oraz Unii Europejskiej* [w:] *Europeizacja prawa krajowego*, red. C. Mik, Toruń 2000;
50. Radwański Z., *Miejsce prawa rodzinnego w systemie prawa* [w:] *Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Smyczyńskiego*, red. M. Andrzejewski, L. Kociucki, M. Łączkowska, A.N. Schulz,Toruń 2008;
51. Radwański Z., *Kodeks cywilny a prawo regulujące zagadnienia rodziny*, Zeszyty Naukowe Instytutu Badania Prawa Sądowego 1983, z. 19/20;
52. Radwański Z., *Problemy kodyfikacji prawa cywilnego* [w:] *Rozprawy z prawa cywilnego. Księga pamiątkowa ku czci Witolda Czachórskiego*, Warszawa 1985;
53. Radwański Z., *Problem struktury przyszłego kodeksu cywilnego*, Transformacje Prawa Prywatnego 2010, nr 4;
54. Radwański Z. [red.], *Zielona księga. Optymalna wizja kodeksu cywilnego Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2005;
55. Radwański Z. [w:] *Zielona księga – optymalna wizja Kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2006;
56. Radwański Z., *Kodeks cywilny a prawo regulujące zagadnienia rodziny*, Zeszyty Naukowe Instytutu Badanie Prawa Sądowego, 1983, z. 19/20
57. Radwański Z., Gonera K., *Nowa kodyfikacja prawa prywatnego*, Monitor Prawniczy 1997, nr 5;
58. Stojanowska W., *Rekomendacji Nr 84(4) w sprawie odpowiedzialności rodzicielskiej a stan prawny obowiązujący w Polsce* [w:] *Standardy prawne Rady Europy*, t. I, red. M. Safjan, Warszawa 1993;

59. Smyczyński T. [red.] *Konwencja o Prawach Dziecka. Analiza i wykładnia*, Poznań 1999;
60. Smyczyński T., *Prawo rodzinne i stosunki rodzinnoprawne* [w:] *Prawo rodzinne i opiekuńcze. System Prawa Prywatnego*, t. 11, wyd. 2, red. T. Smyczyński, Warszawa 2014;
61. Smyczyński T., *Kierunki reformy kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 1999, nr 2;
62. Smyczyński T., *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, wyd. 9, Warszawa 2018;
63. Smyczyński T. [red.] *Konwencja o Prawach Dziecka. Analiza i wykładnia*, Poznań 1999;
64. Sokołowski T., *Władza rodzicielska nad dorastającym dzieckiem*, Poznań 1987;
65. Sokołowski T., *Dobro dziecka wobec rzekomego prawa do adopcji*, Poznań 1987;
66. Sokołowski T., *Prawo rodzinne – zarys wykładu*, wyd. 6, Poznań 2016;
67. Stadniczeńko S.L. [red.] *Konwencja o prawach dziecka. Wybór zagadnień (artykuły i komentarze)*, Warszawa 2015;
68. Stadniczeńko S.L., Zamelski P., *Pedagogika prawa. Vade mecum! Pójdź ze mną*, Warszawa 2016;
69. Stopka K., *Zasada pomocniczości w prawie pomocy społecznej*, Warszawa 2009;
70. Strzebińczyk J., *Władza rodzicielska* [w:] red. T. Smyczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, t. 12 wyd. 2, *System Prawa Prywatnego*, red. Z. Radwański, Warszawa 2011;
71. Strzebiczyk J., *Nowelizacja przepisów kodeksu rodzinnego i opiekuńczego w zakresie małżeńskiego prawa majątkowego*, cz. I, Rejent 2004, nr 8;
72. Strzebińczyk J., *Nowelizacja przepisów kodeksu rodzinnego i opiekuńczego w zakresie małżeńskiego prawa majątkowego*, cz. II, Rejent 2004, nr 9;
73. Szreniawska M., *Znaczenie ratyfikacji Konwencji o Prawach Osób Niepełnosprawnych*, Niepełnosprawność – zagadnienia, problemy, rozwiązania, nr III/2012(4);
74. Śledzińska-Simon A., *Adopcja przez osoby homoseksualne* [w:] *Orientacja seksualna i tożsamość płciowa. Aspekty prawne i społeczne*, red. R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski, Warszawa 2009;
75. Śledzińska-Simon A., *Prawne możliwości adopcji przez pary jednopłciowe w Europie. Perspektywa polska* [w:] *Tęczowe rodziny w Polsce. Prawo a rodziny lesbijskie i gejowskie*, red. M. Zima, Warszawa 2010;
76. Telusiewicz P., *Służebna rola zwrotu 'rodzinny' w przepisach prawa polskiego*, Lublin 2013;
77. Wojcieszak A., *Zabieg medycznie wspomaganej prokreacji a ustalenie ojcostwa*, Medyczna Wokanda 2016, nr 8;
78. Wojtyła K., *Miłość i odpowiedzialność*, Lublin 2001;
79. Wronkowska S., Zieliński M., *Komentarz do zasad techniki prawodawczej z dnia 20 czerwca 2002 r.*, Warszawa 2004;
80. Wróbel M. [opr.] *Główne założenia projektu Kodeksu cywilnego*, Dodatek do Monitora Prawniczego 2007, nr 14;
81. Zajączkowska J., *Piecza naprzemienna w sytuacji ostrego konfliktu rodzicielskiego a kontakty z dzieckiem* [w:] *Rodzina w sytuacji okołorozwodowej. Współczesne dylematy psychologiczne i prawne*, red. A. Czerederecka, Kraków 2018;
82. Zgud Z., *Zasada subsydiarności w prawie europejskim*, Kraków 1999;
83. Ziembiński Z., *Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych*, Warszawa–Poznań 1982;
84. Zima-Parjaszewska M., *Artykuł 12 Konwencji ONZ o prawach osób z niepełnosprawnościami a ubezwłasnowolnienie w Polsce* [w:] *Prawa osób z niepełnosprawnością intelektualną lub psychiczną w świetle międzynarodowych instrumentów ochrony praw człowieka*, red. D. Pudzianowska, Warszawa 2014.

Enuncjacje prasowe i opublikowane na stronie internetowej Rzecznika Praw Dziecka:

– Podsumowanie prac Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Rodzinnego przy RPD (https://brpd.gov.pl/aktualnosci/podsumowanie-prac-komisji-kodyfikacyjnej-prawa-rodzinnego-przy-rpd), https://brpd.gov.pl/aktualnosci/rpd-prezentuje-nowy-oczekiwany-spolecznie-kodeks-rodzinny;

– treść Projektu Kodeksu Rodzinnego RPD dostępny na stronie: http://brpd.gov.pl/sites/default/files/projekt_kodeksu_rodzinnego_z_autopoprawka_z_uzasadnieniem.pdf;
– M. Michalak, Zawsze będę wspierał dzieci [wywiad], Świdnica24 z 19.09.2018 r., https://swidnica24.pl/2018/09/marek-michalak-zawsze-bede-wspieral-dzieci-wywiad/;
– RPD prezentuje nowy, oczekiwany społecznie Kodeks rodzinny, https://brpd.gov.pl/aktualnosci/rpd-prezentuje-nowy-oczekiwany-spolecznie-kodeks-rodzinny;
– Autopoprawka do projektu Kodeksu rodzinnego, https://brpd.gov.pl/aktualnosci-wystapienia-generalne/autopoprawka-do-projektu-kodeksu-rodzinnego;
– RPD o nowym kodeksie rodzinnym, którego oczekuje społeczeństwo, Rzeczpospolita z 13.07.2018 r., https://www.rp.pl/Rodzina/307139964-RPD-o-nowym-kodeksie-rodzinnym-ktorego-oczekuje-spoleczenstwo.html.

PRAWO W DZIAŁANIU
SPRAWY CYWILNE
40/2019
DOI: 10.32041/pwd.4002

Alina Prusinowska-Marek*

Praktyka sądowa w zakresie realizacji zasady tymczasowości pieczy zastępczej**

1. UWAGI WPROWADZAJĄCE

Piecza zastępcza[1], zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej[2], jest sprawowana w przypadku niemożności zapewnienia dziecku opieki i wychowania przez jego rodziców. Zapewnienie dziecku pieczy zastępczej stanowi realizację zasady pomocniczości i jest konstytucyjnym obowiązkiem państwa[3], podobnie jak udzielenie rodzinom znajdującym się w trudnej sytuacji materialnej i społecznej pomocy[4], zwłaszcza w wypełnianiu funkcji opiekuńczo-wychowawczych[5].

Obowiązujący od 2012 r. system wspierania rodziny i pieczy zastępczej w warstwie aksjologicznej opiera się na konstytucyjnej zasadzie pomocniczości państwa, poszanowaniu praw dziecka określonych w Konwencji o Prawach Dziecka[6] oraz uznaje podmiotowość dziecka i rodziny[7]. Dziecko umieszczone w pieczy zastępczej ma m.in. prawo do wychowania w rodzinnych formach pieczy zastępczej, powrotu do rodziny, utrzymywania osobistych kontaktów z rodzicami i stabilnego środowiska wychowawczego.

Jednostki samorządu terytorialnego mają obowiązek wspierania rodziny przeżywającej trudności w wypełnianiu funkcji opiekuńczo-wychowawczych[8], w celu poprawy funkcjonowania rodziny i usunięcia przyczyn umieszczenia dziecka w pieczy zastępczej. Piecza zastępcza trwa tak długo, jak długo utrzymują się powody

* Autorka jest kuratorem, specjalistą ds. rodzinnych w Sądzie Rejonowym w Grodzisku Mazowieckim, Polska, e-mail: a.prusinowska-marek@wp.pl
** Data zgłoszenia tekstu przez autorkę: 1.04.2019 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcje do publikacji: 4.09.2019 r.
1 W okresie do wejścia w życie ustawy z 9.06.2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej w publikacjach naukowych i aktach prawnych funkcjonowało pojęcie „opieka zastępcza". Natomiast ustawa o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej wprowadziła i posługuje się pojęciem „piecza zastępcza", by odróżnić tę instytucję od funkcjonującej w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym (ustawa z 25.02.1064 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy [Dz.U. Nr 9, poz.59 ze zm.; tekst jedn.: Dz.U. z 2017 r. poz. 682 ze zm. – dalej k.r.o.]) instytucji „opieki".
2 Dz.U. Nr 149, poz. 887 ze zm., tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r. poz. 998 ze zm. – dalej u.w.r.
3 Art. 72 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. poz. 483 ze zm.) – dalej Konstytucja RP.
4 Art. 71 ust. 1 Konstytucji RP.
5 Art. 8 ust. 1 u.w.r.
6 Przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 20.11.1989 r. (Dz.U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526).
7 Art. 4 u.w.r.
8 Art. 3 ust. 1 u.w.r.

jej zastosowania przez sąd opiekuńczy, czyli – co do zasady – jest rozwiązaniem tymczasowym, a nie docelowym.

Jednostki powiatu odpowiedzialne za organizację miejsc pieczy zastępczej mają ustawowy obowiązek systematycznego oceniania sytuacji dziecka umieszczonego w pieczy i weryfikowania, czy jest możliwy jego powrót pod opiekę rodziców[9], czyli czy jest możliwa reintegracja rodziny. Jeśli od umieszczenia dziecka w pieczy zastępczej minęło 18 miesięcy i reintegracja rodziny nie jest możliwa, wówczas organizator rodzinnej pieczy zastępczej (dalej ORPZ) lub dyrektor placówki opiekuńczo-wychowawczej musi złożyć do sądu wniosek o uregulowanie sytuacji prawnej dziecka[10].

Zasada tymczasowości pieczy zastępczej, której skutkiem jest obowiązek regularnego dokonywania oceny (weryfikowania) zasadności dalszego pobytu dziecka w pieczy, nakłada na jednostki odpowiedzialne za organizację pieczy i sąd opiekuńczy obowiązek aktywnego działania w tym zakresie. Od wejścia w życie ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej minęło 7 lat – jest to odpowiednio długi czas na empiryczne sprawdzenie, jak wygląda praktyka sądowa w zakresie realizacji zasady określonej w art. 112^4 k.r.o.

W 2018 r. na zlecenie ministerstwa sprawiedliwości zrealizowano w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości (dalej IWS), przy wykorzystaniu metod ilościowych i jakościowych projekt badawczy pt. „Praktyka sądowa w zakresie realizacji zasady tymczasowości pieczy zastępczej". Pełen tekst raportu z badań znajduje się na stronie internetowej IWS, a poniżej zostaną omówione kluczowe wyniki oraz zaproponowane rozwiązania w zakresie poprawy efektywności działań sądu opiekuńczego na etapie wykonywania orzeczenia o umieszczeniu dziecka w pieczy zastępczej.

2. PIECZA ZASTĘPCZA JAKO NARZĘDZIE WSPARCIA RODZICÓW PRZEŻYWAJĄCYCH TRUDNOŚCI W WYPEŁNIANIU FUNKCJI OPIEKUŃCZO-WYCHOWAWCZYCH

Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej przedstawiło w 2008 r. Założenia projektu ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej nad dzieckiem[11] (dalej Założenia), które odnosiły się krytycznie do efektów reformy systemu opieki nad dzieckiem i rodziną z 2000 r.[12] W dokumencie wskazano na utrzymywanie się takich negatywnych tendencji jak[13]:

- wzrost wskaźnika dzieci umieszczonych poza rodziną (z 8,0 na 1000 dzieci w 2001 r. do 10,5 w 2005 r.);

[9] Art.129 i 135 u.w.r.

[10] Art. 47 ust. 7 i art. 100 ust. 4a u.w.r.

[11] Założenia do projektu ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej nad dzieckiem, Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej, 2009, https://www.mpips.gov.pl/userfiles/File/Departament%20Swiadczen%20Rodzinnych/A%20opieka%20zastepcza/zalozenia%20po%20RM%2030.06.pdf (dostęp: 21.08.2018 r.).

[12] Kluczowym momentem dla podjęcia reformy systemu opieki nad dzieckiem pozbawionym całkowicie opieki i rozwoju pieczy zastępczej w Polsce było przekazanie w 2000 r. zadań związanych z organizacją pieczy zastępczej z resortu oświaty do resortu pracy i polityki społecznej przez wprowadzenie do ustawy z 29.11.1990 r. o pomocy społecznej nowego rozdziału 1a „Opieka nad rodziną i dzieckiem". Ta zmiana była powiązana z powołaniem w 1999 r. nowych jednostek samorządu (powiatu i województwa) i powierzeniem im zadań z zakresu polityki społecznej. Szczególną rolę w tym zakresie miały odgrywać powołane na szczeblu powiatu powiatowe centra pomocy rodzinie (dalej PCPR), które miały organizować i koordynować lokalny system pomocy dziecku i rodzinie, w tym pieczę zastępczą.

[13] Założenia…, s. 9–11.

- koncentrację działań wyłącznie na dziecku, a nie na rodzinie (dotyczy to zarówno rodziny biologicznej, jak i rodziny zastępczej);
- nadmierną łatwość umieszczania dziecka poza rodziną, także w oparciu o przyczyny, które powinny być przesłanką do podjęcia pracy socjalnej i wsparcia środowiska, a nie separowania od rodziny;
- zupełny brak instrumentów motywujących gminy do działań na rzecz pozostawienia dziecka w środowisku rodzinnym (obowiązujące wówczas rozwiązania prowokowały gminy do łatwiejszego kwalifikowania dzieci do form opieki zastępczej realizowanej w ciężar zobowiązań finansowych i organizacyjnych powiatu);
- zdecydowaną przewagę w ramach rodzinnej pieczy zastępczej rodzin zastępczych spokrewnionych z dzieckiem nad pieczą sprawowaną przez osoby niespokrewnione;
- ciągły niedobór odpowiedniej liczby należycie przygotowanych niespokrewnionych z dzieckiem zawodowych rodzin zastępczych.

Stąd kluczową ideą zaprojektowanego w 2008 r. i wprowadzonego w 2012 r. przez ustawę o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej systemu pomocy dziecku i rodzinie stała się realizacja pomocniczej funkcji państwa poprzez obowiązek zapewnienia rodzinie dziecka przez gminę wsparcia, które pełni funkcję profilaktyczną – służy utrzymaniu dziecka w rodzinie mimo doświadczania przez jego rodziców trudności w wypełnianiu funkcji opiekuńczo-wychowawczych. Wsparcie jest udzielane przez działające na terenie gminy instytucje i podmioty pracujące na rzecz dziecka i rodziny, placówki wsparcia dziennego oraz rodziny wspierające. Głównym „aktorem" pracy na rzecz rodziny jest asystent rodziny, którego gmina ma obowiązek zatrudniać. Wnoszący Założenia podkreślali kluczową rolę oddziaływań profilaktycznych kierowanych na poziomie gminy do rodziny przeżywającej trudności w wypełnianiu funkcji opiekuńczo-wychowawczych, które miały odwrócić dotychczasową strategię działań pomocy społecznej – najpierw interwencja potem pomoc.

Z kolei wspieranie rodziny, w której doszło do umieszczenia dziecka w pieczy zastępczej, jest formą pomocy państwa zmierzającą do przywrócenia rodzicom zdolności wypełniania ich obowiązków rodzicielskich[14] – stąd zapis w art. 10 ust. 4 u.w.r., że: „[p]raca z rodziną jest prowadzona także w przypadku czasowego umieszczenia dziecka poza rodziną". W tym kontekście umieszczenie dziecka w pieczy zastępczej co do zasady ma mieć charakter tymczasowy i „wszędzie tam, gdzie jest to możliwe, zmierzać do integracji dziecka z rodziną"[15]. Dodatkowo, by zmotywować gminy do pracy na rzecz reintegracji rodzin, ustawodawca wprowadził zasadę[16] partycypowania gminy w średnich miesięcznych wydatkach na utrzymanie dziecka w pieczy zastępczej – odpowiednio 10% w pierwszym roku pobytu dziecka w pieczy, 30% w drugim roku i 50% w trzecim roku i następnych latach.

Organizacja, rozwój i wspieranie pieczy zastępczej to zgodnie z ustawą o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej zadanie własne powiatu. Preferowaną

[14] Założenia..., s. 11.
[15] Założenia..., s. 11.
[16] Art. 191 ust. 10 u.w.r.

formą sprawowania pieczy zastępczej są formy rodzinne – rodziny zastępcze spokrewnione, niezawodowe, zawodowe i rodzinne domy dziecka. Szczególną rolę w systemie mają odgrywać profesjonalne formy rodzinnej pieczy zastępczej, czyli zawodowe rodziny zastępcze i rodzinne domy dziecka. Zgodnie z art. 112[7] k.r.o. i art. 95 ust. 1 i 2 u.w.r. w instytucjonalnej pieczy umieszcza się dzieci, gdy brak jest możliwości umieszczenia ich w rodzinnych formach. Ustawodawca zdecydował, że z dniem wejścia w życie ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej dzieci w wieku poniżej 7. roku życia nie mogą być umieszczane w instytucjonalnych formach pieczy, z wyjątkiem okoliczności określonych w art. 95 ust. 2 u.w.r.[17] Ustawodawca dopuścił umieszczanie dzieci w wieku 7–10 lat i pobyt tych dzieci w placówkach opiekuńczo wychowawczych w okresie do 31.12.2019 r.[18]

Od 2012 r. za organizację i wspieranie rodzinnych form pieczy odpowiada organizator rodzinnej pieczy zastępczej, który zatrudnia koordynatorów rodzinnej pieczy zastępczej. Za tworzenie instytucjonalnej pieczy zastępczej (placówki opiekuńczo-wychowawcze, w tym typu rodzinnego) i organizowanie dla niej wsparcia odpowiada powiatowe centrum pomocy rodzinie. Na organizatora rodzinnej pieczy zastępczej i dyrektora placówki opiekuńczo-wychowawczej ustawa nakłada obowiązek systematycznego[19] dokonywania oceny sytuacji dziecka umieszczonego w pieczy zastępczej i przekazywania opinii/wniosku w zakresie zasadności dalszego pobytu dziecka w pieczy zastępczej do sądu. Nowelizacja u.w.r. z 2014 r.[20] dodatkowo, by zintensyfikować działania odpowiednich podmiotów na rzecz reintegracji rodziny lub stabilizowania sytuacji dziecka poprzez umieszczenie w rodzinie adopcyjnej, nałożyła na organizatora rodzinnej pieczy zastępczej[21] i dyrektora placówki opiekuńczo-wychowawczej[22] obowiązek składania do sądu po upływie 18 miesięcy od dnia umieszczenia dziecka w pieczy zastępczej wniosku „o wszczęcie z urzędu postępowania o wydanie zarządzeń wobec dziecka celem uregulowania jego sytuacji prawnej[23]/zbadania zaistnienia warunków umożliwiających jego powrót do rodziny albo umieszczenia go w rodzinie przysposabiającej[24]".

Mając na uwadze wcześniejsze rekomendacje[25] Komisji Kodyfikacyjnej, co do potrzeby wprowadzenia do prawa materialnego podstawowych uregulowań odnoszących się do pieczy zastępczej, ustawodawca ustawą o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej dokonał również zmian w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym

[17] Gdy w placówce jest umieszczona matka lub ojciec dziecka lub jego starsze rodzeństwo lub gdy przemawia za tym stan zdrowia dziecka (przyp. – autorki).
[18] Art. 231 i 232 u.w.r.
[19] Art. 131 ust. 1 (w odniesieniu do rodzinnych form pieczy) i art. 138 ust. 1 u.w.r. (w odniesieniu do form instytucjonalnych) mówi o tym, że ocena sytuacji dziecka powinna być przeprowadzana w miarę potrzeb, jednak w przypadku dzieci poniżej 3 lat nie rzadziej niż co 3 miesiące, a w przypadku dzieci starszych nie rzadziej niż co 6 miesięcy.
[20] Ustawa z 25.07.2014 r. o zmianie ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1188).
[21] Art. 47 ust. 7 u.w.r.
[22] Art. 100 ust. 4a u.w.r.
[23] Art. 47 ust. 7 u.w.r.
[24] Art.100 ust. 4a u.w.r.
[25] Uzasadnienie projektu z 7.12.2007 r. ustawy o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw (druk nr 629), s. 11–14.

przez dostosowanie redakcji odpowiednich zapisów k.r.o.[26] do przepisów ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej, i wprowadzenie w rozdziale II po oddziale 2 „Władza rodzicielska" nowego, ale funkcjonalnie z nim powiązanego, oddziału 2a „Piecza zastępcza"[27]. Warto przypomnieć, że podobne rozwiązanie było już postulowane w 2007 r., gdy projektodawca wskazywał, iż: „umieszczenie w K.r.o. podstawowej regulacji zastępczej pieczy nad dzieckiem ustabilizuje stan prawny w tym zakresie, zapobiegając doraźnym, cząstkowym i niespójnym zmianom przepisów pozakodeksowych, usytuowanych w sferze prawa publicznego. (…) Usytuowanie przepisów o pieczy zastępczej w K.r.o. (nie zaś w ustawie z dziedziny prawa publicznego) jednoznacznie będzie wskazywać sądom wiążące je w sprawach opiekuńczych podstawowe i kierunkowe unormowania pieczy zastępczej"[28]. Wśród tych unormowań znalazła się zasada pomocniczości sądu opiekuńczego (art. 112^3 k.r.o.) i zasada tymczasowości pieczy zastępczej[29] (art. 112^4 k.r.o.). Tymczasowość pieczy zastępczej determinuje „cel umieszczenia dziecka poza rodziną, jakim jest udzielenie wsparcia dziecku i jego rodzinie. Tymczasowość sprawowania pieczy zastępczej służyć ma bowiem odbudowaniu stabilności rodzin, z których pochodzą wychowankowie, i reintegracji tych rodzin"[30]. Stąd zapis art. 112^4 k.r.o.: „dziecko umieszcza się w pieczy zastępczej do czasu zaistnienia warunków umożliwiających jego powrót do rodziny albo umieszczenia go w rodzinie przysposabiającej". Ponadto ustawodawca oprócz dookreślenia w art. 112^5 k.r.o., komu sąd może powierzyć sprawowanie pieczy zastępczej i zagwarantowania w art. 112^6 k.r.o. odpowiedniej pieczy dziecku niepełnosprawnemu, w kolejnych przepisach zastrzega prymat rodzinnej pieczy zastępczej i pieczy sprawowanej na terenie powiatu pochodzenia dziecka (art. 112^7 k.r.o.) oraz wprowadza zasadę nierozdzielania rodzeństw (art. 112^8 k.r.o.).

Ustawa o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej wprowadziła również zmiany w Kodeksie postępowania cywilnego[31], które odnosiły się do czynności sądu w postępowaniu o umieszczenie dziecka w pieczy zastępczej[32], w tym wprowadzono zapis określający czynności sądu w postępowaniu wykonawczym dotyczące oceny sytuacji dziecka umieszczonego w pieczy[33].

Podsumowując rozważania na temat koncepcji obowiązującego od 2012 r. systemu wspierania rodziny i pomocy dziecku, można je zebrać w następujących konkluzjach:

- system wspierania rodziny i zapewnienia dziecku pieczy zastępczej jest całościowo opisany w ustawie z 9.06.2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej, która jest aktem prawa publicznego. Interwencje państwa w sferę władzy rodzicielskiej, których skutkiem może być umieszczenie

[26] Np. art. 100 § 2, art. 109 § 4, art. 112^1 k.r.o.
[27] R. Zegadło, *Piecza zastępcza* [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. J. Wierciński, Warszawa 2014, s. 732–733.
[28] Uzasadnienie…, s. 12–13.
[29] Przepis art.112^4 k.r.o. ma swoje odzwierciedlenie w przepisie art. 32 i 33 u.w.r.
[30] M. Andrzejewski, *Ewolucja pieczy zastępczej przez pryzmat nowych regulacji prawnych*, „Teologia i Moralność" 2012/1/11, t. 7, s. 106.
[31] Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 1964 Nr 43, poz. 296 ze zm.; tekst jedn.: Dz.U. z 2019 poz. 1460 ze zm.) – dalej k.p.c.
[32] Np. zmiana art. 570^1, 578 i 579^2 k.p.c.
[33] Art. 579^1 § 3 k.p.c.

dziecka w pieczy zastępczej, to kompetencja sądu opiekuńczego, którego zakres działania określa Kodeks rodzinny i opiekuńczy, a sposób działania Kodeks postępowania cywilnego, czyli akty prawa prywatnego. Zatem po wejściu w życie ustawy nadal utrzymuje się rozdzielenie regulacji odnośnie do pieczy zastępczej na dwa równorzędne akty prawne;

- należy pamiętać, że „podstawową zasadą, na jakiej oparte zostały wszelkie uregulowania prawne dotyczące spraw dziecka i rodziny, jak też ich wykładnia”[34], to zasada dobra dziecka i kierowania się najlepiej pojętym interesem dziecka. Ustawa o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej nakazuje jej realizatorom podmiotowe traktowanie dziecka i respektowanie jego praw do m.in.: wychowania w rodzinie, a w przypadku umieszczenia w pieczy zastępczej – w jej rodzinnych formach, powrotu do rodziny, utrzymywania osobistych kontaktów z rodzicami oraz do stabilnego środowiska wychowawczego;
- mając na uwadze, że umieszczenie dziecka w pieczy zastępczej nie jest rozwiązaniem docelowym[35], do którego dąży sąd opiekuńczy – sąd, prowadząc postępowanie wykonawcze, regularnie (nie rzadziej niż raz na 6 miesięcy) dokonuje oceny sytuacji dziecka umieszczonego w pieczy, której celem jest ustalenie, czy istnieje możliwość powrotu dziecka do rodziny biologicznej, a jeśli nie ma takiej możliwości i przesłanki powodujące umieszczenie dziecka w pieczy utrzymują się mimo udzielonej rodzicom pomocy[36]– podjęcie decyzji o wszczęciu z urzędu postępowania o pozbawienie rodziców dziecka władzy rodzicielskiej;
- mając na uwadze, że umieszczenie dziecka w pieczy zastępczej jest – co do zasady – rozwiązaniem czasowym[37], niezależnie od kompetencji i działań sądu opiekuńczego w zakresie stabilizowania sytuacji dziecka przebywającego w pieczy zastępczej, organizator rodzinnej pieczy zastępczej[38] lub dyrektor placówki[39] ma obowiązek podejmować działania na rzecz reintegracji rodziny i oceniać zasadność pobytu dziecka w pieczy zastępczej nie rzadziej niż co 3 lub 6 miesięcy, a po upływie 18 miesięcy od dnia umieszczenia dziecka w pieczy składać do sądu wniosek o uregulowanie sytuacji prawnej dziecka;
- wszystkie podmioty pracujące na rzecz rodziny przeżywającej trudności w wykonywaniu funkcji opiekuńczo-wychowawczych oraz na rzecz ochrony i pomocy dzieciom mają ze sobą współpracować (preambuła u.w.r.). Ustawodawca w art. 3 ust. 1 u.w.r. zobowiązuje jednostki organizacyjne wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej do współpracy z sądami i ich organami pomocniczymi. Z kolei obowiązek współpracy sądu i sędziego rodzinnego z „organami, instytucjami i organizacjami

[34] Uzasadnienie postanowienia Sądu Najwyższego (dalej SN) z 24.11. 2016 r., II CA 1/16, OSNC 2017/7–8, poz. 90, http://sn.pl/sites/orzecznictwo/Orzeczenia3/II%20CA%201–16.pdf, s. 5 (dostęp:15.09.2018 r.).
[35] Art. 112^4 k.r.o.
[36] Np. przez umieszczenie dziecka w pieczy zastępczej i inne formy określone w kodeksie rodzinnym i opiekuńczym lub w ustawie o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej.
[37] Art. 112^4 k.r.o.
[38] W odniesieniu do dzieci umieszczonych w rodzinnych formach pieczy (przyp. – autorki).
[39] W odniesieniu do dzieci umieszczonych w instytucjonalnych formach pieczy (przyp. – autorki).

społecznymi zajmującymi się na danym terenie problematyką rodziny, dzieci i młodzieży (…)" wynika z § 219 Regulaminu urzędowania sądów powszechnych[40] (dalej Regulamin).

3. ROLA I ZAKRES CZYNNOŚCI SĄDU PROWADZĄCEGO POSTĘPOWANIE WYKONAWCZE W ZAKRESIE REALIZACJI ZASADY TYMCZASOWOŚCI PIECZY ZASTĘPCZEJ

Specyfiką prawa rodzinnego jest podejmowanie przez sąd czynności, po wydaniu w postępowaniu rozpoznawczym orzeczenia co do istoty sprawy, których celem jest nadzór sądu nad wykonaniem tego orzeczenia przez podmioty nim związane. „W polskim systemie prawa procesowego brak odrębnych przepisów regulujących postępowanie wykonawcze w sprawach rodzinnych i opiekuńczych. Ustawodawca kierując się względami ekonomii legislacyjnej, w sposób całościowy uregulował jedynie proces. Pozostałe postępowania natomiast zostały uregulowane w szczegółach odpowiadających ich specyfice z zastrzeżeniem prawa posiłkowego stosowania przepisów dotyczących procesu. Posiłkowe zastosowanie przepisów o procesie niewątpliwie stanowi także skutek rozstrzygnięcia systemowego polegającego na zaliczeniu spraw rodzinnych i opiekuńczych do grupy spełniającej w ujęciu Kodeksu postępowania cywilnego dyspozycję «sprawy cywilnej»"[41].

W Kodeksie postępowania cywilnego odnajdujemy jedynie w art. 578^1 § 1 zapis wskazujący podstawę do wszczęcia przez sąd postępowania wykonawczego, a w odniesieniu do spraw dotyczących umieszczenia dzieci w pieczy zastępczej musimy mieć na uwadze dyspozycję art. 579^1 § 3 k.p.c.[42] odnoszącą się do czynności sądu po umieszczeniu dziecka poza rodziną.

Jak twierdzi D. Jakimiec: „zarówno postępowanie rozpoznawcze prowadzone w trybie nieprocesowym, jak i postępowanie wykonawcze w tych sprawach – jako stadium następcze – z założenia są pozbawione sporu. Funkcja jaką pełni sąd rodzinny w postępowaniu wykonawczym, oddaje jego opiekuńczy charakter"[43]. „W przypadku postępowania wykonawczego w sprawach z zakresu władzy rodzicielskiej przedmiot tego postępowania determinuje zakres i rodzaj ochrony udzielonej przez sąd opiekuńczy małoletniemu dziecku. W sprawach o wykonanie orzeczenia wydanego na podstawie art. 109 § 2 k.r.o. podmiotem postępowania wykonawczego jest małoletni oraz jego naturalne środowisko rodzinne, przedmiotem zaś – zapewnienie dziecku należytej opieki i warunków rozwoju zgodnie z zasadą jego dobra. Przedmiot postępowania jest realizowany przez kształtowanie prawidłowych postaw i wzorców zachowania rodziców. Zgodnie z tendencją polskiego ustawodawstwa przedmiot postępowania w tych sprawach ewaluował od nadzoru nad sprawowaniem władzy do modelowania

[40] Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 23.12.2015 r. – Regulamin urzędowania sądów powszechnych (Dz.U. poz. 2316 ze zm.).

[41] D. Jakimiec, *Dysfunkcjonalność rodziny jako przedmiot postępowania wykonawczego w prawie rodzinnym i opiekuńczym*, Warszawa 2016, s. 101.

[42] „Sąd opiekuńczy okresowo, nie rzadziej niż raz na sześć miesięcy, dokonuje oceny sytuacji dziecka umieszczonego w pieczy zastępczej w celu ustalenia możliwości powrotu dziecka do rodziny. Jeżeli wymaga tego dobro dziecka, sąd wszczyna postępowanie o pozbawienie władzy rodzicielskiej jego rodziców". Artykuł 579^1 § 3 k.p.c. został dodany z dniem 1.01.2012 r. przez ustawę o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej.

[43] D. Jakimiec, *Dysfunkcjonalność…*, s. 109.

prawidłowych postaw rodziców. Celem tego postępowania jest wspieranie rodziny w jej reintegracji i dążenie tym samym do zapewnienia dziecku właściwego rozwoju fizycznego i intelektualnego w jego naturalnym środowisku"[44]. Zdaniem D. Jakimiec zmiana roli sądu opiekuńczego na etapie postępowania wykonawczego odzwierciedla zmiany, jakie następowały w redakcji przepisu art. 109 § 2 k.r.o. przy okazji nowelizacji Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z lat: 1976, 2000, 2008 i 2011. Dodatkowo, w kodeksie znajdują się zapisy zastrzegające, że wyższy poziom ingerencji sądu we władzę rodzicielską rodziców, np. umieszczenie dziecka w pieczy zastępczej lub pozbawienie rodziców władzy rodzicielskiej, może nastąpić wtedy, gdy „uprzednio stosowane inne środki przewidziane w art. 109 § 2 pkt 1–4 k.r.o. oraz formy pomocy rodzicom dziecka, o których mowa w przepisach o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej, nie doprowadziły do usunięcia stanu zagrożenia dobra dziecka"[45] lub „jeżeli mimo udzielonej pomocy nie ustały przyczyny zastosowania art. 109 § 2 pkt 5 k.r.o. (…)"[46]. Wydaje się zatem, że uwzględniając przywołaną opinię D. Jakimiec, należy mieć przede wszystkim na uwadze pomocniczą funkcję sądu opiekuńczego wyrażoną w dyspozycji art. 100 k.r.o.

Analizując zakres istniejących przepisów kodeksowych, odnoszących się do nieprocesowego postępowania wykonawczego, zrozumiały wydaje się prezentowany od wielu lat postulat środowiska sędziów rodzinnych[47] stworzenia przepisów wykonawczych w sprawach opiekuńczych. Aktualnie, poza szczątkowymi regulacjami w Kodeksie postępowania cywilnego, czynności sądu opiekuńczego (czy szerzej rodzinnego) w postępowaniu wykonawczym są w ograniczonym zakresie opisane w § 256 ust. 1 Regulaminu[48].

Zatem, pomijając kwestie techniczne związane z prowadzeniem biurowości w sprawach opiekuńczych[49], możemy przyjąć, że w odniesieniu do spraw, w których sąd zarządził umieszczenie dziecka w pieczy zastępczej, ustawodawca w różnych aktach prawnych (kodeksowych i pozakodeksowych) określa czynności, jakie sąd ma lub może podejmować w fazie postępowania wykonawczego:

- wszczęcie postępowania wykonawczego (art. 578^1 § 1 k.p.c.);
- przesłanie do właściwej jednostki organizacyjnej wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej[50] zawiadomienia o wydaniu orzeczenia

[44] D. Jakimiec, *Dysfunkcjonalność*…, s. 112.
[45] Art.112^3 § 1 k.r.o.
[46] Art. 111 § 1a k.r.o.
[47] Od roku 2015 konsekwentnie co roku sędziowie zrzeszeni w Stowarzyszeniu Sędziów Rodzinnych w Polsce w trakcie Kongresu Sędziów Rodzinnych, który odbywa się we wrześniu w Zakopanem, podejmują uchwałę, w której jednym z postulatów jest wprowadzenie do przepisów Kodeksu postępowania cywilnego przepisów dotyczących postępowania wykonawczego w sprawach rodzinnych, w tym określenie roli kuratora sądowego w tym postępowaniu, http://www.sssrwp.pl/aktualnosci.php?typ=uc (dostęp: 4.09.2018 r.). Z podobnym postulatem występowała Krajowa Rada Kuratorów, która przedłożyła ministrowi sprawiedliwości Projekt unormowania obowiązków kuratorów sądowych w postępowaniu wykonawczym w sprawach opiekuńczych, http://kurator.webd.pl/wp-content/uploads/2014/07/2014.04.30-Kurator-rodzinny-organ-wykonawczy-w-kpc-krio.pdf (dostęp: 4.09.2018 r.).
[48] „W postępowaniu wykonawczym czynności związane z jego przebiegiem należą do sędziego lub asesora sądowego, z wyjątkiem czynności zastrzeżonych dla sądu". Podobne rozwiązanie dotyczyło wcześniejszych wersji Regulaminu z: roku 1987 (Dz.U. z 1987 Nr 38, poz. 218); z roku 2007 (tekst jedn.: Dz.U. z 2014 r. poz. 259); z czerwca 2015 r. (Dz.U. poz. 925).
[49] Zasady prowadzenia biurowości określa zarządzenie 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 5, poz. 22 ze zm.).
[50] W przypadku umieszczenia dziecka w rodzinnej formie pieczy sąd zawiadamia organizatora rodzinnej pieczy zastępczej, a w odniesieniu do instytucjonalnej pieczy zastępczej – powiatowe centrum pomocy rodzinie.

o umieszczeniu dziecka w pieczy zastępczej wraz z określeniem terminów, w jakich jednostka ma przesyłać do sądu sprawozdania dotyczące sytuacji rodziny i udzielanej pomocy (art. 109 § 4 k.r.o.);

- powiadomienie na podstawie art. 100 k.r.o. jednostki organizacyjnej wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej „o potrzebie udzielenia rodzinie dziecka odpowiedniej pomocy", co stanowi realizację pomocniczej funkcji sądu opiekuńczego[51]. „Jednostka organizacyjna wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej jest obowiązana informować sąd o rodzajach udzielanej pomocy i jej rezultatach"[52];
- współdziałanie sędziego rodzinnego z organami, instytucjami i organizacjami społecznymi zajmującymi się na danym terenie problematyką rodziny, dzieci i młodzieży (§ 219 Regulaminu);
- regularne („okresowo, nie rzadziej niż raz na sześć miesięcy") dokonywanie oceny sytuacji dziecka umieszczonego w pieczy zastępczej mające na „celu ustalenie możliwości powrotu dziecka do rodziny" (art. 579^1 § 3 k.p.c.);
- udział (fakultatywny) przedstawiciela sądu właściwego ze względu na miejsce zamieszkania rodziny zastępczej lub prowadzącego rodzinny dom dziecka w posiedzeniu, w czasie którego organizator rodzinnej pieczy dokonuje oceny sytuacji dziecka (art. 130 ust. 2 u.w.r.) umieszczonego w rodzinnej formie. Podobnie, jeśli chodzi o ocenę sytuacji dziecka umieszczonego w instytucjonalnej pieczy zastępczej, ustawodawca w art. 137 ust. 2 u.w.r. wskazuje, że w posiedzeniu zespołu dokonującego okresowej oceny sytuacji dziecka mogą brać udział „przedstawiciele sądu właściwego ze względu na miejsce położenia placówki"[53];
- zlecanie kuratorowi sądowemu na podstawie art. 570^1 § 1 k.p.c. wywiadu środowiskowego odnośnie do małoletniego i jego rodziców biologicznych pod kątem zaistnienia możliwości powrotu dziecka do rodziny;
- podjęcie decyzji o wszczęciu postępowania o pozbawienie władzy rodzicielskiej rodziców dziecka, gdy wymaga tego dobro dziecka (art. 579^1 § 3 k.p.c.).

Sąd opiekuńczy podejmuje wymienione wyżej czynności podczas posiedzeń wykonawczych, o których mowa w § 257 ust. 1 Regulaminu. Szczątkowe informacje o czynnościach, jakie sąd podejmuje na etapie postępowania wykonawczego możemy odnaleźć w objaśnieniach do Formularza MS-S16[54].

[51] W tym kontekście jednostką organizacyjną wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej odpowiedzialną za udzielenie rodzicom dziecka umieszczonego w pieczy zastępczej pomocy i wsparcia będzie jednostka organizacyjna gminy odpowiedzialna za pracę z rodziną (z reguły jest to ośrodek pomocy społecznej).

[52] Art. 100 § 2 k.r.o.

[53] W zasadzie trudno się oprzeć wrażeniu, że ustawodawca używając niezdefiniowanego określenia „przedstawiciel sądu" spowodował, iż tym przepisem umiejscowionym w akcie prawa publicznego nie czują się związani ani sędziowie rodzinni, ani kuratorzy sądowi (przyp. – autorki).

[54] Na posiedzenia wykonawcze powinny być kierowane sprawy, które po wydaniu orzeczenia w postępowaniu rozpoznawczym na etapie postępowania wykonawczego wymagają ingerencji lub zajęcia przez sąd stanowiska w formie decyzji procesowej (wydanie postanowienia) oraz sprawy dotyczące wykonywanych przez kuratorów sądowych nadzorów (zapoznawanie się ze sprawozdaniem w celu podjęcia decyzji np. o wszczęciu postępowania o zmianę zastosowanego wobec nieletniego środka lub innych czynności np. zapoznanie się z opinią dotyczącą nieletniego nadesłaną przez szkołę) – mają one charakter kontrolny i z reguły wydawane na nich decyzje przybierają charakter zarządzeń (objaśnienia do działu 1.1.9. do druku statystycznego MS-S16 za rok 2017, źródło: Ministerstwo Sprawiedliwości).

Brak usystematyzowanych przepisów określających czynności sądu opiekuńczego na etapie postępowania wykonawczego może skutkować niejednolitą praktyką w tym zakresie. Stąd szczególnie ważna wydaje się wykładnia językowa, celowościowa i systemowa przepisu art. 579^1 § 3 k.p.c. Po pierwsze, należy podkreślić, że to sąd dokonuje oceny sytuacji dziecka, bazując na dokumentach i informacjach uzyskanych z własnej inicjatywy lub nadesłanych przez inne podmioty. Zatem sąd ma aktywność i inicjatywę w tym zakresie, która nie ogranicza się jedynie do zatwierdzenia opinii organizatora rodzinnej pieczy zastępczej co do zasadności dalszego pobytu dziecka w pieczy[55] lub wniosku zespołu powołanego przez dyrektora placówki opiekuńczo-wychowawczej do dokonania okresowej oceny sytuacji dziecka[56]. Po drugie, niezwykle istotny jest cel prowadzonego postępowania wykonawczego wyrażony w art. 579^1§ 3 k.p.c., czyli sprawdzenie, czy są możliwości powrotu dziecka do rodziny biologicznej. W końcu, sąd dokonując oceny sytuacji dziecka przebywającego w pieczy zastępczej, powinien mieć również na uwadze dyspozycje art. 47 ust. 7 i art. 100 ust. 4a u.w.r., które wskazują okres maksimum 18 miesięcy od dnia umieszczenia dziecka w pieczy jako wystarczająco długi dla rodziców dziecka na przekonanie sądu, że spełniają oni warunki umożliwiające powrót dziecka do rodziny.

Zgodnie z intencją ustawodawcy wyrażoną w art. 112 § 1a k.r.o., jeżeli mimo udzielonej pomocy rodzicom dziecka (np. przez umieszczenie dziecka w pieczy zastępczej czy podjęcie z rodzicami pracy przez asystenta rodziny) nie ustały przyczyny zastosowania art. 109 § 2 pkt 5, to sąd powinien rozważyć możliwość pozbawienia tych rodziców władzy rodzicielskiej.

Ustawodawca w art. 33 pkt 1 u.w.r. podkreśla, że: „[p]iecza zastępcza zapewnia pracę z rodziną umożliwiającą powrót dziecka do rodziny lub gdy jest to niemożliwe – dążenie do przysposobienia dziecka, a w przypadku braku możliwości przysposobienia dziecka – opiekę i wychowanie w środowisku zastępczym". Zatem przywołany przepis podaje nam **algorytm działań** podmiotów odpowiedzialnych za organizację i wspieranie pieczy zastępczej oraz sądu opiekuńczego **po umieszczeniu dziecka poza rodziną**:

- I etap: **praca na rzecz reintegracji rodziny** i podczas oceny sytuacji dziecka przez sąd podjęcie decyzji o możliwości powrotu dziecka do rodziny (wtedy „wyjście" dziecka z systemu pieczy) lub o jej braku. Gdy brak jest możliwości powrotu dziecka do rodziny wniosek do sądu o uregulowanie sytuacji prawnej dziecka;
- II etap: **uregulowanie sytuacji prawnej dziecka** → zgłoszenie dziecka do procedury adopcyjnej → decyzja o zakwalifikowaniu dziecka do adopcji i poszukiwanie kandydatów do przysposobienia dziecka;
- III etap: **przysposobienie** („wyjście" dziecka z systemu pieczy);
- IV etap: lub gdy brak możliwości przysposobienia dziecka – **piecza długoterminowa**.

Algorytm zakłada przejście przez każdy etap pomocy dziecku i jego rodzinie oraz podjęcie decyzji, co do dalszych działań na rzecz pomocy dziecku umieszczonemu

[55] Art. 131 ust. 2 u.w.r.
[56] Art. 138 ust. 2 u.w.r.

w pieczy zastępczej. Proces decyzyjny w zamyśle ustawodawcy jest procesem zespołowym, który odbywa się regularnie co 3 lub 6 miesięcy[57] podczas dokonywania oceny sytuacji dziecka umieszczonego w pieczy zastępczej, na posiedzeniach organizowanych odpowiednio przez organizatora rodzinnej pieczy zastępczej lub dyrektora placówki.

Działania na rzecz stabilizacji sytuacji dziecka, które przebywa w pieczy zastępczej, za które odpowiada organizator pieczy zastępczej lub dyrektor placówki opiekuńczo-wychowawczej, są nierozerwalnie skojarzone z działaniami sądu opiekuńczego prowadzącego postępowanie wykonawcze i zależne od nich w tym sensie, że brak odpowiedniej decyzji sądu np. o reintegracji lub o pozbawieniu rodziców władzy rodzicielskiej, uniemożliwia przejście realizatorom pracy z dzieckiem i jego rodzicami do kolejnego etapu działań.

4. METODOLOGIA BADAŃ

Badanie „Praktyka sądowa w zakresie realizacji zasady tymczasowości pieczy" zostało zaplanowane w paradygmacie ilościowo-jakościowym, gdyż uznano że dane pozyskane wyłącznie z analizy akt sądowych mogą być niewystarczające do rzetelnego opisu praktyki sądowej oraz zaproponowania konstruktywnych rozwiązań odnośnie do ewentualnych zmian[58]. Materiał badawczy pozyskano przy wykorzystaniu następujących technik badawczych: analizy dokumentów z akt sądowych, dwóch badań sondażowych i czterech wywiadów fokusowych.

5. ANALIZA DOKUMENTÓW Z AKT SĄDOWYCH

W badaniu wykorzystano 201 sądowych akt wykonawczych „Opm" z 28 sądów rejonowych z całej Polski. W odezwie do prezesów sądów proszono o nadesłanie akt wykonawczych dotyczących dzieci, wobec których w 2015 r. zapadło orzeczenie sądu o umieszczeniu w pieczy zastępczej w formie rodzinnej lub instytucjonalnej. Próba badawcza została dobrana losowo z wykorzystaniem danych statystycznych ze wszystkich sądów rejonowych z druku statystycznego MS-S16 za rok 2015. Badanie aktowe przeprowadzono w okresie od 1.04. do 31.07.2018 r.

Analizy akt dokonano na podstawie kwestionariusza skonstruowanego na potrzeby tego badania. Kwestionariusz powstał w oparciu o dogłębną analizę przepisów prawa (materialnego, procesowego i ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej), dostępnej literatury tematu oraz własną praktykę sądową. W kwestionariuszu znalazły się pytania dotyczące:

- podstawowych danych sprawy – sygnatura akt, nazwa sądu, właściwy dla miejsca sprawowanej pieczy powiat;
- danych socjodemograficznych – dane dotyczące dzieci objętych orzeczeniem; dane dotyczące rodziców dzieci; dane dotyczące rodziny – w tym

[57] W przypadku dziecka do 3. roku życia ocena sytuacji dziecka ma być dokonywana nie rzadziej niż co 3 miesiące, a w przypadku dzieci starszych nie rzadziej niż co 6 miesięcy (art. 131 ust. 1 u.w.r. – rodzinne formy; art. 138 ust. 1 u.w.r. – instytucjonalne formy).

[58] Jak twierdzi Earl Babbie, „zazwyczaj najlepsze są schematy badawcze, które wykorzystują więcej niż jedną metodę i odnoszą korzyści z ich różnych zalet" (E. Babbie, *Badania społeczne w praktyce*, Warszawa 2005, s. 131). Takie podejście umożliwia przetestowanie tej samej hipotezy w ramach tego samego planu badawczego, czyli triangulację (przyp. – autorki).

sytuacji majątkowej rodziny w chwili wydawania orzeczenia, zidentyfikowanych problemów w funkcjonowaniu rodziny, wcześniejszych ingerencji sądu we władzę rodzicielską, bezpośrednich powodów umieszczenia dziecka w pieczy zastępczej;

- orzeczenia sądu o umieszczeniu dziecka w pieczy zastępczej – daty wykonalności (w tym informacji, czy było to orzeczenie kończące postępowanie czy zarządzenie tymczasowe), sposobu ingerencji we władzę rodzicielską, formy pieczy zastępczej (w tym miejsca sprawowania pieczy, informacji o ewentualnym rozdzieleniu rodzeństwa), wskazania w orzeczeniu/zarządzeniu częstotliwości składania przez jednostkę organizacyjną wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej sprawozdań;
- czynności sądu przed wydaniem orzeczenia o umieszczeniu w pieczy zastępczej np. zwrócenie się do organizatora rodzinnej pieczy o wskazanie rodziny zastępczej (art. 570^1 § 3 k.p.c.); powiadomienie gminy o potrzebie udzielenia rodzinie pomocy (art. 100 § 2 k.r.o.); zobowiązanie rodziców do pracy z asystentem (art. 109 § 2 pkt 1 k.r.o.); skierowanie dziecka do placówki wsparcia dziennego (art. 109 § 2 pkt 1 k.r.o.); ustanowienie w zabezpieczeniu nadzoru kuratora sądowego (art. 109 § 2 pkt 3 k.r.o.); umieszczenie dziecka na czas toczącego się postępowania w pieczy zastępczej (art. 109 § 5 k.r.o.);
- czynności sądu w toku prowadzonego postępowania wykonawczego – data skierowania wykonalnego orzeczenia do jednostki organizacyjnej wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej odpowiedzialnej za miejsca w pieczy zastępczej i za pracę z rodziną (art. 109 § 4 k.r.o.); częstotliwość i rodzaj posiedzeń wykonawczych; podejmowanie w toku postępowania wykonawczego innych czynności przez sąd opiekuńczy; oceny aktywności sądu opiekuńczego na etapie postępowania wykonawczego w zakresie „aktywnie" lub „rutynowo";
- kolejnych postępowań dotyczących dziecka i jego rodziny prowadzonych w toku postępowania wykonawczego;
- czynności jednostek organizacyjnych wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej w toku postępowania wykonawczego w sądzie – np. częstotliwość przesyłania z własnej inicjatywy informacji o całokształcie sytuacji osobistej dziecka[59]; złożenie wniosku o uregulowanie sytuacji prawnej dziecka przed upływem 18 miesięcy od daty umieszczenia dziecka w pieczy zastępczej[60], i po upływie tego terminu[61]; kontakty osobiste lub telefoniczne przedstawiciela jednostki powiatu z sędzią referentem; zapraszanie przedstawiciela sądu do udziału w posiedzeniach w sprawie oceny zasadności pobytu dziecka w pieczy zastępczej[62]; udział asystenta rodziny/pracownika socjalnego w posiedzeniach w sprawie oceny zasadności dalszego pobytu dziecka w pieczy[63];

[59] Art. 47 ust. 5 lub art. 131 ust. 2 u.w.r.
[60] Art. 47 ust. 6 lub art. 93 u.w.r.
[61] Art. 47 ust. 7 lub art. 100 ust. 4a u.w.r.
[62] Art. 130 ust. 2 lub art. 137 ust. 2 u.w.r.
[63] Art. 130 ust. 1 lub art. 137 ust. 1 u.w.r.

- powodu zwolnienia dziecka z pieczy zastępczej lub zakończenia postępowania wykonawczego;
- oceny współpracy sądu opiekuńczego z jednostką wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej w skali od 1 do 4.

Dane (ilościowe) z ankiety zostały wprowadzone do bazy i opracowane statystycznie za pomocą programu *Statistical Package for the Social Sciences* (SPSS) w wersji 22.0.

6. BADANIA SONDAŻOWE ONLINE

W ramach badania w okresie od maja do września 2018 r. zostały zaplanowane i przeprowadzone dwa sondaże w wersji online przy wykorzystaniu interaktywnego kwestionariusza ankiety na stronie internetowej IWS. Jeden sondaż był skierowany do wszystkich powiatowych centrów pomocy rodzinie w Polsce, drugi – do sędziów orzekających w wydziałach rodzinnych we wszystkich sądach rejonowych w Polsce. Kwestionariusze sondażu dla przedstawicieli jednostek powiatu odpowiedzialnych za miejsca w pieczy zastępczej i sondażu dla sędziów zostały skonstruowane po gruntownej analizie literatury tematu, przepisów prawa oraz w wyniku refleksji badaczki po lekturze akt sądowych nadesłanych do badania. Ankietę dla PCPR wypełniło 294 powiatów, a ankietę dla sędziów –169 sędziów rodzinnych.

Kwestionariusz ankiety dla PCPR był dostępny dla respondentów posiadających odpowiedni token na stronie internetowej IWS i składał się z pytań dotyczących: nazwy powiatu (P 1[64]); zasobów danego powiatu w zakresie pieczy zastępczej – pytano o to, jakie w danym powiecie funkcjonują formy pieczy rodzinnej i instytucjonalnej, ile jest podmiotów rodzinnej i instytucjonalnej pieczy zastępczej, ilu koordynatorów zatrudnia PCPR, i ile jest rodzin pomocowych (P 2 i 3); liczby dzieci umieszczonych w pieczy zastępczej i oczekujących na umieszczenie w pieczy zastępczej (P 4 i 5); liczby dzieci i powodów opuszczenia pieczy przez dzieci w 2017 r. (P 6); rozumienia pojęcia „tymczasowość pieczy zastępczej" (P 7); form współpracy PCPR z sądem opiekuńczym w zakresie umieszczania dziecka w pieczy i po umieszczeniu dziecka w pieczy zastępczej oraz oceny tej współpracy przez PCPR w skali od 1 do 4 (P 8 i 9); form współpracy PCPR z gminą po umieszczeniu dziecka w pieczy zastępczej oraz oceny tej współpracy w skali od 1 do 4 (P 10 i 11); zaproponowania rozwiązań, które wpłynęłyby na skrócenie czasu pobytu dziecka w pieczy zastępczej (P 12); uwag na temat barier w realizacji zadań związanych z tymczasowością pieczy lub podzielenia się dobrą praktyką (P 13).

Kwestionariusz ankiety dla sędziów był dostępny dla respondentów posiadających odpowiedni token na stronie internetowej IWS i składał się z pytań dotyczących: zasobów powiatu w zakresie miejsc w pieczy zastępczej (S 1[65]) oraz oceny dostępności miejsc w pieczy (S 2, 3 i 4); rozumienia pojęcia „tymczasowość pieczy" przez sędziów rodzinnych (S 5); praktyki sądowej w zakresie współpracy sądu z jednostkami organizacyjnymi wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej

[64] Oznaczenie nr pytania w ankiecie dla PCPR-ów (przyp. – autorki).
[65] Oznaczenie nr pytania w ankiecie dla sędziów rodzinnych (przyp. – autorki).

w zakresie umieszczania dzieci w pieczy (S 6, 7, 8, 9 i 19); praktyki sądowej w zakresie orzekania i czynności sądu podejmowanych w toku postępowania wykonawczego w sprawach dzieci umieszczonych w pieczy zastępczej (S 10 do S 18); oceny współpracy sądu z jednostkami powiatu odpowiedzialnymi za miejsca w pieczy zastępczej (S 20); oceny udziału jednostek gminy w działaniach na rzecz pomocy rodzicom dziecka umieszczonego w pieczy (S 21); zaproponowania zmian/dobrych praktyk w zakresie skrócenia pobytu dziecka w pieczy zastępczej (S 22), współpracy z jednostkami organizacyjnymi wspierania rodziny odpowiedzialnymi za tworzenie miejsc i organizację pieczy zastępczej (S 23) oraz wskazanie barier w realizacji czynności sądu w postępowaniu wykonawczym (S 24); danych metryczkowych dotyczących respondentów (płeć, staż orzekania, nazwa sądu).

Po wypełnieniu ankiety online system zapisywał wyniki w bazie danych. Analiza statystyczna uzyskanych danych (ilościowych) została wykonana w oparciu o program SPSS w wersji 22.0.

7. WYWIADY FOKUSOWE

W toku badań w maju i czerwcu 2018 r. zaplanowano dwa wywiady fokusowe z udziałem (łącznie) 10 sędziów rodzinnych i dwa z udziałem (łącznie) 13 przedstawicieli powiatowych centrów pomocy rodzinie i organizatorów rodzinnej pieczy zastępczej. Wywiady odbywały się na podstawie przygotowanego zestawu pytań. Zarówno w odniesieniu do wywiadów z udziałem przedstawicieli jednostek organizacyjnych wspierania rodziny, jak i z udziałem sędziów rodzinnych dyskusja toczyła się wokół kluczowych dla niniejszego badania kwestii – rozumienia pojęcia „tymczasowość pieczy zastępczej", sposobu wykonywania czynności po umieszczeniu dziecka w pieczy zastępczej oraz współpracy sądu z jednostkami odpowiedzialnymi za organizację pieczy zastępczej i współpracę gminy z jednostkami odpowiedzialnymi za miejsca w pieczy zastępczej w zakresie pracy z rodziną. Każdy z wywiadów za zgodą uczestników został nagrany i transkrybowany.

8. PODSUMOWANIE WYNIKÓW BADAŃ ILOŚCIOWYCH I JAKOŚCIOWYCH

Na podstawie danych uzyskanych z badań aktowych można powiedzieć, że postępowanie wykonawcze w sprawach, w których sąd zdecydował o umieszczeniu dziecka w pieczy zastępczej, toczy się według przyjętej w danym wydziale lub przez danego sędziego praktyki. Wobec braku przepisów wykonawczych odnoszących się do postępowań opiekuńczych, sędziowie rodzinni w tej kategorii spraw stosują dyspozycje art. 578^1 § 1 i 597^1 § 3 k.p.c. Pierwszy z nich jest przepisem ogólnym i dotyczy wszystkich spraw opiekuńczych, w których jest prowadzone postępowanie wykonawcze, a drugi określa minimalną częstotliwość, z jaką sąd powinien dokonywać oceny sytuacji dziecka umieszczonego w pieczy zastępczej, oraz zawiera dyspozycję co do zakresu dalszych działań sądu opiekuńczego zgodnych z dobrem tego dziecka.

Jak twierdzi D. Jakimiec: „w przypadku postępowania wykonawczego w sprawach z zakresu władzy rodzicielskiej przedmiot tego postępowania determinuje zakres i rodzaj ochrony udzielonej przez sąd opiekuńczy małoletniemu dziecku.

W sprawach o wykonywanie orzeczenia wydanego na podstawie art. 109 § 2 k.r.o. podmiotem postępowania wykonawczego jest małoletni oraz jego naturalne środowisko rodzinne, przedmiotem zaś – zapewnienie dziecku należytej opieki i warunków rozwoju zgodnie z zasadą dobra tego dziecka. Przedmiot postępowania jest realizowany przez kształtowanie prawidłowych postaw i wzorców zachowania rodziców (…). Celem tego postępowania jest wspieranie rodziny w jej reintegracji i dążenie tym samym do zapewnienia dziecku właściwego rozwoju fizycznego i intelektualnego w jego naturalnym środowisku"[66], przy czym wartością nadrzędną nad „dobrem rodziny" jest zawsze „dobro dziecka". Zatem oczekujemy aktywności sędziego prowadzącego postępowanie wykonawcze w tej kategorii spraw, która nie została nigdzie przez ustawodawcę dookreślona.

W toku przeprowadzonych badań aktowych, sondaży i wywiadów fokusowych badano praktykę sądową, w zakresie realizacji zasady tymczasowości pieczy zastępczej wyrażoną w art. 112^4 k.r.o. oraz zgromadzono rekomendacje środowiska sędziowskiego i przedstawicieli jednostek powiatu odpowiedzialnych za organizację i rozwój pieczy zastępczej na temat zmian praktyki sądowej. W badaniu wykorzystano dane ilościowe i jakościowe z: 201 akt sądowych z 28 losowo dobranych sądów rejonowych z całej Polski; 169 ankiet wypełnionych przez sędziów rodzinnych orzekających w sądach rejonowych w całej Polsce; 294 ankiet wypełnionych przez przedstawicieli powiatowych centrów pomocy rodzinie; dwóch wywiadów fokusowych z udziałem łącznie 10 sędziów rodzinnych; dwóch wywiadów fokusowych z udziałem łącznie 13 przedstawicieli PCPR i ORPZ.

Na podstawie badań aktowych ustalono, że orzeczenia sądu o umieszczeniu dziecka w pieczy zastępczej dotyczyły 285 małoletnich dzieci – najczęściej jednego dziecka (137 spraw), dwojga dzieci (51 spraw), trojga dzieci (7 spraw), czworga dzieci (3 sprawy), pięciorga dzieci (2 sprawy) i sześciorga dzieci (1 sprawa). W pieczy zastępczej umieszczano dzieci w wieku od 2 doby życia do 18. roku życia, najczęściej małe dzieci – odpowiednio w grupie wiekowej do 3 lat – 71 dzieci (24,9% ogółu) i od 3 do 7 lat – 59 dzieci (20,7% ogółu).

Decyzja sądu opiekuńczego o umieszczeniu dziecka w pieczy zastępczej w 63 sprawach (31,8% ogółu) była kolejną formą ingerencji sądu w sferę władzy rodzicielskiej. Wśród zidentyfikowanych na podstawie dokumentów z akt sądowych problemów w funkcjonowaniu rodziny i czynników ryzyka najczęściej występowały: samotne rodzicielstwo – 145 spraw (72,1% ogółu); nadużywanie alkoholu przez rodzica/opiekuna – 92 sprawy (45,8% ogółu); niskie kompetencje rodzicielskie – 63 sprawy (31,3% ogółu); trudna sytuacja materialna – 44 sprawy (21,3% ogółu); złe warunki lokalowe – 28 spraw (13,9% ogółu); przemoc w rodzinie – 25 spraw (12,4% ogółu) i przewlekła choroba rodziców – 25 spraw (12,4% ogółu).

Warto podkreślić, że w poszczególnych rodzinach współwystępowało wiele czynników zaburzających ich funkcjonowanie. Stąd można powiedzieć, że interwencja sądu opiekuńczego, poza sprawami, w których zachodziła konieczność ustanowienia przedstawiciela ustawowego i zapewnienia dziecku pieczy zastępczej w związku ze śmiercią lub przewlekłą chorobą jego rodzica, dotyczyła rodzin wieloproblemowych, często będących już wcześniej w zainteresowaniu sądu opiekuńczego.

[66] D. Jakimiec, *Dysfunkcjonalność*…, s. 112.

Wśród bezpośrednich powodów umieszczenia dziecka w pieczy zastępczej najczęściej odnotowano[67]: nadużywanie alkoholu, libacje i interwencje policji – 79 spraw (39,3% ogółu); pozostawienie dziecka bez opieki/nadzoru – 53 sprawy (26,4% ogółu); śmierć rodzica/brak przedstawiciela ustawowego – 30 spraw (14,9% ogółu); porzucenie dziecka – 29 spraw (14,4% ogółu); zaniedbywanie – 23 sprawy (11,4% ogółu); osadzenie w zakładzie karnym, długotrwały pobyt w szpitalu – 20 spraw (9,9% ogółu); przemoc w rodzinie – 18 spraw (8,9% ogółu); choroba psychiczna lub inna choroba rodzica uniemożliwiająca mu sprawowanie pieczy nad dzieckiem – 18 spraw (8,9% ogółu) i zrzeczenie blankietowe – 7 spraw (3,5% ogółu).

Sąd, oceniając zagrożenie dobra dziecka, w tym realność wystąpienia lub wystąpienie zagrożenia życia lub zdrowia dziecka, podejmował decyzję o umieszczeniu dziecka w pieczy zastępczej już na etapie prowadzonego postępowania rozpoznawczego w 83 sprawach (41,3% ogółu). Sąd w badanej próbie umieścił dziecko pierwszorazowo w: spokrewnionej rodzinie zastępczej – 85 spraw (42,3% ogółu); niezawodowej rodzinie zastępczej – 35 spraw (17,4% ogółu); zawodowej rodzinie zastępczej – 17 spraw (8,5% ogółu); rodzinnym domu dziecka – 5 spraw (2,5% ogółu); placówce opiekuńczo-wychowawczej typu rodzinnego – 2 sprawy (1,0% ogółu) i placówce opiekuńczo-wychowawczej (bez typu rodzinnego) – 57 spraw (28,4% ogółu).

Zatem najczęściej dzieci były umieszczane w spokrewnionych rodzinach zastępczych (42,3% ogółu) i placówkach opiekuńczo-wychowawczych (28,4% ogółu). Jedynie w 12% spraw sąd umieścił dziecko w zawodowej formie rodzinnej. Trudno oszacować, jaki odsetek rodzin zastępczych określonych w u.w.r. jako „niezawodowe rodziny zastępcze" był tworzony przez osoby spokrewnione lub spowinowacone z dzieckiem, a jaki przez osoby obce dla dziecka. Jednak faktem jest, że w okresie objętym badaniem[68] dominowało umieszczanie dzieci w spokrewnionych rodzinach zastępczych i placówkach opiekuńczo-wychowawczych. W aktach odnotowano wystąpienie trudności[69] we wskazywaniu przez organizatora rodzinnej pieczy zastępczej kandydatów do pełnienia funkcji rodziny zastępczej zgodnie z oczekiwaniem sądu lub ustanawianie przez sąd rodziny zastępczej w związku z brakiem szkoleń dla kandydatów na rodziców zastępczych, o których mowa w przepisach o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej.

Niestety, w badanej próbie w 17 sprawach (8,5% ogółu) sąd umieścił w instytucjonalnej pieczy dziecko w wieku poniżej 7. roku życia, a w dziewięciu sprawach (4,5% ogółu) rodzeństwa składające się z co najmniej jednego dziecka w wieku poniżej 7. roku życia. Z uwagi na brak odpowiednich zasobów na terenie powiatu pochodzenia dziecka, w 15 sprawach (7,5% ogółu) dzieci były umieszczane w pieczy zastępczej na terenie innego powiatu, a w 27 sprawach (czyli 42,2% spraw, które dotyczyły rodzeństw) doszło do rozdzielenia rodzeństwa. Bardzo niepokojącą praktyką było przenoszenie dziecka umieszczonego w pieczy do innego miejsca sprawowania w pieczy i dotyczyło to zarówno migracji „do", jak i „z" danej formy

[67] W badanych sprawach mogło współwystępować wiele bezpośrednich powodów umieszczenia dziecka w pieczy (przyp. – autorki).
[68] W odezwach do prezesów sądów proszono o przesłanie akt Nsm, w których w roku 2015 dziecko zostało umieszczone w dowolnej formie pieczy zastępczej (przyp. – autorki).
[69] Np. Sąd Rejonowy w Brodnicy – III Opm 13/00; Sąd Rejonowy w Głogowie – III Opm 111/15, III Opm 71/15; Sąd Rejonowy Łódź-Widzew – V Opm 38/15,V Opm 492/17; Sąd Rejonowy w Międzyrzeczu – III Opm 11/15.

pieczy (rodzinnej lub instytucjonalnej), jak również „w obrębie" danej formy pieczy. Taką sytuację odnotowano w 48 sprawach (23,9% ogółu), a w 17 sprawach (9,0%) zmiana była wielokrotna.

Sąd opiekuńczy najczęściej ograniczał rodzicom dzieci władzę rodzicielską – odpowiednio 115 matkom i 90 ojcom. Pozbawienie władzy rodzicielskiej nastąpiło w przypadku 35 matek i 24 ojców, a zawieszenie władzy – wobec 7 matek i ojców. Ponadto w 17 sprawach (8,5% ogółu) sąd ustanowił nad rodziną zastępczą nadzór kuratora sądowego. W 70 orzeczeniach (34,8% ogółu) lub zarządzeniach wydanych po stwierdzeniu prawomocności orzeczenia sąd wskazywał jednostkom odpowiedzialnym za tworzenie miejsc w pieczy zastępczej częstotliwość składania sprawozdań dotyczących sytuacji rodziny i udzielanej pomocy, w tym prowadzonej pracy z rodziną. Co do zasady, sąd stwierdzając prawomocność orzeczenia przesyłał je natychmiast do wykonania do właściwego PCPR lub organizatora rodzinnej pieczy zastępczej. Jedynie w 15 sprawach (7,5% ogółu) sąd dodatkowo przesłał to orzeczenie lub poinformował o jego wydaniu właściwą jednostkę gminy odpowiedzialną za udzielenie rodzicom wsparcia, o którym mowa w przepisach ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej, tym samym inicjując działania na rzecz reintegracji rodziny. Niestety, jak wynika z badań aktowych, sondaży i wywiadów fokusowych nie jest to powszechnie obowiązująca praktyka.

W ośmiu sprawach (4% ogółu) sąd przesłał prawomocne orzeczenie do zespołu kuratorskiej służby sądowej, zlecając podjęcie współpracy z jednostką powiatu albo wykonywanie cyklicznych wywiadów.

Jeśli chodzi o sposób prowadzenia przez sąd postępowania wykonawczego w sprawach, gdzie dziecko przebywało w pieczy zastępczej, to można stwierdzić, że w 152 sprawach (75,6% ogółu) sąd zapoznawał się z aktami Opm regularnie, wyznaczając termin sesji (kalendarza) wykonawczej – co najmniej raz na 6 miesięcy w 139 sprawach (69,1% ogółu), a rzadziej w 13 sprawach (6,5% ogółu). W pozostałych 49 sprawach (24,4% ogółu) sąd podejmował decyzje bez ustalonego rytmu, z reguły akta były przedstawiane sędziemu „z wpływem". W jedynie 44 sprawach (21,9% ogółu) sąd w toku postępowania wykonawczego wyznaczał posiedzenia wykonawcze z udziałem osób objętych orzeczeniem sądu, o których mowa w § 257 Regulaminu.

Praktyka sądowa pokazuje, że sąd, prowadząc postępowanie wykonawcze, najczęściej opierał się na analizie spływających do akt wykonawczych Opm dokumentów przekazywanych przez organizatora rodzinnej pieczy zastępczej lub dyrektora placówki opiekuńczo-wychowawczej, dotyczących całokształtu sytuacji dziecka umieszczonego w pieczy zastępczej. W toku badania aktowego stwierdzono, że w 189 sprawach (94% ogółu) organizator rodzinnej pieczy zastępczej lub dyrektor placówki, z własnej inicjatywy lub w terminach określonych przez sąd, przesyłał dokumenty zawierające informacje o aktualnej sytuacji dziecka i jego rodziny wraz z opinią w sprawie zasadności dalszego pobytu dziecka. Wydaje się, choć nie było to przedmiotem badań, że różna jest jakość i zawartość informacji o dziecku i jego rodzinie przekazywanych do sądu przez organizatorów rodzinnej pieczy zastępczej i dyrektorów placówek opiekuńczo-wychowawczych. Może to wynikać z różnic w określeniu, co jest obowiązkową dokumentacją dla sądu oraz brakiem wzorów tych dokumentów w ustawie o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej.

Ponadto, w toku badań stwierdzono, że organizator rodzinnej pieczy zastępczej i dyrektor placówki opiekuńczo-wychowawczej, zgodnie z zapisami ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej, po upływie 18 miesięcy od umieszczenia dziecka w pieczy zastępczej wnioskował do sądu o uregulowanie sytuacji prawnej dziecka. W 10 sprawach (5% ogółu) przed upływem 18 miesięcy, a w 58 sprawach (28,9% ogółu) po upływie 18 miesięcy do sądu wpłynęły wnioski organizatora rodzinnej pieczy lub dyrektora placówki o uregulowanie sytuacji prawnej dziecka wraz z wymienioną w ustawie opinią z gminy o przebiegu pracy z rodziną dziecka. Badania aktowe i wywiady fokusowe z udziałem sędziów i przedstawicieli jednostek powiatów dostarczyły dowody na to, że istnieje różnorodna praktyka sądowa, co do reakcji sądu na wniosek organizatora rodzinnej pieczy lub dyrektora placówki – od wszczynania z urzędu na podstawie wniosku postępowania o pozbawienie władzy rodzicielskiej, przez badanie, czy zachodzą przesłanki do wszczęcia takiego postępowania w aktach Opm lub Nmo, do ignorowania wniosku bez sprawdzenia czy dobro dziecka wymaga podjęcia takich działań. Na tym tle rodzą się napięcia w relacji sąd – jednostka powiatu, stąd wydaje się, że jest to obszar działania sądu, który wymaga wnikliwszej analizy.

Sędziowie, prowadząc postępowanie wykonawcze, dość chętnie wykorzystywali dyspozycję art. 570^1 § 1 k.p.c. i zlecali kuratorom sądowym przeprowadzenie wywiadu środowiskowego – jednakże w sądach funkcjonowała niejednolita praktyka co do tego, gdzie ten wywiad miał być przeprowadzony (w miejscu sprawowania pieczy zastępczej czy w miejscu zamieszkania rodziców dziecka umieszczonego w pieczy), i na jaką okoliczność (np. sytuacji opiekuńczo-wychowawczej małoletniego lub utrzymywania się powodów umieszczenia dziecka w pieczy). Stąd w badanej próbie stwierdzono 33 sprawy (16,4% ogółu), w których sąd zlecał kuratorowi sądowemu wywiad w miejscu zamieszkania rodziców biologicznych dziecka, a w 46 sprawach (22,9% ogółu) – w miejscu sprawowania pieczy zastępczej. Często zarządzenie sądu o zleceniu kuratorowi wywiadu środowiskowego było reakcją sądu na wniosek rodzica lub innej osoby bliskiej w sprawie urlopowania dziecka.

Jedynie w 12 sprawach (6% ogółu) przedstawiciel sądu w osobie kuratora sądowego uczestniczył w posiedzeniach w sprawie oceny zasadności dalszego pobytu dziecka w pieczy, przy czym w sześciu sprawach był to kurator, który pełnił nadzór nad rodziną zastępczą i udział w posiedzeniu zespołu wchodził w zakres czynności związanych z pełnieniem nadzoru. Można zatem stwierdzić, że bezpośredni udział przedstawiciela sądu w ocenie sytuacji dziecka umieszczonego w pieczy zastępczej ma charakter marginalny i odnosi się do kuratorów sądowych. Należy jednak zauważyć, że kuratorzy sądowi w postępowaniu wykonawczym w tej kategorii spraw nie prowadzą czynności o charakterze ciągłym, lecz, w zależności od ustalonej w tym zakresie praktyki sądu lub potrzeb, na zlecenie sądu wykonują (incydentalnie) wywiady środowiskowe.

W 28 sprawach (13,9% ogółu) rodzice dziecka lub inne osoby bliskie składały do sądu wnioski o urlopowanie dziecka przebywającego w pieczy. Sąd w reakcji na taki wniosek zwracał się do placówki lub rodziny zastępczej o stanowisko w sprawie urlopowania lub zlecał kuratorowi wywiad w miejscu zamieszkania rodziców lub sprawowanej pieczy. Na podstawie zgromadzonego materiału sąd podejmował decyzję o udzieleniu zgody albo jej odmowie.

W toku prowadzonego postępowania wykonawczego w sprawie dziecka umieszczonego w pieczy zastępczej z udziałem osób objętych orzeczeniem sądu, toczyły się inne postępowania przez sądem rodzinnym lub sprawy o rozwód. Najczęściej odnotowano sprawy o: ustanowienie opieki prawnej dla dziecka – 73 sprawy (36,3% ogółu); pozbawienie władzy rodzicielskiej – 59 spraw (29,4% ogółu); demoralizację – 17 spraw (8,5%), w tym 12 dzieci umieszczono w młodzieżowym ośrodku wychowawczym, a wobec pięciorga dzieci ustanowiono nadzór kuratora sądowego; rozwód – 11 spraw (5,5% ogółu); alimenty – 7 spraw (3,5% ogółu); zawieszenie władzy rodzicielskiej – 4 sprawy (2,0%) i ustalenie kontaktów – 2 sprawy (1,0%).

Niestety, jedynie w czterech sprawach (2,0% ogółu) inicjatywa wszczęcia kolejnego postępowania zgodnie z dyspozycją art. 579^1 § 3 k.p.c. pochodziła od sądu, co oznacza, że sąd prowadzący postępowanie wykonawcze nie przejawiał aktywności w tym zakresie.

W ocenie badającej jedynie w 64 sprawach (31,8% ogółu) sąd wykazywał aktywność i zaangażowanie, prowadząc postępowanie wykonawcze w sprawach, w których dziecko przebywało w pieczy zastępczej. Wyznacznikiem aktywności i zaangażowania sądu było regularne wyznaczanie posiedzeń wykonawczych (w tym z udziałem stron), wydawanie zarządzeń, współdziałanie z jednostkami organizacyjnymi wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej oraz reagowanie na pojawiające się w aktach informacje o trudnościach czy nieprawidłowościach w trakcie pobytu dziecka w pieczy zastępczej. W 130 sprawach (64,7% ogółu) stwierdzono, że sąd podejmuje jedynie rutynowe czynności, np. zapoznaje się z dokumentami wpływającymi do akt bez dodatkowej aktywności. Natomiast w siedmiu sprawach (3,5% ogółu) w aktach wykonawczych Opm nie stwierdzono żadnej aktywności sądu prowadzącego postępowanie wykonawcze. Aktywność i zaangażowanie sądu prowadzącego postępowanie wykonawcze w sprawach, w których umieszczono dziecko poza rodziną, ma kluczowe znaczenie dla realizacji zasady tymczasowości pieczy zastępczej wyrażonej w art. 112^4 k.r.o. Do kompetencji sądu należy podejmowanie decyzji o zmianie obowiązującego orzeczenia o umieszczeniu dziecka w pieczy, co zwykle stanowi swego rodzaju podsumowanie działań podejmowanych przez pozasądowych partnerów i rodziców dziecka. Jednocześnie sąd w ramach czynności związanych z nadzorowaniem wykonywania orzeczenia o umieszczeniu dziecka w pieczy zastępczej ma uprawnienia do aktywizowania zasobów w obszarze wspierania rodziny i inicjatywę w zakresie wszczynania z urzędu kolejnego postępowania, służącego ustabilizowaniu sytuacji prawnej dziecka.

Zatem czynności sądu w sprawach Opm zmierzające do ustabilizowania sytuacji dziecka umieszczonego w pieczy zastępczej przez reintegrację rodziny lub, jeśli nie będzie to możliwe, przez uregulowanie władzy rodziców dziecka i zgłoszenie go do procedury adopcyjnej są równie ważne, jak działania sądu zmierzające do ochrony zagrożonego dobra dziecka w fazie rozpoznawczej (Nsm). Stąd wniosek, że efektywność działań sądu opiekuńczego w fazie postępowania wykonawczego jest uzależniona od czasu, jaki sąd może poświęcić na jedną sprawę Opm przy zachowaniu minimalnej (6 miesięcy) częstotliwości zapoznawania się z aktami dzieci umieszczonych w pieczy.

W próbie badawczej w 68 sprawach (33,8% ogółu) postępowanie wykonawcze zostało zakończone z powodu: **uzyskania przez dziecko pełnoletności** – 31 spraw (15,4% ogółu, a 45,6% podzbioru spraw zakończonych); **przysposobienia dziecka** – 20 spraw (10,0% ogółu, 29,4% podzbioru spraw zakończonych); **reintegracji** – 15 spraw

(7,5% ogółu, 22% podzbioru spraw zakończonych); **umieszczenia dziecka w domu pomocy społecznej lub zakładzie opiekuńczo-leczniczym** – dwie sprawy (1,0% ogółu, 2,9% podzbioru spraw zakończonych).

W badanej próbie jedna trzecia spraw (33,8% ogółu) na dzień 31.07.2018 r. została zakończona. Prawie połowa spraw Opm zakończyła się w związku z uzyskaniem przez dziecko umieszczone w pieczy zastępczej pełnoletności i nie wiązała się z tym żadna aktywność sądu lub jednostek wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej. Jedynie ok. 30% zakończonych spraw dotyczyło dzieci, które zostały przysposobione, a 22% –odnosiło się do dzieci, które powróciły pod opiekę swoich rodziców.

Tabela 1
Sposób opuszczenia pieczy zastępczej – porównanie próby badawczej i danych ogólnopolskich

Odsetek dzieci, które opuściły pieczę zastępczą poprzez:	Badanie aktowe	Ankieta PCPR	Dane ogólnopolskie za 2017
powrót do rodziny biologicznej	7,5%	4,6%	5,5%
przysposobienie	10%	2,0%	3,9%
pełnoletność	15,4%	7,9%	8,8%
z innych powodów (np. DPS, ZOL, śmierć)	1,0%	1,2%	brak danych
Ogółem	**33,9%**	**15,7%**	**18,2%**

Źródło: opracowanie własne.

Porównanie danych z badań aktowych dotyczących sposobu zakończenia postępowania wykonawczego z danymi ogólnopolskimi w tym zakresie (tabela 1) nasuwa dwa wnioski. Po pierwsze, w próbie badawczej uzyskano wyższy wynik (33,9% ogółu spraw) „wyjść z systemu", niż w danych ogólnopolskich (18,2% populacji dzieci umieszczonych w pieczy) za 2017 r. Po drugie, zmienna „ocena współpracy sądu z organizatorem" nie wpływała na sposób zakończenia postępowania wykonawczego (tabela 2). Obydwa wnioski potwierdzają hipotezę, że realizacja zasady tymczasowości pieczy to wypadkowa działań wszystkich elementów systemu pomocy dziecku i rodzinie. Słabsze działanie poszczególnych elementów systemu (jednostki wspierania rodziny, jednostki pieczy, ośrodki adopcyjne i sąd opiekuńczy) może być kompensowane przez pozostałe elementy.

Średni czas pobytu dziecka w pieczy zastępczej dla całej próby na dzień 31.07.2018 r. wynosił 45,24 miesiąca (3,77 roku). Najkrócej w pieczy zastępczej przebywały dzieci, które: powróciły pod opiekę swoich rodziców – 20,63 miesiąca (1,71 roku); zostały przysposobione – 33,03 miesiąca (2,77 roku); zostały umieszczone w DPS/ZOL – 36,48 miesiąca (3,04 roku); nadal przebywają w pieczy – 47,45 miesiąca (3,95 roku); ukończyły 18 lat – 56,12 miesiąca (4,67 roku).

Jeśli chodzi o średni wiek dziecka w chwili umieszczenia w pieczy, to dla całej próby wynosił on 108,07 miesiąca (9,00 lat). Natomiast w rozbiciu na poszczególne sposoby opuszczenia pieczy wiek dzieci różnicował poszczególne podgrupy i wynosił: dzieci przysposobione – 14,78 miesięcy (1,23 roku); dzieci, które powróciły do swoich rodziców – 91,14 miesięcy (7,59 roku); dzieci nadal przebywające w pieczy – 106,41 miesięcy (8,87 roku); dzieci, które zostały umieszczone w DPS/ZOL – 109,12 miesięcy (9,09 roku); dzieci, które ukończyły 18 lat – 180,44 miesiąca (15,03 roku).

Tabela 2
Powód zakończenia postępowania wykonawczego a ocena współpracy sądu z organizatorem/placówką (badanie aktowe)

Ocena współpracy	Powód zakończenia postępowania (100%=68)					Cała próba (100%=201)
	reintegracja	adopcja	pełnoletność	inne powody	ogółem dla zakończonych	
brak współpracy	2,9%	4,4%	4,4%	0	11,8%	10,4%
współpraca sporadyczna	7,3%	11,8%	10,3%	1,5%	30,9%	33,3%
współpraca zgodna z k.p.c. i u.w.r.	11,8%	11,8%	29,4%	1,5%	54,4%	50,2%
ścisła współpraca	0	1,5%	1,5%	0	2,9%	6,0%

Źródło: opracowanie własne.

W toku badań aktowych ustalono, że najkrócej w pieczy zastępczej przebywały dzieci, które następnie w wyniku pracy ich rodziców biologicznych na rzecz zmiany sposobu funkcjonowania rodziny powróciły pod ich opiekę. Średni czas pobytu w pieczy dla tego podzbioru dzieci wyniósł 20,6 miesiąca, co oznacza że praca na rzecz reintegracji została podjęta bezpośrednio po umieszczeniu dziecka w pieczy, a orzeczenie sądu o powrocie dziecka do rodziny uprawomocniło się przed upływem 21. miesiąca pobytu dziecka w pieczy. Drugi istotny wniosek, który wynika z danych uzyskanych w toku badań aktowych, to fakt że w badanej populacji dzieci zostały przysposobione bardzo małe dzieci – średni wiek dziecka przysposobionego wynosił 14,8 miesiąca (czyli ok. 1,23 roku). Zatem opowiadanie się respondentów z badania fokusowego i sondażu za podjęciem działań organizacyjnych i prawnych na rzecz skrócenia czasu trwania postępowania o pozbawienie władzy rodzicielskiej dziecka umieszczonego w pieczy w kontekście ustalenia, że największe szanse na przysposobienie mają dzieci w wieku poniżej 3 lat, wydaje się być bardzo istotne.

Na podstawie analizy dokumentów z akt sądowych, w tym oceny systematyczności, responsywności i zaangażowania sądu w przebieg postępowania wykonawczego oceniono jakość współpracy sądu, prowadzącego postępowanie wykonawcze z jednostkami powiatu odpowiedzialnymi za pieczę zastępczą na skali od „brak współpracy" poprzez „współpraca sporadyczna" albo „współpraca zgodna z k.p.c. i u.w.r." do „ścisła współpraca". W całej próbie badawczej jako „ścisłą współpracę" i „współpracę zgodną z k.p.c. i u.w.r." oceniono odpowiednio w 6% i 50,2% spraw (łącznie 56,32% ogółu). Wskazanie „współpraca sporadyczna" i „brak współpracy" odnotowano odpowiednio dla 33,3% i 10,4% spraw (łącznie 43,7% ogółu).

Nieco lepiej prezentują się wyniki sondażu w zakresie opinii przedstawicieli jednostek powiatu o współpracy z sądem i odwrotnie. W opinii przedstawicieli powiatów współpraca z sądem rodzinnym została oceniona jako „bardzo dobra" i „dobra" odpowiednio przez 18,0% i 58,8%, czyli łącznie 76,8% respondentów. Zaś jeśli chodzi o sędziów, współpracę z PCPR uznało za „bardzo dobrą" i „dobrą" odpowiednio 38,5% i 52,1%, czyli łącznie 90,6% ogółu respondentów.

W tym samym sondażu przedstawiciele powiatów zostali poproszeni o wyrażenie opinii na temat współpracy z gminą w obszarze wspierania rodziny po umieszczeniu

dziecka w pieczy zastępczej, a sędziów zapytano o stan zasobów gminy w obszarze wspierania rodziny i praktykę współdziałania gminy z sądem po umieszczeniu dziecka w pieczy. O ile opinie przedstawicieli PCPR na temat współpracy z gminami w obszarze wspierania rodziców dzieci umieszczonych w pieczy nie były zaskakujące – na „bardzo dobrą" i „dobrą" współpracę z gminami wskazywało odpowiednio 17,0% i 61,2% przedstawicieli powiatów, czyli łącznie 78,2% ogółu respondentów, o tyle dane uzyskane od sędziów powinny wzbudzić pewną refleksję. W ankiecie kierowanej do sędziów rodzinnych zapytano: „Czy w Państwa opinii gminy po umieszczeniu dziecka w pieczy zastępczej podejmują/kontynuują pracę asystenta rodziny/pracownika socjalnego z rodzicami dziecka, aby wspierać ich w działaniach na rzecz powrotu dziecka do rodziny?"[70]. Należy zwrócić uwagę, że 40 spośród 169 sędziów (23,7% ogółu) wybrało odpowiedź „nie mam wiedzy na ten temat", a ośmiu sędziów (4,7% ogółu) nie udzieliło na to pytanie żadnej odpowiedzi. Należy zatem przyjąć, że prawie 30% sędziów biorących udział w sondażu nie posiada wiedzy o zasobach lokalnych w obszarze wspierania rodziny i zapewne nie wykorzystuje tej formy pomocy rodzinie w swojej pracy.

Ciekawe różnice między sędziami rodzinnymi a przedstawicielami jednostek powiatu pojawiły się w sondażu i wywiadach fokusowych odnośnie do rozumienia pojęcia „tymczasowość pieczy". Wszyscy przedstawiciele powiatów w badaniu ankietowym oraz uczestniczący w wywiadach fokusowych precyzyjnie opisywali istotę tymczasowości pieczy, wskazywali na działania poszczególnych podmiotów zaangażowanych w proces umieszczania dziecka w pieczy i następnie pracy na rzecz ustabilizowania jego sytuacji. Natomiast odpowiedzi sędziów nie były już tak jednorodne. Znakomita większość sędziów, bo 119 (czyli 70,4% ogółu respondentów sondażu) odpowiedziała na to pytanie podobnie jak przedstawiciele jednostek powiatów, natomiast 24 sędziów (14,2% ogółu) nie udzieliło na to pytanie żadnej odpowiedzi, a 26 sędziów (15,4% ogółu) utożsamiało pojęcie „tymczasowość pieczy" z zapisem art. 112^5 k.r.o. Zatem przytoczone dane świadczą o tym, że ok. 30% sędziów rodzinnych, którzy wypełnili ankietę, może nie mieć świadomości zmiany, jaka nastąpiła w koncepcji pomagania rodzinom przeżywającym trudności w wypełnianiu funkcji opiekuńczo-wychowawczych i w związku z tym prawdopodobnie nie podejmuje tych działań w prowadzonych sprawach Opm.

Warto też odnotować opinie sędziów i przedstawicieli jednostek powiatów odpowiedzialnych za tworzenie miejsc w pieczy zastępczej na temat trudności i barier w realizacji zasady tymczasowości. Należy bowiem podkreślić, że wszystkie zidentyfikowane bariery i trudności w realizacji zasady tymczasowości pieczy, które odnoszą się do podmiotów pozasądowych będą wpływać na jakość działań sądu w postępowaniu wykonawczym i w przypadku niedostatecznego zaangażowania sądu będą determinować losy dziecka umieszczonego w pieczy. Zdaniem sędziów największym problemem w tym obszarze jest brak dostatecznej liczby miejsc w różnorodnych formach pieczy zastępczej, w tym brak miejsc w profesjonalnych formach rodzinnych (zawodowa rodzina zastępcza, rodzinny dom dziecka, placówka typu rodzinnego). Kolejną barierą jest niewystarczająca oferta wsparciowo-pomocowa dla rodziców przeżywających trudności w wykonywaniu obowiązków rodzicielskich stworzona przez gminę oraz brak kandydatów do przysposobienia dzieci z uregulowaną sytuacją prawną, szczególnie dzieci starszych.

[70] Pytanie 21.

Kolejnym obszarem wymagającym korekty są działania sądu rodzinnego po umieszczeniu dziecka w pieczy zastępczej. Zgłaszane przez respondentów uwagi odnoszą się zarówno do niewystarczającej wiedzy sędziów na temat organizacji i funkcjonowania pieczy zastępczej oraz systemu wspierania rodzin, niedostatków w obszarze prawa, jak i trudności z funkcjonowaniem samego wymiaru sprawiedliwości. Zarówno sędziowie, jak i przedstawiciele PCPR, skupiając się na ulepszaniu i usprawnianiu systemu, który kieruje dzieci do pieczy i monitoruje ich sytuację po umieszczeniu tam, podkreślali również wpływ i znaczenie aktywności oraz odpowiedzialności rodziców tych dzieci za czas pobytu dzieci w pieczy. Jednym słowem, bez zaangażowania i pracy własnej rodziców dziecka nad zmianą sposobu funkcjonowania rodziny działania instytucjonalne na rzecz reintegracji rodziny nie będą miały większego znaczenia.

Biorąc pod uwagę rolę sądu opiekuńczego w kształtowaniu sytuacji osobistej i prawnej dziecka zabranego z rodziny i umieszczonego w pieczy zastępczej, rodzi się oczekiwanie, że sąd będzie pełnić funkcję koordynatora działań na rzecz udzielenia odpowiedniej pomocy dziecku (przez jednostki powiatu) oraz jego rodzicom (przez jednostki gminy). Zadaniem koordynatora jest monitorowanie sytuacji socjalno-bytowej rodziców, by czas pobytu dziecka w pieczy był możliwie krótki albo porządkowanie sytuacji prawnej dziecka, gdy jego rodzice nie przejawiają zainteresowania powrotem dziecka pod ich opiekę. Następnie, gdy dojdzie do pozbawienia władzy rodzicielskiej, nadzorowanie procedury poszukiwania dla dziecka stabilnego środowiska rodzinnego w postaci rodziny adopcyjnej, a gdy przysposobienie dziecka nie jest możliwe – rodziny zastępczej długoterminowej. Sąd opiekuńczy ma w tym zakresie stosowne uprawnienia, jednakże problemem może być wzbudzenie lub podtrzymywanie u sędziów poczucia odpowiedzialności za losy dziecka po umieszczeniu go w pieczy zastępczej. W sposób naturalny, po umieszczeniu dziecka w pieczy zastępczej, strażnikiem „dobra dziecka" jest sąd opiekuńczy i to do sądu należy czuwanie nad prawidłowością działań w zakresie udzielania pomocy zarówno dziecku, jak i jego rodzicom. Wszystkie wymienione działania stanowią realizację zasady tymczasowości pieczy zastępczej przez sąd opiekuńczy.

By pełnienie roli koordynatora przez sąd opiekuńczy było możliwe, dookreślenia wymaga sposób prowadzenia przez sędziego postępowania wykonawczego w sprawach, w których dziecko zostało umieszczone w pieczy zastępczej, poprzez wyjaśnienie, na czym ma polegać „dokonywanie oceny sytuacji dziecka" przez sędziego oraz doprecyzowanie, jak ustalenia z „oceny sytuacji dziecka" powinny wpływać na decyzję sędziego o wszczęciu z urzędu na podstawie art. 579^1 § 3 k.p.c. postępowania o pozbawienie rodzica dziecka władzy rodzicielskiej. Czynności sądu opiekuńczego po pozbawieniu rodziców dziecka władzy rodzicielskiej i ustanowieniu opieki prawnej wchodzą w zakres nadzoru sądu nad sprawowaniem opieki prawnej nad dzieckiem.

9. WNIOSKI I REKOMENDACJE W ZAKRESIE ZMIANY OBOWIĄZUJĄCEGO PRAWA I PRAKTYKI SĄDOWEJ

Uzyskane w trakcie badania dane ilościowe i jakościowe zawierają bogaty materiał odnoszący się do siedmioletnich doświadczeń realizatorów ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej. W kontekście tych badań owe doświadczenia dotyczą przede wszystkim współpracy jednostek organizacyjnych powiatu

odpowiedzialnych za tworzenie miejsc w rodzinnych i instytucjonalnych formach pieczy z sądem opiekuńczym, decydującym o umieszczeniu dziecka poza rodziną i następnie prowadzącym postępowanie wykonawcze w tej sprawie. Generalny wniosek wynikający z przeprowadzonych badań jest taki, że sędziowie rodzinni podejmują w postępowaniu wykonawczym dotyczącym dzieci umieszczonych w pieczy zastępczej działania na rzecz realizacji zasady tymczasowości pieczy w takim zakresie, jaki jest możliwy z uwagi na obowiązujące uwarunkowania prawne i organizacyjne. Wprowadzenie, zgodnie z postulatami partnerów pozasądowych, zmian w tym obszarze wymaga zmian prawnych i organizacyjnych, które zostały zaprezentowane poniżej jako wnioski odnoszące się do wymiaru sprawiedliwości.

Poza tym, uwzględniając aspekt systemowy działania na rzecz realizacji zasady tymczasowości pieczy, zaproponowano wnioski co do zmiany obowiązującej praktyki lub uzupełnienia/zmiany regulacji: odnoszące się do jednostek wspierania rodziny (gmina) i systemu pieczy zastępczej (powiat) oraz odnoszące się do multidyscyplinarnej (sąd, gmina, powiat, ośrodek adopcyjny) współpracy na rzecz ustabilizowania sytuacji dziecka.

9.1. Wnioski i rekomendacje odnoszące się wyłącznie do wymiaru sprawiedliwości

Wprowadzenie zmiany w praktyce orzekania przez sąd o umieszczeniu dziecka w pieczy zastępczej poprzez nałożenie na rodziców dziecka umieszczanego w pieczy obowiązku współpracy z asystentem rodziny oraz rozważenie, w zależności od problemów zaburzających funkcjonowanie rodziny, potrzeby nałożenia innych obowiązków np. ukończenia terapii odwykowej, podniesienia kompetencji rodzicielskich.

Zarówno sędziowie, jak i przedstawiciele jednostek powiatu w trakcie wywiadów fokusowych i w sondażu zgodnie rekomendowali wprowadzenie zasady (obligatoryjnego) nałożenia na rodziców, w postanowieniu o umieszczeniu dziecka w pieczy zastępczej, obowiązku współpracy z asystentem rodziny (art. 109 § 2 pkt 1 k.r.o.) oraz, stosownie do potrzeb, innych obowiązków.

> [SP49] „Sąd wydając postanowienie o umieszczeniu dziecka w pieczy zastępczej, w tym samym postanowieniu powinien zobowiązać rodzica do współpracy z asystentem, do udziału w warsztatach opiekuńczo-wychowawczych oraz do podjęcia leczenia odwykowego/terapii w przypadku rodziców uzależnionych".
> [SS100] „Obowiązek współpracy rodziców biologicznych dzieci umieszczonych w pieczy zastępczej z asystentem rodziny w celu podjęcia szybkich działań zmierzających do powrotu dziecka do rodziców biologicznych".

W ten sposób sąd wskazywałby podmiotom odpowiedzialnym w gminie za pracę z rodziną kierunek działań, co z kolei konkretyzowałoby czynności sądu w postępowaniu wykonawczym w tej sprawie.

Wprowadzenie obowiązku przesyłania postanowienia/informacji o umieszczeniu dziecka w pieczy zastępczej do gminy właściwej dla miejsca zamieszkania rodziców dziecka w celu podjęcia, niezwłocznie po umieszczeniu dziecka w pieczy, pracy z rodziną na rzecz reintegracji.

Analiza dokumentów z akt sądowych dowiodła, że sąd po umieszczeniu dziecka w pieczy zastępczej nie zawiadamia o tym fakcie gminy. Mając na uwadze przepis art. 100 § 2 k.r.o. i pomocniczą funkcję sądu opiekuńczego, konieczne jest zainicjowanie przez sąd umieszczający dziecko w pieczy zastępczej działań pomocowych kierowanych do rodziców dziecka, tak by wesprzeć ich działania na rzecz powrotu dziecka pod ich opieką albo dostarczyć dowody na potwierdzenie argumentu, że mimo udzielonej przez sąd i inne podmioty pomocy przesłanki umieszczenia dziecka w pieczy nie ustały.

Konieczność skonstruowania przepisów wykonawczych odnoszących się do postępowania opiekuńczego – określających przebieg postępowania wykonawczego i czynności, jakie ma podejmować sąd lub inne organy w jego trakcie

Środowisko sędziowskie oraz kuratorzy sądowi od dawna podnoszą problem braku przepisów wykonawczych w randze ustawy odnoszących się do postępowania opiekuńczego. Brak odpowiednich uregulowań skutkuje dowolnością w sposobie prowadzenia tego postępowania i małym zaangażowaniem sędziów oraz powoduje ignorowanie znaczenia tej fazy postępowania sądowego dla ochrony dobra dziecka przez organy nadzorcze. Ponadto, brak zapisów w k.p.c. lub Regulaminie urzędowania sądów powszechnych o obowiązku uczestniczenia sądu lub kuratora sądowego[71] w posiedzeniach zespołu oceniającego zasadność dalszego pobytu dziecka w pieczy zastępczej skutkuje tym, że w badanej próbie akt sądowych odnotowano jedynie 6% spraw, w których w posiedzeniach zespołu uczestniczył kurator sądowy. Poniżej kilka wypowiedzi sędziów i przedstawicieli powiatów:

> [SS70] „Do 3 miesięcy od umieszczenia informacja asystenta rodziny, czy rodzice w ogóle podejmują jakieś kroki mające na celu odzyskanie dzieci, czy wypełniają ustalony z asystentem plan pracy z rodziną. jeśli nie – wniosek o pozbawienie władzy rodzicielskiej".
> [SS156] „Odbywanie cyklicznych roboczych spotkań sędziego z koordynatorem pieczy zastępczej, kierownictwem placówek opiekuńczo-wychowawczych, kuratorem i asystentem rodziny (np. raz na 2 miesiące)".

Brak określenia zakresu i częstotliwości czynności podejmowanych przez sąd w postępowaniu wykonawczym powoduje z kolei pomijanie tych czynności w drukach statystycznych MS-S16 dotyczących wydziałów rodzinnych.

Konieczność określenia roli kuratorów sądowych w postępowaniu wykonawczym w sprawach dzieci umieszczonych w pieczy zastępczej

Kuratorzy sądowi w badanych sprawach na etapie postępowania wykonawczego wykonywali głównie wywiady środowiskowe zlecone przez sąd. Wywiady środowiskowe są to, co do zasady, jednorazowe (incydentalne) czynności. W sprawach Opm dotyczących dzieci umieszczonych w pieczy zastępczej kuratorzy od 2015 r. nie

[71] Podobnych zapisów brak również w ustawie z 27.07.2001 r. o kuratorach sądowych (tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r. poz. 1014) lub w rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z 12.06.2003 r. w sprawie szczegółowego sposobu wykonywania uprawnień i obowiązków kuratorów sądowych (tekst jedn.: Dz.U. z 2014 r. poz. 989).

wykonują stałych czynności, gdyż ta kategoria spraw została wtedy usunięta z druku statystycznego MS-S40, dotyczącego sprawozdawczości w zespołach kuratorskiej służby sądowej. Mimo to, jak pokazała analiza akt oraz ankiety i wywiady fokusowe, kuratorzy sądowi wykonują inne, niż wywiady środowiskowe, czynności w sprawach Opm dotyczących dzieci umieszczonych w pieczy zastępczej. Zgromadzone w toku badania dane potwierdziły, że kuratorzy uczestniczą w posiedzeniach zespołów oceniających zasadność dalszego pobytu dzieci w pieczy, co jest zgodne z oczekiwaniami przedstawicieli jednostek powiatów odpowiedzianych za tworzenie miejsc w pieczy.

> [FP1] „Natomiast jeśli chodzi o kuratorów, to chciałem zasygnalizować, że jeśli chodzi o pieczę to współpraca jest super (…). Z kuratorami istnieje mniejszy [niż z sędziami – przyp. A.P.-M.] formalizm – można się spotkać, można dyskutować, wykorzystujemy to, że kuratorzy mają lepszy kontakt z sędziami, dlatego przekazujemy im dużo wiedzy, a oni znowu pośredniczą w tych kontaktach z sądem. Kuratorzy zastępują trochę asystentów, których nie ma w danej rodzinie, trochę wypełniają tę lukę".
> [SP174] „Pozostawienie lub nadanie nadzoru kuratorskiego w rodzinach naturalnych, gdzie odebrano dzieci do pieczy zastępczej i zobowiązanie w art. 130 ust. 1 i art. 137 ust. 1 ustawy kuratorów do udziału w posiedzeniach zespołów. Z polecenia sądu kurator mógłby rozliczać rodzinę z podejmowanych działań i jego rola jest wówczas raczej kontrolno-rozliczeniowa, co bardzo porządkowałoby role asystenta czy pracownika socjalnego i wyraźnie pokazywało zaangażowanie rodziny".

W związku z tym należy podjąć decyzję, w jaki sposób uwzględnić aktywność i kompetencje kuratorów sądowych w obszarze pracy na rzecz reintegracji rodziny albo stabilizowania sytuacji dziecka przez umieszczenie go w rodzinie adopcyjnej, i czy usunięcie w druku statystycznym MS-S40 z kategorii „Inne sprawy" spraw dotyczących współpracy kuratora z jednostką organizacyjną pieczy zastępczej było decyzją właściwą w kontekście zadań stojących przed sądem rodzinnym.

Obowiązkowy udział przedstawiciela ORPZ/PCPR w postępowaniach rozpoznawczych i posiedzeniach wykonawczych w sprawach dzieci umieszczonych w pieczy zastępczej oraz wyrażanie opinii

Uwzględniając postulaty przedstawicieli jednostek organizacyjnych powiatu odpowiedzialnych za zapewnienie miejsc w pieczy zastępczej, dotyczące respektowania przez sądy stanowisk ORPZ odnośnie do różnych kwestii związanych z powierzaniem funkcji rodziny zastępczej, czy regulowaniem władzy rodzicielskiej rodzica dziecka umieszczonego w pieczy zastępczej, proponujemy, mając na względzie zasadę jawności postępowania wyrażoną w art. 9 k.p.c., wprowadzenie zasady obowiązkowego udziału przedstawiciela ORPZ/PCPR w postępowaniu rozpoznawczym dotyczącym umieszczenia dziecka w pieczy zastępczej i kontynuowania jej w postępowaniu wykonawczym.

> [SP259] „Postulujemy możliwość uczestniczenia OPRZ w sprawach dotyczących ustanowienia rodziny zastępczej lub powrotu dziecka do rodziny biologicznej lub kontaktów z rodzicami biologicznymi".

Kwestie dotyczące obowiązku zasięgania przez sąd przed umieszczeniem dziecka w rodzinnej formie pieczy opinii właściwego organizatora rodzinnej pieczy i ośrodka pomocy społecznej są uregulowane w art. 579^2 k.p.c.

Uwzględnienie obciążenia sędziów orzekających w wydziałach rodzinnych wynikającego z podejmowania czynności w postępowaniu wykonawczym w różnych kategoriach spraw w sprawozdawczości statystycznej

Sędziowie rodzinni biorący udział w wywiadach fokusowych i badaniu sondażowym podnosili kwestię ich nadmiernego obciążenia – wynikającego nie tylko z liczby spraw w postępowaniu rozpoznawczym, ale także z obowiązku podejmowania różnorakich czynności w postępowaniu wykonawczym w sprawach: opiekuńczych (Opm), dotyczących nieletnich (NW), dotyczących osób dorosłych poddanych kurateli lub opiece (Op) i osób dorosłych zobowiązanych do podjęcia leczenia odwykowego (Alk). Podsumowanie liczby spraw, w których prowadzone jest postępowanie wykonawcze w wydziałach rodzinnych wraz z liczbą odnotowanych posiedzeń wykonawczych w latach 2015 i 2017 przedstawia tabela 3.

Tabela 3
Liczba spraw wykonawczych w wydziałach rodzinnych

Kategoria spraw	Stan spraw na 31 grudnia:	
	2015	2017
Wykaz OP (osoby ubezwłasnowolnione całkowicie i częściowo)	86 825	89 048
Wykaz ALK (osoby dorosłe zobowiązane do leczenia odwykowego)	49 240	42 859
Wykaz OPM (opiekuńcze) ogółem:	214 521	198 451
w tym: pod stałą kontrolą kuratora	135 524	123 139
umieszczonych w pieczy rodzinnej i instytucjonalnej	62 057	55 603
Wykaz NW (sprawy nieletnich)	b.d.	52 762
Liczba posiedzeń wykonawczych/liczba spraw załatwionych na posiedzeniach wykonawczych	b.d.	63 499/646 574

Źródło: opracowanie własne na podstawie danych sprawozdawczych Ministerstwa Sprawiedliwości.

Biorąc pod uwagę obowiązek nadzorowania przez sąd wykonania orzeczenia wydanego w sprawach opiekuńczych (w tym osób dorosłych ubezwłasnowolnionych całkowicie i częściowo), nieletnich i dorosłych zobowiązanych do podjęcia leczenia odwykowego okazuje się, że czynności podejmowane przez sędziego w postępowaniu wykonawczym stanowią istotny element pracy sędziego rodzinnego – wymagający jego czasu i zaangażowania.

> [SS74] „Mniejsze obciążenie w referacie i częstsza kontrola sytuacji dziecka w pieczy przez sędziego".
> [FS1] „W statystykach te sprawy [wykonawstwo – przyp. A.P.-M.] też są pomijane. Mówi się: a co tam sprawy wykonawcze – one sobie leżą. A mnie się wydaje, że one powinny być uwzględniane i liczone, a może za tym powinny iść dodatkowe etaty. Że obciążenie sędziego rodzinnego to obciążenie rozpoznawcze i wykonawcze. Powinien być też jakiś limit".

Zatem nadal jest aktualna potrzeba obiektywnego pomiaru obciążenia sędziego orzekającego w poszczególnych wydziałach sądu rejonowego, a co za tym idzie – wyrównanie dysproporcji w tym zakresie.

Podjęcie działań na rzecz skrócenia czasu rozpoznawania spraw o pozbawienie władzy rodzicielskiej i o przysposobienie

Przedstawiciele jednostek powiatu odpowiedzialnych za tworzenie miejsc w pieczy, wymieniając bariery w realizacji zasady tymczasowości pieczy na pierwszym miejscu zgłaszali problem przewlekłości postępowań sądowych i długiego oczekiwania na termin rozprawy w sprawach o pozbawienie władzy rodzicielskiej. Poniżej przykładowe wypowiedzi:

> [SP81] „Przewlekłość postępowania sądowego dot. uregulowania sytuacji prawnej dziecka sprawia, że pobyt dziecka w rodzinie zastępczej przedłuża się, zawiązują się silne więzi emocjonalne między dzieckiem, a jego opiekunami zastępczymi, szczególnie gdy dziecko jest małe do 3–4 roku życia".
> [SP109] „Zatrudnienie większej liczby sędziów do spraw rodzinnych i nieletnich".
> [SP140] „Ponieważ sąd rodzinny w każdej sprawie opiekuńczo-wychowawczej opiera się na opinii biegłych, gdzie okres oczekiwania na badanie wynosi od 0,5 do 1 roku, zasadne byłoby powołanie większej ilości zespołów sądowych specjalistów".

Sami sędziowie również odnieśli się do tej kwestii, wskazując na ograniczenia wynikające z przepisów prawa. Poniżej propozycje zmian, które mogłyby skrócić czas orzekania w sprawach o pozbawienie władzy rodzicielskiej:

> [SS107] „Najtrudniejsza jest sytuacja małych dzieci (do 5 lat), które są umieszczone w zawodowej rodzinie zastępczej, i wobec których istnieją pozytywne prognozy co do przekazania ich do adopcji, a zarazem negatywne przewidywania co do powrotu dziecka do rodziców biologicznych (środowisko o cechach patologii, etc.). W tym celu należy zmienić KPC i skrócić postępowanie do minimum w sprawach o pozbawienie władzy rodzicielskiej, gdzie takie dziecko jest zabezpieczone w rodzinie zastępczej zawodowej. Rozwiązania nasuwają się różne: 1. sąd apelacyjny w ramach rozpoznawania apelacji nie może zlecać ponownej opinii z badań w OZSS (ten dowód bardzo przedłuża postępowanie, a w tym czasie dziecko dorasta i za chwilę nikt nie będzie chciał go adoptować); 2. obowiązkiem sądu I instancji jest z kolei zlecenie opinii OZSS ale w trybie pilnym max. 30 dni; 3. sąd I instancji może na skutek zarzutów strony żądać uzupełnienia opinii przez biegłych OZSS lecz tylko w formie pisemnej (krótki termin, bez konieczności wyznaczania osobnej do tego rozprawy); 4. w sprawach tego typu należy wprowadzić wymóg wyznaczenia rozpraw przez sąd w odstępach nie dłuższych niż 30 dni (takie rozwiązania istnieją w polskim systemie prawnym, np. art. 45 ust. 1 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego, art. 11a ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie; DLACZEGO NIE MA TAKICH WYMAGAŃ W TAK WAŻNEJ DLA DZIECKA SPRAWIE?; 5. obowiązkiem sądu prowadzącego sprawę o pozbawienie władzy rodzicielskiej nad małym dzieckiem jest równoległe

ustalanie, czy dziecko kwalifikuje się do adopcji, czy są dla niego kandydaci na rodziców adopcyjnych; 6. jeżeli takie ustalenie sąd poczyni, to w postanowieniu o pozbawieniu władzy rodzicielskiej sąd musi jednocześnie ustanowić dla dziecka opiekuna prawnego (np. rodzic zawodowy) z zastrzeżeniem reprezentacji dla przyszłych procedur adopcyjnych; 7. w wypadku takiego rozstrzygnięcia nie będzie już prawnie możliwe złożenie wniosku przez rodzica biologicznego o przywrócenie władzy rodzicielskiej lub o ustalenie kontaktów z dzieckiem (wniosek taki będzie podlegał odrzuceniu na posiedzeniu niejawnym). Mam nadzieję, że moja ankieta przysłuży się do poprawy sytuacji dzieci oczekujących na adopcję. Prowadziłem wiele takich spraw i najbardziej bolało mnie to, że postępowanie długo się toczy, dziecko z dnia na dzień dorasta, a perspektywa adopcji słabnie z dnia na dzień". [SS109] „Przyspieszenie pracy OZSS, poprzez zwiększenie fachowej kadry, dobrze wynagradzanej".

Konieczność ustawicznego podnoszenia poziomu wiedzy sędziów na temat wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej poprzez organizowanie przez Krajową Szkołę Sądownictwa i Prokuratury szkoleń w tym zakresie oraz wprowadzenie tej tematyki do programu szkoleń dla aplikantów

Zarówno wyniki badań aktowych, jak i dane uzyskane z badania sondażowego oraz wywiadów fokusowych wskazują na niejednolity poziom wiedzy sędziów rodzinnych z zakresu systemu i organizacji wspierania rodziny i pieczy zastępczej, w szczególności odnośnie do założeń tego systemu oraz organizacji zasobów lokalnych w obszarze wspierania rodziny, które mogą być wykorzystywane przez sędziego rodzinnego w orzeczeniach wydawanych w postępowaniach opiekuńczych oraz organizacji i zasad kierowania dzieci do pieczy zastępczej.

[SP95] „Brak znajomości przez sędziów zapisów ustawy o pieczy zastępczej, np. o czasowości pobytu dziecka w zawodowej rodzinie zastępczej pełniącej funkcję pogotowia rodzinnego (4 m-ce lub max. 8 m-cy), brak wiedzy o różnicach pomiędzy rodziną niezawodową i zawodową".

Precyzyjne wykorzystanie zapisów ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej przez sędziów rodzinnych zdecydowanie wpłynie na umocnienie ich autorytetu wobec obywateli i podmiotów, z którymi sąd współdziała.

9.2. Wnioski i rekomendacje odnoszące się wyłącznie do jednostek wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej

Konieczność zapewnienia przez powiat miejsc w rodzinnych formach pieczy w kontekście zakazu umieszczania dzieci w wieku poniżej 7 lat w instytucjonalnej pieczy

W toku wywiadów fokusowych i badań sondażowych sędziowie rodzinni z dużym niepokojem odnosili się do kwestii braku miejsc w rodzinnych formach pieczy zastępczej, w tym w szczególności w jej zawodowych i specjalistycznych formach.

Drugi, równie poważny problem, to trudności w umieszczaniu małych dzieci w pieczy, w szczególności w kontekście limitów wiekowych, które już obowiązują lub zaczną obowiązywać po 1.01.2020 r. Pewnym wskaźnikiem skali problemu są dane MRPiPS i Głównego Urzędu Statystycznego[72] dotyczące liczby dzieci w wieku poniżej 7. roku życia przebywających w instytucjonalnej pieczy, oraz dane Ministerstwa Sprawiedliwości[73] dotyczące liczby dzieci oczekujących na umieszczenie w pieczy, zwłaszcza odnoszące się do lat 2016 i 2017. Poniżej przykładowe wypowiedzi:

> [SS26] „Brak specjalistycznych rodzin zastępczych, specjalistycznej pieczy zastępczej dla dzieci zarówno somatycznych jak i z zaburzeniami psychicznymi".
> [SS86] „Trudności w realizacji zadań wynikają głównie z braku miejsc, w których tymczasowo można umieść małoletnie dzieci".
> [FS3] „Ja widzę poważne zagrożenie wynikające ze zmian, jakie nastąpią po 2019 dotyczące nieumieszczania dzieci poniżej 10 r.ż. w instytucjonalnej pieczy, ponieważ na tym terenie, gdzie ja pracuję, będzie ogromny problem".

Wydaje się, że gwałtowny wzrost liczby dzieci oczekujących na umieszczenie w rodzinnych formach pieczy odzwierciedla problem zapewnienia miejsc dla dzieci w wieku poniżej 7 lat (a od 1.01.2020 r. dla dzieci w wieku poniżej 10 lat) w rodzinnych formach pieczy. Ten obszar współpracy sądu opiekuńczego z jednostkami powiatu odpowiedzialnymi za tworzenie miejsc w pieczy może być źródłem wielu napięć we wzajemnych relacjach służbowych, ale wymaga także wzmożonego zaangażowania sądu w monitorowanie sytuacji dziecka poniżej 7. roku życia umieszczonego w instytucjonalnej pieczy na etapie postępowania wykonawczego i aktywności w zakresie przeniesienia dziecka do formy pieczy wskazanej przez przepisy ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej.

Problem umieszczania dzieci w wieku poniżej 7. roku życia w pieczy instytucjonalnej i przebywania dzieci w wieku poniżej 7. roku życia w pieczy instytucjonalnej był wielokrotnie podnoszony przez Rzecznika Praw Dziecka[74], Najwyższą Izbę Kontroli[75] i organizacje zrzeszające rodziców zastępczych[76]. W wystąpieniu Rzecznika Praw Dziecka z 25.05.2015 r. do Ministra Sprawiedliwości rzecznik sygnalizował ministrowi: „że w większości umieszczenie dzieci poniżej 7. roku życia w pieczy instytucjonalnej nastąpiło z naruszeniem przepisów ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej, bowiem nie zachodził przewidziany przepisami «wyjątkowy przypadek».

---

[72] Według danych MRPiPS liczba dzieci w wieku poniżej 7. roku życia przebywających w pieczy zastępczej wynosiła odpowiednio: w 2012 r. – 2702; w 2013 r. – 2380; w 2014 r. – 2371; w 2015 r. – 2317; w 2016 r. – 1876 i w 2017 r. –1384 dzieci. Natomiast według danych GUS liczba dzieci w wieku poniżej 7. roku życia w pieczy zastępczej wynosiła: w 2012 r. – 2637; w 2013 r. – 2383; w 2014 r. – 2223; w 2015 r. – 2124; w 2016 r. – 1793 i w 2017 r. – 1669 dzieci.

[73] Według danych statystycznych Ministerstwa Sprawiedliwości na umieszczenie w pieczy zastępczej oczekiwało: w 2012 r. – 618 dzieci; w 2013 r. – 805 dzieci; w 2014 r. – 772 dzieci; w 2015 r. – 751 dzieci; w 2016 r. – 1203 dzieci i w 2017 r. – 1066 dzieci.

[74] Wystąpienie generalne Rzecznika Praw Dziecka z 25.05.2015 r. do Ministra Pracy i Polityki Społecznej, znak ZEW.422.19.2015.JK; wystąpienie generalne Rzecznika Praw Dziecka z 25.05.2015 r. do Ministra Sprawiedliwości, znak ZSR.422.7.2015.KT.

[75] Informacja o wynikach kontroli „Działania powiatów w zakresie tworzenia i wsparcia rodzin zastępczych", nr ewid. 202/2016/P/16/038/KPS.

[76] Np. J. Luberadzka-Gruca [red.] *Raport z oceny realizacji Ustawy w wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej. Wyniki analiz i badań jakościowych i ilościowych, Koalicja na rzecz Rodzinnej Opieki Zastępczej, 2015, w wersji elektronicznej: Dzieci w Polsce (UNICEF), https://www.dzieciwpolsce.pl/files/publications/Raport_z_oceny_realizacji_Uowrispz.pdf* (dostęp: 26.01.2019 r.).

(…) [W] ocenie Rzecznika Praw Dziecka niedopuszczalne jest akceptowanie praktyki orzeczniczej sądów naruszającej przepisy ustawy oraz godzącej w prawa dzieci. Stan taki wymaga podjęcia natychmiastowych działań zapobiegających"[77]. Rzecznik zwracał również uwagę, „że za orzeczeniem o umieszczeniu tzw. «małego dziecka» w instytucjonalnej pieczy zastępczej nie idą czynności sądów wskazujące na zainteresowanie dalszym losem tych dzieci i troskę, aby ich pobyt w placówce był jak najkrótszy. (…) Z obserwacji Rzecznika wynika, że rola sądu w trakcie postępowania wykonawczego ogranicza się najczęściej do przyjmowania okresowych ocen sytuacji dziecka umieszczonego w pieczy zastępczej. Tymczasem sąd powinien być zainteresowany szerszym rozpoznaniem sytuacji rodziny biologicznej dziecka, by móc sprawnie uregulować jego sytuację, w przypadku, gdy nie zaobserwuje on zmian służących powrotowi dziecka do rodziny biologicznej"[78].

Ujednolicenie wzorów dokumentów przekazywanych do sądu przez organizatorów rodzinnej pieczy zastępczej i dyrektorów placówek opiekuńczo-wychowawczych

Analiza struktury, formy i zawartości dokumentów składanych przez organizatorów rodzinnej pieczy zastępczej i dyrektorów placówek do akt sądowych skłania do rekomendowania wprowadzenia aktem wykonawczym do ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej wzorów dokumentów, co do których istnieje obowiązek ustawowy przekazywania do sądu. Warto również rozważyć możliwość ujednolicenia rodzaju dokumentacji przedkładanej sądowi po umieszczeniu dziecka w pieczy przez organizatora rodzinnej pieczy i dyrektora placówki opiekuńczo-wychowawczej.

Ujednolicenie formy i zawartości dokumentów wpłynie na poprawę ich jakości jako materiału dowodowego, który sąd będzie wykorzystywał w postępowaniu wykonawczym lub zainicjowanym na ich podstawie postępowaniu rozpoznawczym.

Przeciwdziałanie dyskontynuacji działań gminy na rzecz wspierania rodziny po umieszczeniu dziecka w pieczy zastępczej oraz wprowadzenie standardu minimalnego oferty w tym zakresie

Zarówno sędziowie uczestniczący w wywiadach fokusowych i badaniu sondażowym, jak i przedstawiciele jednostek powiatu zgodnie zgłaszali potrzebę wprowadzenia w ustawie o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej zapisów o konieczności kontynuowania albo podjęcia pracy przez asystenta rodziny po zabraniu dziecka do pieczy zastępczej. Obecny zapis art. 10 ust. 4 u.w.r. nie skutkuje obligatoryjnym prowadzeniem przez asystenta pracy z rodziną, z której dziecko trafiło do pieczy zastępczej. Wprost przeciwnie, w ankietach i w wywiadach fokusowych wielokrotnie pojawiała się informacja o „wycofaniu" z rodziny asystenta po umieszczeniu dziecka w pieczy. Dość często w ankietach i fokusach pojawiała się też informacja o braku w gminach asystentów rodziny. Poniżej przykładowe wypowiedzi:

> [SP156] „Brak asystentów rodzin. Na 14 jednostek gminnych tylko miasto powiatowe dysponuje asystentami".

[77] Wystąpienie generalne Rzecznika Praw Dziecka z 25.05.2015 r. do Ministra Sprawiedliwości, znak ZSR.422.7.2015.KT.
[78] Zob. przypis 77.

[SS125] „Pracownik socjalny/asystent rodziny nie powinien być usuwany z rodziny po umieszczeniu dzieci w pieczy zastępczej (tak się dzieje w większości przypadków z tego co przekazują pracownicy PCPR), bowiem winien on tam pozostać, pracować z rodziną, aby dziecko jak najszybciej mogło wrócić do rodziny (chodzi o rozwiązanie problemu najczęściej alkoholowego, który jest jedną z głównych przyczyn umieszczania dzieci w rodzinach zastępczych)".

Analiza danych empirycznych uzyskanych w toku badań aktowych, sondażu i wywiadów fokusowych skłania do wysnucia podstawowego wniosku, że bez wzmocnienia i ustabilizowania działań profilaktycznych prowadzonych na poziomie gminy i służących utrzymaniu dziecka w rodzinie oraz bez zapewnienia rodzinom, w których doszło do kryzysu – w wyniku którego dziecko zostało umieszczone w pieczy zastępczej – multidyscyplinarnej i natychmiastowej pomocy i wsparcia, nie ma szans na wypełnienie przez organy państwa ustawowego obowiązku udzielenia pomocy rodzinie znajdującej się w trudnej sytuacji.

[SP78] „Brak systemów wsparcia dla rodziców biologicznych (poza asystentem rodziny), np. dostęp do terapii, do mieszkań, do aktywności zawodowej. Brak dostępu do szkoleń podnoszących kompetencje wychowawcze rodziców biologicznych, brak grup wsparcia dla rodziców biologicznych chcących odzyskać władzę rodzicielską, brak bezpłatnego wsparcia wprawnego dla rodziców biologicznych".

Solidna profilaktyka i wspieranie reintegracji rodziny jest kluczem do zatrzymania napływu „nowych dzieci" do pieczy zastępczej oraz służy zwiększeniu szans dzieci i rodzin na reintegrację, czyli przyczynia się do „odpływu" dzieci z pieczy. Tym samym należy przyjąć, że działania gminy w obszarze wspierania rodziny wpływają aktywnie na potrzebę tworzenia nowych miejsc w pieczy zastępczej. Dla resortu odpowiedzialnego za realizację ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej powinien to być przyczynek do refleksji, czy narzędzia finansowe motywujące gminę do pracy na rzecz utrzymania i powrotu dziecka do rodziny z pieczy są skuteczne i czy nie należy rozważyć wprowadzenia innych mechanizmów.

Zaangażowanie zasobów gminy w pracę z rodzicami biologicznymi dzieci umieszczonych w pieczy zastępczej na rzecz reintegracji

W trakcie wywiadów fokusowych pojawiła się istotna różnica w ocenie jakości współpracy w obszarze realizacji zadań powiatu i gminy, określonych w ustawie o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej w przypadku przedstawicieli jednostek organizacyjnych wspierania rodziny i pieczy zastępczej z miast na prawach powiatu (czyli z miejskich ośrodków pomocy społecznej) i powiatów (ziemskich), które współpracują z wieloma ośrodkami pomocy społecznej w gminach. Przedstawiciele MOPS zgodnie potwierdzali, że jest im łatwiej komunikować się i współdziałać z pracownikami tego samego ośrodka odpowiedzialnymi za realizację zadania „wsparcie rodziny". Trudniej przedstawicielom PCPR współdziałać z OPS, gdyż nie ma między tymi jednostkami żadnej podległości służbowej i tym samym PCPR nie posiada żadnego wpływu na zakres oraz sposób realizacji zadania „wspieranie rodziny"

przez OPS. W związku z tym brakiem podległości i zależności, praca z rodziną jest realizowana w taki sposób i w takim zakresie, w jakim jest to przyjęte oraz zorganizowane w danej gminie. Badania aktowe, wywiady fokusowe i ankiety wypełniane przez sędziów i przedstawicieli jednostek powiatów zdecydowanie świadczą o małym zaangażowaniu pracowników socjalnych i asystentów rodziny w działania na rzecz reintegracji, szczególnie z uwagi na nieobejmowanie tych rodzin wsparciem asystenta lub brakiem/niedostateczną współpracą asystenta z koordynatorem rodzinnej pieczy.

> [SP159] „Intensywna praca gminy tj. asystenta rodziny i innych specjalistów z rodziną biologiczną, która winna być zapisana w ustawie o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej, oraz współpraca z koordynatorem pieczy zastępczej. Gminy nie przydzielają asystentów rodziny – rodzinom biologicznym, gdy już nie ma dzieci – są umieszczone w pieczy zastępczej. Stąd nie ma współpracy asystent – koordynator".
> [SP166] „Obowiązek uczestniczenia asystentów rodziny w posiedzeniach zespołu w sprawie oceny sytuacji dzieci przebywających w rodzinnej pieczy zastępczej. Obecnie, mimo zapisu w ustawie, asystenci/pracownicy socjalni rzadko pojawiają się na posiedzeniach zespołu".

Głównym obszarem współdziałania przedstawicieli OPS z przedstawicielami jednostek powiatów jest stworzenie spójnego planu pomocy rodzinie oraz ewaluacja realizacji tego planu na posiedzeniach dotyczących oceny zasadności dalszego pobytu dzieci w pieczy zastępczej. Małe zaangażowanie gminy w losy rodziny, z której zabrano dziecko do pieczy, znajduje swoje odzwierciedlenie w opiniach na temat prowadzonej pracy z rodziną, sporządzanych na wniosek organizatora rodzinnej pieczy lub dyrektora placówki po upływie 18 miesięcy od umieszczenia dziecka w pieczy zastępczej.

9.3. Wspólne terytorium

Współpraca multidyscyplinarna

Wydaje się, że mimo 7 lat funkcjonowania rozwiązań w zakresie systemu pomocy dziecku i rodzinie wprowadzonego ustawą o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej obszar współdziałania ze sobą poszczególnych „aktorów" systemu jest nadal w procesie „docierania". Najistotniejsze wydają się dwa pola współpracy:

- sąd ↔ jednostki wspierania rodziny i pieczy zastępczej,
- jednostki powiatu odpowiedzialne za pieczę ↔ jednostki gminy odpowiedzialne za wspieranie rodziny.

Poniżej kilka wypowiedzi odnoszących się do tej kwestii:

> [SP36] „Praca na rzecz wsparcia dziecka i rodziny powinna mieć charakter zespołowy. Współpraca instytucji mająca na celu koordynację różnych działań podejmowanych w celu reintegracji rodziny, a przede wszystkim zapewnienie stabilnego życia dziecku, prowadzona przez edukację i kształtowanie postaw rodziców zastępczych i osób współpracujących na rzecz powrotu dziecka do rodziny naturalnej".

[SP44] „W naszej opinii brak ścisłej współpracy lub właściwej komunikacji pomiędzy ORPZ, sądem, gminą i ośrodkiem adopcyjnym bywa największą barierą w realizacji zadań związanych z tymczasowością pieczy".

Z punktu widzenia tematu badania, rekomendacje odnoszą się do pierwszego obszaru – współpracy sądu z przedstawicielami jednostek powiatu i gminy. Wydaje się, że udział sędziów, raz lub dwa razy w roku, w spotkaniach służących podsumowaniu sytuacji w obszarze organizacji i funkcjonowania pieczy zastępczej na terenie powiatów wchodzących w obszar właściwości terytorialnej sądu oraz omówienie ewentualnych trudności w tym zakresie będzie służyć poprawie wzajemnych relacji sędziów i ich samorządowych partnerów. Jeśli te spotkania będą zawierać również wątek edukacyjny, np. prezentacja zasobów, programów realizowanych na terenie powiatów, omówienie specyficznych problemów czy rozwiązań, to będą one wpływać nie tylko na poprawę współpracy, ale także doskonalić wiedzę przedstawicieli wymiaru sprawiedliwości na temat problematyki pieczy zastępczej.

Sprawna komunikacja między sądem i jednostkami organizacyjnymi wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej

Jedna z podstawowych krytycznych uwag przedstawicieli jednostek powiatu kierowanych pod adresem sądów, to brak lub zbyt wolny przepływ informacji w kierunku od sądu do organizatora rodzinnej pieczy lub PCPR. Jako możliwe powody takiego stanu rzeczy można wskazać brak odpowiedniej wiedzy sędziego co do prawidłowego sposobu wykonania orzeczenia lub niedostateczne wsparcie działań sędziego czynnościami urzędnika sekretariatu. Analiza akt sądowych skłania również do wniosku, że sądy nie do końca są ekspertami w zakresie podziału kompetencji PCPR i ośrodków pomocy społecznej. W szczególności chodzi o rozróżnienie, kto odpowiada za zadanie „praca z rodziną" i kogo informować o potrzebie udzielenia rodzinie takiej pomocy oraz jakie są zasoby w tym zakresie, które sąd może wykorzystywać w czynnościach orzeczniczych i pozaorzeczniczych.

Tym samym pojawia się ponownie wątek potrzeby podnoszenia wiedzy sędziów oraz zapewnienia sędziom dostatecznej obsługi sekretarskiej, by orzeczenia i zarządzenia sądu były wykonywane bez zbędnej zwłoki.

[SP54] „Barierą jest zbyt wolny przepływ informacji na temat prawomocnych orzeczeń dotyczący dzieci umieszczonych w pieczy zastępczej oraz władzy rodzicielskiej rodziców biologicznych, miejsca ich zamieszkania/pobytu".

Sądy muszą mieć na uwadze, że decyzja o umieszczeniu/zwolnieniu dziecka z pieczy rodzi dla jednostek powiatów odpowiedzialnych za organizację pieczy określone skutki finansowe w postaci obowiązku wypłaty świadczenia (co miesiąc) na pokrycie kosztów utrzymania dziecka umieszczonego w pieczy oraz świadczenia wychowawczego (500+ co miesiąc) i jednorazowego świadczenia Dobry start (300+).

Jednocześnie należy podkreślić, że przedstawiciele jednostek powiatów wyraźnie wskazują na zmianę jakościową w zakresie dostępności sędziego rodzinnego po godzinach urzędowania sądów i znaczenia indywidulanych konsultacji z sędzią spraw dotyczących umieszczeń dzieci w pieczy zastępczej.

Abstract

Alina Prusinowska-Marek, *Court Practice in the Field of Implementing the Principle of Temporary Nature of Alternative Care*

The Family and Guardianship Code (FGC) guarantees in Article 100 that parents should receive assistance from courts and other public authorities in proper exercise of their parental authority over the child. The aim of such assistance should be to remove obstacles that prevent parents from exercising their authority or render it difficult. It is only when – despite the assistance and support provided to the families – a situation whereby the child's interests are threatened persists or the threat to such interests becomes serious that the guardianship court decides to place the child outside his/her family in accordance with Article 112[3] (1) FGC. The family support and alternative care system which has existed since 2012 is based, on the axiological plane, on the constitutional principle of state subsidiarity, on respect for the rights of the child, as set forth in the Convention on the Rights of the Child, and on recognition of the agency of the child and of the family. A child placed in alternative care has, among other rights, the right to be brought up in family-based forms of alternative care, to return to his/her [biological] family, to maintain personal contact with parents, and to have a stable upbringing environment. Alternative care lasts as long as the reasons why it was applied by the guardianship court persist. Therefore, as a rule, it is a temporary solution, rather than the target one. The guardianship court and the poviat (county) units in charge of organization of alternative care placements have a statutory duty to regularly assess the situation of a child placed in care and to check whether the child can return to parental care, that is, whether the family can be reintegrated. In 2018, the Institute of Justice was commissioned by the Ministry of Justice to implement (using quantitative and qualitative methods) a research project titled 'Court Practice in the Field of Implementing the Principle of Temporary Nature of Alternative Care', whose aim was to check empirically the actual court practices as regards implementing the principle introduced by Article 112[4] FGC.

Keywords: *child, parents, family, alternative care, alternative care in a foster family, institutional alternative care, temporary nature of alternative care, guardianship court, family court judge, organizational units of family support and alternative care system, poviat (county) family assistance centre, organizer of alternative care in a foster family, social welfare centre, family assistant, social worker, probation officer, assistance, support, family support, working with a family, reintegration, adoption, long-term alternative care, subsidiarity*

Streszczenie

Alina Prusinowska-Marek, *Praktyka sądowa w zakresie realizacji zasady tymczasowości pieczy zastępczej*

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 tej pomocy ma być usunięcie przeszkód uniemożliwiających lub utrudniających rodzicom wykonywanie władzy. Dopiero, gdy mimo udzielonej rodzicom pomocy i wsparcia, nie udaje się usunąć stanu zagrożenia dobra dziecka lub dochodzi do poważnego zagrożenia dobra dziecka, zgodnie z art. 112[3] § 1 k.r.o., sąd opiekuńczy orzeka o umieszczeniu dziecka poza rodziną. Obowiązujący od 2012 r. system wspierania rodziny i pieczy zastępczej w warstwie aksjologicznej opiera się na konstytucyjnej zasadzie pomocniczości państwa,

poszanowaniu praw dziecka określonych w Konwencji o Prawach Dziecka oraz uznaje podmiotowość dziecka i rodziny. Dziecko umieszczone w pieczy zastępczej ma m.in. prawo do wychowania w rodzinnych formach pieczy zastępczej, powrotu do rodziny, utrzymywania osobistych kontaktów z rodzicami i stabilnego środowiska wychowawczego. Piecza zastępcza trwa tak długo, jak długo utrzymują się powody jej zastosowania przez sąd opiekuńczy, czyli, co do zasady, jest rozwiązaniem tymczasowym, a nie docelowym. Sąd opiekuńczy i jednostki powiatu odpowiedzialne za organizację miejsc pieczy zastępczej mają ustawowy obowiązek systematycznego oceniania sytuacji dziecka umieszczonego w pieczy i weryfikowania, czy możliwy jest jego powrót pod opiekę rodziców, czyli reintegracja rodziny. W 2018 r., na zlecenie ministerstwa sprawiedliwości, zrealizowano w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości przy wykorzystaniu metod ilościowych i jakościowych projekt badawczy pt. „Praktyka sądowa w zakresie realizacji zasady tymczasowości pieczy zastępczej", którego celem było empiryczne sprawdzenie, jak wygląda praktyka sądowa w zakresie realizacji zasady określonej w art. 112[4] Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego.

Słowa kluczowe: *dziecko, rodzice, rodzina, piecza zastępcza, rodzinna piecza zastępcza, instytucjonalna piecza zastępcza, tymczasowość pieczy zastępczej, sąd opiekuńczy, sędzia rodzinny, jednostki organizacyjne wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej, powiatowe centrum pomocy rodzinie, organizator rodzinnej pieczy zastępczej, ośrodek pomocy społecznej, asystent rodziny, pracownik socjalny, kurator sądowy, pomoc, wsparcie, wspieranie rodziny, praca z rodziną, reintegracja, adopcja, piecza zastępcza długoterminowa, pomocniczość*

Literatura:

1. Andrzejewski M., *Ewolucja pieczy zastępczej przez pryzmat nowych regulacji prawnych*, Teologia i Moralność 2012, nr 1(11);
2. Babbie E., *Badania społeczne w praktyce*, Warszawa 2005;
3. Jakimiec D., *Dysfunkcjonalność rodziny jako przedmiot postępowania wykonawczego w prawie rodzinnym i opiekuńczym*, Warszawa 2016;
4. Luberadzka-Gruca J. [red.] *Raport z oceny realizacji Ustawy w wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej. Wyniki analiz i badań jakościowych. Koalicja na rzecz Rodzinnej Opieki Zastępczej*, 2015, w wersji elektronicznej: *Dzieci w Polsce (UNICEF)*: https://www.dzieciwpolsce.pl/files/publications/Raport_z_oceny_realizacji_Uowrispz.pdf;
5. Zegadło R., *Piecza zastępcza* [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. J. Wierciński, Warszawa 2014.

PRAWO W DZIAŁANIU
SPRAWY CYWILNE
40/2019
DOI: 10.32041/pwd.4003

Jerzy Słyk*

Orzekanie w sprawach dotyczących umieszczenia pacjenta w zakładzie opiekuńczo-leczniczym**

1. UWAGI WPROWADZAJĄCE

Określenie zadań sądu opiekuńczego związanych z umieszczeniem pacjenta w zakładzie opiekuńczo-leczniczym (dalej z.o.l.)[1] jest od dłuższego czasu przedmiotem kontrowersji. Istotne wątpliwości dotyczące przyjęcia prawidłowej praktyki orzeczniczej są w tym zakresie zgłaszane przez sędziów[2]. W piśmiennictwie wyrażone zostały odmienne koncepcje interpretacyjne obowiązujących przepisów[3]. Również Rzecznik Praw Obywatelskich jest autorem wystąpienia do ministra zdrowia, w którym zwraca uwagę na nieprawidłowości w praktyce umieszczania pacjentów w z.o.l. oraz potrzebę nowelizacji przepisów prawa medycznego[4].

Wydaje się, że problemy związane ze wskazaniem prawnych uwarunkowań orzekania przez sądy w omawianym zakresie wynikają z wielu czynników, utrudniających wykładnię przepisów prawnych. Należy wskazać m.in. na rozproszony charakter regulacji dotyczących tzw. opieki długoterminowej[5]. Jest ona unormowana zarówno

* Autor jest doktorem nauk prawnych, adiunktem w Katedrze Prawa Rodzinnego i Prawa Nieletnich na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Polska, ORCID 0000–0002–3067–1986, e-mail: j.slyk@uksw.edu.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 27.09.2019 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 2.10.2019 r.

1 W dalszej części opracowania pojęcie to zostanie doprecyzowane oraz wskazane zostaną inne podmioty, które w praktyce orzeczniczej powinny być traktowane analogicznie; ze względów redakcyjnych, w niniejszym opracowaniu używana będzie do ich określenia nazwa: zakład opiekuńczo-leczniczy (z.o.l.).

2 Wątpliwości te zgłaszane były m.in. w trakcie dorocznych kongresów Stowarzyszenia Sędziów Rodzinnych w Polsce, a także podczas szkoleń prowadzonych w 2018 r. przez autora niniejszego opracowania w Krajowej Szkole Sądownictwa i Prokuratury; por. też H. Ciepła, B. Janiszewska, *Odpowiedzi na pytania przesłane przez Sędziów Rodzinnych na II Ogólnopolską Konferencję „Rodzina a prawo i Sąd Rodzinny"*, „Rodzina i Prawo" 2015/34–35, s. 31–32.

3 Por. przede wszystkim wymianę poglądów w następujących artykułach: A. Kallaus, *Zezwolenia na udzielenie pacjentowi niezdolnemu do świadomego wyrażenia zgody świadczeń zdrowotnych w warunkach zakładu opiekuńczo-leczniczego*, „Prawo i Medycyna" 2014/3–4, s. 107–117; B. Janiszewska, *O uwarunkowaniach prawnych umieszczenia w zakładzie opiekuńczo-leczniczym (głos w dyskusji)*, „Prawo i Medycyna" 2015/1, s. 87–112; A. Kallaus, *Jeszcze raz w kwestii postępowania dotyczącego osoby wymagającej wsparcia medycznego w warunkach zakładu opiekuńczo-leczniczego*, „Prawo i Medycyna" 2015/3, s. 102–109.

4 Tekst wystąpienia (sygn. KMP.573.18.2018.MK) jest dostępny na stronie internetowej Rzecznika Praw Obywatelskich pod adresem: https://www.rpo.gov.pl/pl/content/RPO-uregulowac-przyjmowanie-osob-nieubezwlasnowolnionych-do-zak%C5%82adow-opieki (dostęp: 15.07.2019 r.).

5 Na ten temat por. T. Sroka [w:] *System Prawa Medycznego*, t. 2, *Szczególne świadczenia zdrowotne*, red. L. Bosek, Warszawa 2018, s. 970 i n.

przepisami prawa medycznego, jak i prawa regulującego system pomocy społecznej. Różnorodność form sprawowania takiej opieki utrudnia orientację w systemie prawnym. Sprzyja również błędom legislacyjnym i powstawaniu luk w prawie. Zapewne z tych względów brak jest obecnie jednoznacznej, niebudzącej wątpliwości podstawy prawnej określającej zasady umieszczenia pacjenta w z.o.l. na podstawie orzeczenia sądu. W tych warunkach wątpliwości wiążą się z określeniem samego przedmiotu postanowienia sądu opiekuńczego: sporne jest, czy orzeka on w sprawie umieszczenia w z.o.l. czy udzielenia świadczeń zdrowotnych w warunkach z.o.l. Należy również podkreślić, że charakter omawianej materii ściśle wiąże się z problematyką ochrony praw pacjenta (prawo do wyrażenia zgody na udzielenie świadczeń zdrowotnych) i praw człowieka (prawo do wolności osobistej). Przyjęcie określonej linii interpretacyjnej musi być zatem dokonywane z rozwagą i ostrożnością, przy uwzględnieniu tych podstawowych założeń.

Przywołane względy zdecydowanie przemawiały na rzecz podjęcia analizy orzecznictwa sądów opiekuńczych w sprawach dotyczących umieszczenia w z.o.l.[6] Prezentacja wyników badania aktowego zostanie w niniejszym opracowaniu poprzedzona omówieniem podstawowych problemów, wyłaniających się na gruncie prawnych podstaw działania sądu opiekuńczego orzekającego w przedmiotowych sprawach. Ze względu na specyfikę problemów orzeczniczych analiza objęła umieszczanie w z.o.l. pacjentów dorosłych (pełnoletnich).

2. UMIESZCZENIE PACJENTA W ZAKŁADZIE OPIEKUŃCZO-LECZNICZYM – ANALIZA PODSTAW PRAWNYCH

Jak wspomniano na wstępie, jedną z podstawowych trudności, jakie napotykają sądy orzekające w omawianym rodzaju spraw jest określenie podstaw prawnych rozstrzygnięcia. Dlatego w pierwszej kolejności konieczne jest scharakteryzowanie systemowego usytuowania zakładów opiekuńczo-leczniczych i innych podmiotów o zbliżonej funkcji, oraz wskazanie ich zadań.

Podstawowym aktem prawnym zawierającym unormowania w tym zakresie jest ustawa z 15.04.2011 r. o działalności leczniczej[7]. W świetle art. 8 tej ustawy rodzajami działalności leczniczej są: (1) stacjonarne i całodobowe świadczenia zdrowotne oraz (2) ambulatoryjne świadczenia zdrowotne. Pierwsze z nich dzielą się na świadczenia szpitalne oraz inne niż szpitalne. Stacjonarne i całodobowe świadczenia zdrowotne inne niż szpitalne są udzielane w zakładach opiekuńczo-leczniczych, zakładach pielęgnacyjno-opiekuńczych[8], zakładach rehabilitacji leczniczej oraz hospicjach (art. 12 ust. 1 u.d.l.). W praktyce sądy najczęściej spotykają się z koniecznością wydania orzeczenia dotyczącego umieszczenia pacjenta w pierwszym z rodzajów wymienionych placówek, stąd problem orzeczniczy sygnalizowany jest w odniesieniu do z.o.l., może jednak dotyczyć pozostałych rodzajów stacjonarnych i całodobowych świadczeń zdrowotnych innych niż szpitalnych.

[6] Z uwagi na zasygnalizowaną wyżej różnicę poglądów dotyczącą tego, czy sąd orzeka wprost o umieszczeniu w z.o.l. czy jedynie o udzieleniu świadczeń zdrowotnych w warunkach z.o.l., w niniejszym opracowaniu została użyta formuła pojęciowa nie przesądzająca tego sporu: orzekanie w sprawach dotyczących umieszczenia pacjenta w z.o.l.

[7] Dz.U. z 2018 r. poz. 2190 ze zm. – dalej u.d.l.

[8] Dalej z.p.o.

Wydaje się, że źródłem problemów praktyki orzeczniczej jest treść rozporządzenia Ministra Zdrowia z 25.06.2012 r. w sprawie kierowania do zakładów opiekuńczo-leczniczych i pielęgnacyjno-opiekuńczych[9], którego § 6 zawiera sformułowanie „sąd opiekuńczy wyda orzeczenie o umieszczeniu świadczeniobiorcy w zakładzie opiekuńczym"[10]. Zapewne użycie przywołanego zwrotu sprawiło, że w praktyce funkcjonowania systemu placówek świadczących inne niż szpitalne stacjonarne i całodobowe świadczenia zdrowotne utrwaliło się przekonanie o istnieniu w systemie prawa medycznego kategorii „umieszczenia w zakładzie opiekuńczym" na mocy orzeczenia sądu, mającej podstawę prawną w § 6 Rozp. M.Z. z 2012 r., i odnoszącej się do wszelkich przypadków umieszczenia w zakładach opiekuńczych pacjenta niezdolnego do wyrażenia zgody[11]. W piśmiennictwie słusznie zakwestionowano takie rozumienie omawianej regulacji[12].

Należy przede wszystkim zauważyć, że przywołane wyżej rozporządzenie zostało wydane na podstawie delegacji ustawowej zawartej w art. 33a ustawy z 27.08.2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych[13]. Już sam zakres przedmiotowy tej ustawy (warunki i zakres świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych – art. 1 pkt 1 u.ś.o.z.), zasadniczo ogranicza znaczenie § 6 Rozp. M.Z. z 2012 r. Wymaga przy tym podkreślenia, że norma zawarta w tym przepisie nie określa przesłanek „umieszczenia w zakładzie opiekuńczym" ani na mocy orzeczenia sądu, ani nie ustanawia wymogu uzyskania takiego orzeczenia[14]. Umieszczenie to jest jedynie hipotezą normy prawnej, a jej dyspozycją – zniesienie wymogu istnienia określonych dokumentów (wniosku, skierowania oraz wywiadu pielęgniarskiego i zaświadczenia lekarskiego) warunkujących udzielenie świadczeń pielęgnacyjnych lub opiekuńczych w ramach opieki długoterminowej finansowanych ze środków publicznych[15]. Dlatego § 6 Rozp. M.Z. z 2012 r. nie może być traktowany jako autonomiczna (samodzielna) podstawa prawna umieszczenia w z.o.l. Jest również oczywiste, że systemowo wątpliwe i sprzeczne z zakresem delegacji ustawowej byłoby normowanie kluczowych kwestii z punktu widzenia podstawowych praw pacjenta (zasad umieszczania w zakładach opiekuńczych bez jego zgody) na poziomie rozporządzenia wykonawczego.

Ustalenie, że „umieszczenie w zakładzie opiekuńczym" jest hipotezą normy prawnej § 6 Rozp. M.Z. z 2012 r. skłania jednak do rozważenia, co jest przedmiotem odwołania zawartego w tym przepisie, skoro ustawy medyczne nie przewidują wprost takiego przypadku. Założenie racjonalności ustawodawcy nie pozwala bowiem na zignorowanie brzmienia analizowanego unormowania w zakresie, w jakim posługuje się ono pojęciem „umieszczenia" pacjenta w z.o.l. lub z.p.o.

[9] Dz.U. poz. 731 – dalej Rozp. M.Z. z 2012 r.
[10] Pod pojęciem „zakładu opiekuńczego" rozporządzenie nakazuje w § 1 pkt 1 rozumieć zarówno z.o.l., jak i z.p.o.
[11] Por. B. Janiszewska, *O uwarunkowaniach*…, s. 92.
[12] Por. T. Sroka [w:] *System*…, t. 2, s. 990–991.
[13] Dz.U. z 2019 r. poz. 1373 ze zm. – dalej u.ś.o.z.
[14] Wydaje się, że zdanie drugie omawianego przepisu, które brzmi: „W takiej sytuacji orzeczenie sądu opiekuńczego stanowi podstawę do umieszczenia świadczeniobiorcy w zakładzie opiekuńczym", powinno być rozumiane w kontekście przedmiotu regulacji u.ś.o.z., zakresu regulacji Rozp. M.Z. z 2012 r. i pierwszego zdania § 6 tego rozporządzenia. Orzeczenie sądu stanowi podstawę umieszczenia w tym sensie, że zastępuje inne wymogi (przedstawienie odpowiedniej dokumentacji) stanowiące podstawę umieszczenia w sytuacji „zwykłej". Por. jednak B. Janiszewska, *O uwarunkowaniach*…, s. 97.
[15] Por. T. Sroka [w:] *System*…, t. 2, s. 990–991.

Posłużenie się tym słowem ewidentnie nawiązuje do sytuacji podejmowania decyzji dotyczącej określenia miejsca, w którym będzie przebywał pacjent. Należy zauważyć, że zarówno ustawa z 6.11.2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta[16], jak i ustawa z 5.12.1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty[17] nie posługują się kategorią zgody bądź zezwolenia sądu na „umieszczenie" pacjenta. W myśl tych ustaw zezwolenie (zgoda) sądu dotyczy udzielenia świadczenia zdrowotnego, przy czym druga z nich wyraźnie stanowi o udzielaniu tego świadczenia przez lekarza. Natomiast kategorią bliższą znaczeniowo „umieszczeniu" pacjenta posługuje się ustawa z 19.08.1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego[18], która przewiduje „przyjęcie" pacjenta do szpitala psychiatrycznego lub domu pomocy społecznej[19]. Przepisy u.o.z.p. określają przy tym warunki wydania przez sąd orzeczenia o przyjęciu pacjenta do szpitala psychiatrycznego lub d.p.s. znacznie bardziej restrykcyjnie, z uwagi na perspektywę ingerencji w podstawowe prawa pacjenta – w tym prawo do wolności osobistej[20].

Warto w tym miejscu wskazać przewidziany w art. 38 i 39 u.o.z.p. przypadek przyjęcia do d.p.s. na mocy orzeczenia sądu. Domy pomocy społecznej są elementami systemu tzw. długoterminowej opieki społecznej[21] i od strony organizacyjnej podlegają przede wszystkim regulacji ustawy z 12.03.2004 r. o pomocy społecznej[22], a więc aktu prawnego spoza systemu prawa medycznego. Jednocześnie w art. 56 u.p.s. zostało przewidziane istnienie domów pomocy społecznej dla osób przewlekle psychicznie chorych, dorosłych niepełnosprawnych intelektualnie oraz dzieci i młodzieży niepełnosprawnych intelektualnie. W wydanym na podstawie delegacji zawartej w art. 57 ust. 8 tej ustawy rozporządzeniu Ministra Pracy i Polityki Społecznej z 23.08.2012 r. w sprawie domów pomocy społecznej[23] znalazł się przepis o treści analogicznej do przywołanego wyżej § 6 Rozp. M.Z. z 2012 r. W § 8 ust. 3 Rozp. M.P.iP.S. z 2012 r. również przewidziano zniesienie obowiązku przedłożenia określonych dokumentów jako podstawy umieszczenia w d.p.s. w przypadku skierowania do takiego domu na podstawie orzeczenia sądu. Jest oczywiste, że z przepisu tego nie może wynikać norma prawna, przewidująca niezależnie od aktów prawnych rangi ustawowej umieszczenie w d.p.s. na mocy orzeczenia

[16] Dz.U. z 2019 r. poz. 1127 ze zm. – dalej u.p.p.
[17] Dz.U. z 2019 r. poz. 537 ze zm. – dalej u.z.l. lub ustawa zawodowa lekarska.
[18] Dz.U. z 2018 r. poz. 1878 ze zm. – dalej u.o.z.p.
[19] Dalej d.p.s.
[20] T. Sroka określa te sytuacje jako przypadek „prewencyjnego pozbawienia wolności, wymagający bardzo starannego wyważenia zasadności ograniczenia jego (tj. pacjenta – przyp. J.S.) wolności i prawa do samostanowienia w celu ochrony innych wartości cennych dla społeczeństwa", por. T. Sroka [w:] *System…*, t. 2, s. 451; por. również np. B. Janiszewska, *Zgoda na udzielenie świadczenia zdrowotnego. Ujęcie wewnątrzsystemowe*, Warszawa 2013, s. 125 i n.; B. Janiszewska, *O skutkach stwierdzenia bezpodstawności hospitalizacji psychiatrycznej*, „Monitor Prawniczy" 2016/23, s. 1285; J. Ciechorski, *Przyjęcie osoby bez jej zgody do szpitala psychiatrycznego na podstawie ustawy o ochronie zdrowia psychicznego – uwagi w świetle Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2018/4, s. 14; M. Czubala, *Przymusowe leczenie psychiatryczne w świetle konwencji ONZ o prawach osób niepełnosprawnych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 2018/3, s. 137 i n.; B. Kmieciak, *Przymus w psychiatrii – między dobrem wspólnym a indywidualnym* [w:] *Regulacje prawne w systemie ochrony zdrowia psychicznego*, red. B. Kmieciak, Warszawa 2019, s. 39 i n.
[21] Z.o.l. i z.p.o. są natomiast elementami systemu długoterminowej opieki zdrowotnej, por. T. Sroka [w:] *System…*, t. 2, s. 974; por. również S. Golinowska, *The System of Long-Term Care in Poland*, "Case Network Studies & Analyses" 2010/416, s. 6–7.
[22] Dz.U. z 2019 r. poz. 1507 ze zm. – dalej u.p.s.
[23] Dz.U. z 2018 r. poz. 734 ze zm. – dalej Rozp. M.P.iP.S. z 2012 r.

sądu. Omawiane unormowanie odnosi się do nielicznych, przewidzianych już w ustawie, przypadków takiego umieszczenia (np. art. 39 u.o.z.p.).

Przywołany przykład regulacji pozwala rozważać możliwość interpretacyjną, zawężającą zakres stosowania § 6 Rozp. M.Z. z 2012 r. Zakłady opiekuńczo-lecznicze i pielęgnacyjno-opiekuńcze mogą być prowadzone jako psychiatryczne[24]. W piśmiennictwie słusznie wskazano, że zasady umieszczania w nich pacjentów określa u.o.z.p[25]. Ustawa ta znacznie rozszerza znaczenie pojęć domu opieki społecznej, w którym w jej rozumieniu są również wszelkie inne formy pomocy instytucjonalnej dla osób z zaburzeniami psychicznymi (art. 3 pkt 3 u.o.z.p.) oraz szpitala psychiatrycznego, którym w rozumieniu ustawy, oprócz oddziału psychiatrycznego w szpitalu ogólnym, kliniki psychiatrycznej i sanatorium dla osób z zaburzeniami psychicznymi są również inne zakłady lecznicze podmiotu leczniczego w rozumieniu przepisów o działalności leczniczej sprawujące całodobową opiekę psychiatryczną lub odwykową (art. 3 ust. 2 u.o.z.p.). Ta ostatnia kategoria odpowiada psychiatrycznym zakładom opiekuńczo-leczniczym i pielęgnacyjno-opiekuńczym, a zatem przewidziane w u.o.z.p. zasady hospitalizacji psychiatrycznej odnoszą się wprost (a nie odpowiednio) również do nich[26]. Mając powyższe na uwadze, można przyjąć, że zawarte w § 6 Rozp. M.Z. z 2012 r. odwołanie do „umieszczenia" w zakładzie opiekuńczym dotyczy przyjęcia pacjenta do psychiatrycznego zakładu opiekuńczo-leczniczego lub pielęgnacyjno-opiekuńczego na mocy orzeczenia sądu wydanego na podstawie u.o.z.p. Ten kierunek wykładni wzmacnia obserwacja praktyki: zazwyczaj w przypadku orzekania przez sądy o „umieszczeniu" pacjenta w z.o.l. istnieje odpowiednia dokumentacja w postaci skierowania, zaświadczenia lekarskiego i wywiadu pielęgniarskiego. Jej brak jest natomiast z istoty rzeczy wpisany w wariant sytuacyjny tzw. hospitalizacji psychiatrycznej w trybie nagłym (art. 23 i n. u.o.z.p.) bądź też przepisy u.o.z.p. przewidują szczególną regulację dotyczącą dokumentacji medycznej (por. art. 30 i 46 u.o.z.p.). Można również wysunąć wątpliwość natury logicznej: jaki sens miałaby regulacja znosząca obowiązek przedstawienia dokumentacji określającej m.in. poziom samodzielności pacjenta, skoro z § 5 rozporządzenia Ministra Zdrowia z 22.11.2013 r. w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu świadczeń pielęgnacyjnych i opiekuńczych w ramach opieki długoterminowej[27] wynika, że udzielenie świadczeń w warunkach zakładu opiekuńczego jest uwarunkowane określoną oceną samodzielności pacjenta w skali „Barthel" (40 pkt lub mniej).

Dotychczasowe rozważania dotyczyły zracjonalizowania wykładni § 6 Rozp. M.Z. z 2012 r. Nie przesądzają one jednak podstawowego problemu praktyki orzeczniczej: wskazania podstawy prawnej orzeczenia wydawanego w związku z umieszczaniem pacjenta w niepsychiatrycznym z.o.l. oraz określenia, czy

[24] Zgodnie z art. 14 ust. 1 u.d.l. podmiot wykonujący działalność leczniczą podaje do wiadomości publicznej informacje o zakresie i rodzajach udzielanych świadczeń zdrowotnych. Jednocześnie, na podmiocie zamierzającym wykonywać działalność leczniczą ciąży obowiązek rejestrowy (art. 100 i n. u.d.l.). Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 17.05.2012 r. w sprawie systemu resortowych kodów identyfikacyjnych oraz szczegółowego sposobu ich nadawania (Dz.U. z 2019 r. poz. 173) przewiduje m.in. kategorie zakładów/oddziałów pielęgnacyjno-opiekuńczych psychiatrycznych (kod 5162) i zakładów/oddziałów opiekuńczo-leczniczych psychiatrycznych (kod 5172).

[25] T. Sroka [w:] *System*…, t. 2, s. 991–993.

[26] Por. T. Sroka [w:] *System*…, t. 2, s. 991.

[27] Dz.U. z 2015 r. poz. 1658.

przedmiotem takiego orzeczenia może być samo umieszczenie pacjenta w tego rodzaju placówce, czy jedynie udzielenie mu określonych świadczeń zdrowotnych w jej warunkach.

Jeżeli chodzi o materialno-prawne podstawy wydania orzeczenia przez sąd w omawianym rodzaju spraw, doktryna w zasadzie zgodnie wskazuje na zasady wyrażania przez pacjenta zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego i zastępowania jej orzeczeniem sądu określonym w u.p.p. i u.z.l.[28] Uzasadnienie tego stanowiska było już przedmiotem szczegółowych analiz[29]. Ich najistotniejszym elementem było dostrzeżenie braku alternatywnej regulacji szczególnej dotyczącej umieszczenia pacjenta w z.o.l. oraz wykluczenie odpowiedniego stosowania unormowań u.o.z.p., w szczególności zasad przymusowego przyjęcia do d.p.s. (art. 39 u.o.z.p.)[30]. Należy w pełni podzielić pogląd o niedopuszczalności stosowania przepisów u.o.z.p. do sytuacji pacjenta umieszczanego w z.o.l. o profilu niepsychiatrycznym, a rozstrzygające znaczenie przypisać wypada argumentom natury systemowej odwołującym się do wyjątkowości regulacji dotyczącej ochrony zdrowia psychicznego, pozwalającej na ingerencję w dobra osobiste pacjenta i jego podstawowe prawa na zasadzie wyjątku obwarowanego szczególnymi przesłankami[31]. Powinna zatem znajdować w tym przypadku zastosowanie zasada *exceptiones non sunt extendae*. Konstatacja ta może mieć też znaczenie dla rozstrzygnięcia kolejnego zagadnienia.

W piśmiennictwie zaznaczyła się wyraźna różnica poglądów dotycząca określenia przedmiotu rozstrzygnięcia sądu. Według koncepcji sformułowanej przez A. Kallausa jest nim orzeczenie o udzieleniu pacjentowi świadczeń zdrowotnych w warunkach z.o.l. Autor ten ocenił krytycznie praktykę sądów posługujących się w sentencjach orzeczeń kategorią umieszczenia w z.o.l., jako prowadzącą do wydania rozstrzygnięcia o charakterze blankietowym[32]. Uznał przy tym za pożądane skonkretyzowanie w orzeczeniu rodzaju świadczeń zdrowotnych, a nawet zaproponował wzór sentencji postanowienia uwzględniającej te wymagania[33]. Odmienne stanowisko zajęła B. Janiszewska, uznając za dopuszczalne wydawanie orzeczeń, których przedmiotem jest zezwolenie (zgoda) sądu na umieszczenie w z.o.l. Autorka dostrzegła podobieństwo rozważanego przypadku do hospitalizacji pacjenta (w tym hospitalizacji psychiatrycznej), która w jej opinii bezdyskusyjnie jest świadczeniem zdrowotnym wymagającym zgody pacjenta, a więc i w określonych przypadkach – orzeczenia sądu zastępującego tę zgodę[34]. Warto jednocześnie podkreślić, że w ujęciu B. Janiszewskiej orzeczenie o „umieszczeniu" w z.o.l. ma walor legalizujący

[28] Ocena zaprezentowanych w piśmiennictwie stanowisk nie jest jednoznaczna: T. Sroka przypisuje A. Kallausowi odmienne zapatrywanie, podczas gdy autor ten jednoznacznie kwalifikuje przeprowadzenie jakichkolwiek czynności leczniczych w z.o.l. jako świadczenia zdrowotne podlegające reżimowi u.z.l. Z kolei B. Janiszewska analizuje trzy możliwości – stosowanie przepisów ustawy zawodowej lekarskiej o zgodzie na udzielenie świadczenia zdrowotnego wprost, stosowanie ich odpowiednio oraz stosowanie odpowiednio art. 39 u.o.z.p. – i ostatecznie opowiada się za stosowaniem przepisów o udzielaniu świadczeń zdrowotnych – jak się wydaje – wprost; por. T. Sroka [w:] *System*…, t. 2, s. 988–989; A. Kallaus, *Zezwolenia*…, s. 112; A. Kallaus, *Jeszcze raz*…, s. 109; B. Janiszewska, *O uwarunkowaniach*…, s. 105–109.

[29] Por. w szczególności B. Janiszewska, *O uwarunkowaniach*…, s. 105–111.

[30] B. Janiszewska, *O uwarunkowaniach*…, s. 107–111.

[31] Por. literatura wskazana w przypisie 20.

[32] A. Kallaus, *Zezwolenie*…, s. 111.

[33] A. Kallaus, *Jeszcze raz*…, s.108; sentencja ta miałaby brzmieć następująco: Sąd postanawia zezwolić na udzielenie X w warunkach Zakładu Opiekuńczo-Leczniczego w Y świadczeń zdrowotnych w postaci Z1, Z2, Z3… itd.

[34] B. Janiszewska, *O uwarunkowaniach*…, s. 93.

„oddanie", „przyjęcie" i „pobyt" pacjenta w takiej placówce, natomiast nie obejmuje zezwolenia na udzielanie w niej świadczeń zdrowotnych, które wymagają osobnej zgody pacjenta lub orzeczenia sądu[35].

Wydaje się, że oba stanowiska nie są tak odległe, jak mogłoby się *prima facie* wydawać. Autorzy przeciwstawiają się blankietowemu charakterowi rozstrzygnięcia sądu, a różnica poglądów w pewnej mierze wynika ze znaczenia przypisywanemu słowu „umieszczenie". Jak już wcześniej wspomniano, nie jest przedmiotem kontrowersji określenie samej podstawy prawnej wydania orzeczenia przez sąd, jako którą zgodnie wskazuje się u.z.l. Trudności w ocenie omawianego problemu wiążą się z problematyką określenia znaczenia kluczowego w prawie medycznym pojęcia „świadczenia zdrowotnego". Omówienie tej skomplikowanej problematyki przekracza ramy niniejszego opracowania, dlatego poniżej zostaną jedynie zasygnalizowane ustalenia istotne z punktu widzenia jego przedmiotu.

Założenie, zgodnie z którym podstawą wydania orzeczenia dotyczącego umieszczenia pacjenta w z.o.l. jest ustawa zawodowa lekarska, prowadzi do poszukiwania znaczenia pojęcia świadczenia zdrowotnego na gruncie tej ustawy. Nie przewiduje ona definicji legalnej tego pojęcia, a jedynie, określając w art. 2 ust. 1 na czym polega wykonywanie zawodu lekarza, wskazuje otwarty katalog świadczeń zdrowotnych takich jak: badanie stanu zdrowia, rozpoznawanie chorób i zapobieganie im, leczenie i rehabilitacja chorych, udzielanie porad lekarskich, wydawanie opinii i orzeczeń lekarskich[36]. Przykładowy charakter tego katalogu nie uprawnia do sformułowania definitywnych wniosków interpretacyjnych, w zakresie objęcia pojęciem świadczenia zdrowotnego samego pobytu pacjenta w określonym podmiocie prowadzącym działalność leczniczą, warto jednak odnotować, że tego rodzaju świadczenia nie zostały w u.d.l. wymienione, a ich specyfika stawiać je może poza zakresem regulacji tej ustawy.

Zbliżone definicje legalne pojęcia świadczenia zdrowotnego zostały natomiast sformułowane w u.d.l. i u.ś.o.z.[37] W piśmiennictwie wskazuje się, że definicje te mają charakter uniwersalny, tzn. mogą służyć wykładni pojęcia świadczenia zdrowotnego również na gruncie innych ustaw, w szczególności u.z.l.[38] Istotnym elementem definicji zawartych w u.d.l. i u.ś.o.z. jest powiązanie pojęcia świadczenia zdrowotnego z leczniczym celem działania medycznego[39]. Z kolei rozumienie kategorii „celu leczniczego" pozostaje w związku z przyjęciem określonego rozumienia pojęcia „zdrowie"[40]. Na potrzeby niniejszego opracowania wystarczająca jest konstatacja, że ostatnia z przywołanych kategorii pojęciowych ma charakter

[35] B. Janiszewska, *O uwarunkowaniach*…, s. 97–98.

[36] B. Janiszewska słusznie wskazuje, że wspólną cechą działań lekarza wymienionych w art. 2 ust. 1 u.z.l. jest cel leczniczy, por. B. Janiszewska [w:] *System Prawa Medycznego*, t. 1, *Instytucje prawa medycznego*, red. M. Safjan, Warszawa 2018, s. 1053.

[37] Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 10 u.d.l. świadczenia zdrowotne to „działania służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia oraz inne działania medyczne wynikające z procesu leczenia lub przepisów odrębnych regulujących zasady ich wykonywania". Z kolei art. 5 pkt 40 u.ś.o.z. określa świadczenie zdrowotne jako „działanie służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia oraz inne działanie medyczne wynikające z procesu leczenia lub przepisów odrębnych regulujących zasady ich udzielania". Użycie słowa „profilaktyka" w drugiej z przywołanych definicji nie oznacza istotnej różnicy między tymi ujęciami, ponieważ działania profilaktyczne są bliskie znaczeniowo kategorii działań służących zachowaniu zdrowia, por. B. Janiszewska [w:] *System*…, t. 1, s. 1059.

[38] B. Janiszewska [w:] *System*…, t. 1, s. 1047 i 1053, por. też przywołane tam orzecznictwo.

[39] B. Janiszewska [w:] *System*…, t. 1, s. 1061.

[40] B. Janiszewska [w:] *System*…, t. 1, s. 1064 i n.

ogólny i dynamiczny oraz jest zakorzeniona nie tylko w naukach medycznych, ale posiada konteksty filozoficzne i społeczne[41]. W piśmiennictwie słusznie wskazano, że w wykładni przepisów prawa medycznego podążanie za ogólnymi definicjami pojęcia „zdrowie" jest nieoperatywne, natomiast punktem odniesienia powinien być dorobek doktryny odnoszący się do pojęcia celu leczniczego (terapeutycznego), określonego przez cele wskazane w art. 2 ust. 1 pkt 10 u.d.l.[42] Wydaje się przy tym, że próby syntetycznego ujęcia zagadnienia są skazane na odniesienie do kategorii pojęciowej zdrowia, a zatem obarczone błędem *ignotum per ignotum*[43].

Odnosząc się do zagadnienia będącego przedmiotem niniejszego opracowania należy zauważyć, że zasygnalizowane wyżej kontrowersje mogą dotyczyć przede wszystkim działań z pogranicza medycyny (takich jak zabiegi z zakresu chirurgii estetycznej, sterylizacja itp.). W odniesieniu do umieszczenia pacjenta w z.o.l. zasadniczo nie budzi wątpliwości, że następuje to w celu „zachowania, ratowania, przywracania lub poprawy zdrowia". Istotne jest jednak również, że samo umieszczenie cechuje pewnego rodzaju pośredniość w drodze do osiągnięcia celu leczniczego, prowadząca dopiero do udzielenia konkretnych świadczeń zdrowotnych (chodzi o stworzenie warunków ich udzielania). Wydaje się, że przyjęcie optymalnego modelu praktyki orzeczniczej sądów wymaga uwzględnienia poniżej wymienionych czynników.

Jak już wspomniano, źródłem kontrowersji dotyczących optymalnego brzmienia sentencji orzeczenia sądu dotyczącego pobytu pacjenta w z.o.l. jest nieprecyzyjność użytego w § 6 Rozp. M.Z. z 2012 r. pojęcia „umieszczenie". Może ono rodzić skojarzenia z przymusową hospitalizacją pacjenta, a więc ograniczeniem jego wolności osobistej, może też obejmować przeprowadzenie procedur niemedycznych związanych z zapewnieniem osobie umieszczanej w z.o.l. zakwaterowania, posiłków itp. Dla wykładni przepisów nie może pozostać obojętny fakt, że analizowane ustawy z zakresu prawa medycznego pojęciem „umieszczenia" pacjenta w ogóle nie posługują się. Nie jest ono również wymieniane w katalogu świadczeń zdrowotnych.

Nie bez znaczenia pozostaje fakt, że siatka pojęciowa u.ś.o.z. (zawierającej delegację do wydania omawianego rozporządzenia, posługującego się pojęciem „umieszczenia" w z.o.l.) pozwala na wyłączenie części świadczeń związanych

[41] Por. np. C. Boorse, *Health as a Theoretical Concept*, „Philosophy of Science" 1977/44(4), s. 542–573; T. Maszczak, *Zdrowie jako wartość uniwersalna*, „Roczniki Naukowe AWF w Poznaniu" 2005, s. 54, 73–81; J. Domaradzki, *O definicjach zdrowia i choroby*, „Folia Medica Lodziensia" 2013/40, s. 5–29; E. Kozłowska, A. Marzec, P. Kalinowski, U. Bojakowska, *Koncepcja zdrowia i jego ochrony w świetle literatury przedmiotu*, "Journal of Education, Health and Sport" 2016/6(9), s. 575–585; B. Janiszewska [w:] *System*…, t. 1, s. 1064–1066; w omawianym kontekście jest przytaczana również definicja zdrowia, sformułowana w Konstytucji Światowej Organizacji Zdrowia (Dz.U. z 1948 r. Nr 61, poz. 477 ze zm.), zgodnie z którą zdrowiem jest „stan zupełnej pomyślności fizycznej, umysłowej i społecznej, a nie jedynie braku choroby lub ułomności".

[42] B. Janiszewska [w]: *System*…, t. 1, s. 1065 i 1069.

[43] Tak np. R. Kubiak, charakteryzując czynności terapeutyczne, wskazuje, że są nimi „wszelkie czynności ukierunkowane na ochronę życia lub zdrowia, wykonywane zgodnie z prawidłami wiedzy medycznej przez wykwalifikowane osoby" (R. Kubiak, *Prawo medyczne*, Warszawa 2010, s. 19); zdaniem M. Filara cel leczniczy oznacza podejmowanie czynności, które zmierzają „w swym założeniu do ratowania życia, zdrowia lub zmniejszenia cierpień fizycznych czy psychicznych osoby […]" (M. Filar, *Odpowiedzialność karna związana z nieterapeutycznymi czynnościami lekarskimi*, „Prawo i Medycyna" 2000/5, t. 2, s. 59), zdaniem tego samego autora o celu leczniczym w przypadku eksperymentu medycznego można mówić, gdy „motywem działania eksperymentującego lekarza będzie osiągnięcie bezpośredniej korzyści dla zdrowia osoby leczonej […]" (M. Filar, *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000, s. 154); B. Janiszewska wskazuje, że „cel leczniczy obejmuje cząstkowe, określone w tym przepisie cele w postaci dążenia do zachowania, ratowania, przywracania lub poprawy zdrowia" (B. Janiszewska [w:] *System*…, t. 1, s. 1070).

z pobytem w z.o.l. z zakresu pojęcia świadczenia zdrowotnego. Zgodnie z art. 5 pkt 34 u.ś.o.z. przez pojęcie świadczeń opieki zdrowotnej należy rozumieć: świadczenia zdrowotne, świadczenia zdrowotne rzeczowe i świadczenia towarzyszące. Te ostatnie, które w myśl ustawowo ustanowionego podziału nie są świadczeniami zdrowotnymi *sensu stricto*, obejmują m.in. „zakwaterowanie i adekwatne do stanu zdrowia wyżywienie" (por. art. 5 pkt 38 u.ś.o.z.), a więc świadczenia, które odpowiadają ściśle kategorii „umieszczenia" i pobytu w z.o.l. Warto zauważyć, że nie zostały one zakwalifikowane do świadczeń zdrowotnych, mimo sygnalizowanego sformułowaniem „adekwatne do stanu zdrowia" celu leczniczego.

Warto również jeszcze raz podkreślić, że zasadniczo przepisy u.z.l. dotyczące zgody pacjenta i substytuowania tej zgody zezwoleniem (zgodą) sądu opiekuńczego, ze względu na zakres przedmiotowy tej ustawy oraz sposób sformułowania jej przepisów (w szczególności art. 32 i 34 u.z.l.) dotyczą udzielania świadczeń zdrowotnych przez lekarza[44]. Zastąpienia zgody pacjenta zezwoleniem sądu nie przewidują przepisy ustawy z 15.07.2011 r. o zawodach pielęgniarki i położnej[45]. Szerszy pod względem podmiotowym zakres zastosowania mają przepisy ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, w szczególności jej art. 16 i 17, jednak nie przewidują one regulacji dotyczącej interwencji sądu w przypadku braku zgody pacjenta niezdolnego do jej wyrażenia, a więc sytuacji charakterystycznej dla umieszczania pacjenta w z.o.l. W tym kontekście, poszukiwanie podstawy prawnej orzeczenia sądu dotyczącego umieszczenia pacjenta w z.o.l. wymaga istnienia świadczeń zdrowotnych udzielanych przez lekarza w tej placówce.

Zidentyfikowanie tego rodzaju świadczeń zdrowotnych nie budzi większych wątpliwości w przypadku koncepcji zakładającej wydanie orzeczenia przewidującego konkretne świadczenia zdrowotne udzielane w warunkach z.o.l. przez lekarzy lub personel pielęgniarski pod ich nadzorem. Pewne trudności mogą się natomiast wiązać ze wskazaniem świadczeń zdrowotnych łączących się z pojęciem „umieszczenia" pacjenta w z.o.l. w razie użycia takiego sformułowania w sentencji orzeczenia sądu. Wydaje się, że w pojęciu „umieszczenia" w z.o.l. mieszczą się te działania lekarskie, które zmierzają do wstępnego potwierdzenia stanu zdrowia pacjenta jako warunku pobytu w z.o.l. Wymóg taki przewiduje rozporządzenie Ministra Zdrowia z 22.11.2013 r. w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu świadczeń pielęgnacyjnych i opiekuńczych w ramach opieki długoterminowej, które w § 5 ust. 3, niezależnie od oceny dokonywanej przed przyjęciem do z.o.l., nakazuje w dniu przyjmowania pacjenta dokonać oceny poziomu jego samodzielności w skali „Barthel" przez lekarza i pielęgniarkę danego zakładu opiekuńczego. Należy nadmienić, że w świetle § 5 ust. 4 przywołanego wyżej rozporządzenia, pacjent jest przyjmowany do zakładu opiekuńczego przez kierownika tego zakładu „w porozumieniu z lekarzem udzielającym świadczeń w tym zakładzie opiekuńczym". W świetle tak sformułowanego przepisu może budzić wątpliwości, czy samo przyjęcie jest świadczeniem zdrowotnym podlegającym regulacji u.z.l.

[44] W piśmiennictwie prezentowany jest jednak pogląd o potrzebie stosowania zasad wyrażania przez pacjenta zgody przewidzianych w ustawie zawodowej lekarskiej do wszelkich świadczeń zdrowotnych, niezależnie od tego kto je wykonuje. Por. A. Kallaus, *Jeszcze raz*…, s. 105.

[45] Dz.U. z 2019 r. poz. 576 ze zm.

Podsumowując dotychczasowe rozważania, niezależnie od przyjmowanej koncepcji sformułowania sentencji orzeczenia sądu, konieczne jest uwzględnienie następujących zastrzeżeń:

1. Orzeczenie sądu dotyczące umieszczenia pacjenta w z.o.l. jest wydawane na podstawie ustawy zawodowej lekarskiej. W konsekwencji tego założenia, w zakresie procesowym zastosowanie znajdują unormowania tej ustawy oraz – przede wszystkim – Kodeksu postępowania cywilnego[46], dotyczące postępowania przed sądem opiekuńczym (art. 568 i n. k.p.c.)[47]. Zgodnie z art. 32 ust. 10 u.z.l. właściwość miejscową tego sądu określa miejsce udzielenia świadczenia zdrowotnego, tj. w analizowanym przypadku – miejsce w którym znajduje się z.o.l. Należy podzielić wyrażany w piśmiennictwie pogląd, że postępowanie zasadniczo toczy się z urzędu[48]. Przepisy procedury cywilnej znajdujące zastosowanie w odniesieniu do omawianych postępowań sądowych nie przewidują obligatoryjności przeprowadzenia rozprawy (art. 514 k.p.c.) czy konieczności dopuszczenia dowodu z opinii biegłego. W zakresie skuteczności i wykonalności orzeczenia zastosowanie znajduje art. 578 k.p.c.
2. Orzeczenie sądu nie może mieć charakteru zezwolenia blankietowego – sentencja ograniczająca się do zezwolenia na umieszczenie pacjenta w z.o.l. nie oznacza zgody na udzielanie mu świadczeń zdrowotnych mieszczących się w profilu działalności danej placówki. Wymaga podkreślenia, że praktyka wydawania tego typu orzeczeń, ograniczających się w sentencji do zezwolenia na umieszczenie pacjenta w z.o.l. stwarza ryzyko podejmowania wobec niego bezprawnych interwencji medycznych w związku z niezrozumieniem istoty orzeczenia sądu.
3. Określenie podstawy prawnej rozstrzygnięcia w u.z.l. wymaga badania przesłanek podmiotowych określonych w tej ustawie – w szczególności stanu niezdolności pacjenta do wyrażenia zgody.
4. Interwencja sądu nie może mieć charakteru nieprzewidzianego w u.z.l. instrumentu przełamywania woli pacjenta, prowadzącego do naruszenia jego wolności i tym samym naruszenia praw pacjenta.
5. Szczególnej ostrożności i czujności ze strony sądów wymaga identyfikacja przypadków, które mogą podlegać unormowaniom u.o.z.p. Powinno się zwracać uwagę nie tylko na to, czy pismo skierowane do sądu nie dotyczy umieszczenia pacjenta w placówce o profilu psychiatrycznym, co powodowałoby poddanie rozpoznawanej sprawy innej niż u.z.l. podstawie prawnej, ale także czy przyczyny niezdolności pacjenta do wyrażenia zgody nie wiążą się ze stanem jego zdrowia psychicznego (np. omamy, urojenia w przebiegu choroby Alzheimera) i nie stwarzają perspektywy konieczności stosowania szczególnych środków przymusu bezpośredniego, podlegających ścisłej reglamentacji prawnej[49].

[46] Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2019 r. poz. 1460 ze. zm.) – dalej k.p.c.
[47] Problematyka procesowa omawiana jest w niniejszym opracowaniu szerzej przy okazji prezentacji wyników badań.
[48] Por. B. Janiszewska, *O uwarunkowaniach*…, s. 111.
[49] Na taki charakter regulacji prawnych zmierzających do przełamywania wolności osobistej pacjenta wskazuje np. A. Dudzińska, *Zgoda na działanie medyczne*, „Państwo i Prawo" 2009/11, s. 77–78; warto zaznaczyć,

3. BADANIE AKTOWE SPRAW DOTYCZĄCYCH UMIESZCZENIA PACJENTA W ZAKŁADZIE OPIEKUŃCZO-LECZNICZYM

3.1. Organizacja badania i dobór próby

Czynnikiem utrudniającym zaplanowanie i przeprowadzenie badania były analizowane w poprzednim punkcie kontrowersje dotyczące przedmiotu rozstrzygnięcia sądu w sprawach dotyczących umieszczenia pacjenta w z.o.l. Brak oczywistej i bezspornej podstawy prawnej rozstrzygnięcia, jak również nieprecyzyjność samego pojęcia „umieszczenia" pacjenta w z.o.l. sprawiały, że wskazanie kryteriów określających rodzaj akt, o których przesłanie zwrócono się do sądów, nie było proste. W szczególności wykluczone było określenie z góry podstawy prawnej rozstrzygnięcia. Należy również dodać, że badane sprawy sądowe nie zostały uwzględnione jako odrębna kategoria w wykazie spraw podlegających symbolizacji[50]. Z tych względów prośbę o nadesłanie akt sformułowano w sposób opisowy, posługując się w niej kategorią pojęciową „umieszczenia pacjenta w z.o.l.". Badaniem objęto sprawy dotyczące osób dorosłych, z uwagi na inny charakter instrumentów opiekuńczych wykorzystywanych w stosunku do dzieci.

W pierwszym etapie wylosowano próbę 104 sądów rejonowych (ok. 1/3 sądów rejonowych w Polsce), do których skierowano prośbę o udostępnienie akt spraw rozstrzygniętych prawomocnie w 2017 r. Akta postępowań sądowych przesłane zostały przez 70 sądów, które udostępniły w sumie aż 1087 akt postępowań sądowych. Niewielka część z nich nie spełniała kryteriów badania: zdarzyło się nadesłanie akt spraw o zezwolenie na udzielenie zgody przez przedstawiciela ustawowego oraz dotyczących przymusowego umieszczenia w d.p.s.

Liczba nadesłanych do badania akt spraw dotyczących umieszczenia pacjenta w z.o.l. świadczy o znaczącym obciążeniu pracy sądów tą kategorią postępowań. Według bardzo ostrożnych szacunków, dokonanych jedynie na podstawie liczby nadesłanych akt spełniających kryteria badania, postępowań dotyczących umieszczenia w z.o.l. jest co najmniej 3000 rocznie w skali całego kraju. Należy mieć przy tym na względzie, że część postępowań, z uwagi na brak kategorii ewidencyjnej (symbolu) nie została do badania nadesłana. Warto również nadmienić, że rozkład liczbowy spraw rozpoznawanych w poszczególnych sądach był bardzo nierównomierny: wahał się od 1 do 190 postępowań. Jest to zapewne spowodowane nie tylko wielkością okręgów sądowych, ale przede wszystkim występowaniem w tych okręgach podmiotów prowadzących działalność leczniczą: szpitali i zakładów opiekuńczych.

że w ostatnim czasie, na gruncie przepisów prawa międzynarodowego, legalność również tych wyjątkowych instrumentów prawnych została zakwestionowana (por. M. Czubala, *Przymusowe*…, s. 147). Niezależnie od oceny tego kontrowersyjnego poglądu, wskazana jest daleko posunięta ostrożność w formułowaniu orzeczeń, które mogą zostać zinterpretowane jako naruszające podstawowe prawa człowieka. Na temat konstytucyjnych uwarunkowań zgody pacjenta por. np. T. Sobolewski [w:] *System Prawa Medycznego*, t. 1, *Instytucje prawa medycznego*, red. M. Safjan, Warszawa 2018, s. 388–394.

[50] Wykaz ten stanowi załącznik nr 2 do zarządzenia Ministra Sprawiedliwości z 19.06.2019 r. w sprawie organizacji i zakresu działania sekretariatów sądowych oraz innych działów administracji sądowej (Dz. Urz. M.S. z 2019 r. poz. 138). Zawiera on jedynie kategorię oznaczoną symbolem 235 – sprawy z ustawy z 5.12.1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Zwrócenie się o tego typu sprawy spowodowałoby przesłanie akt wszystkich postępowań dotyczących zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego i jednocześnie nieprzesłanie akt spraw, które sądy rozstrzygnęły według alternatywnej koncepcji określenia podstawy prawnej orzeczenia.

Ostatecznie do badania wylosowano 205 akt spraw sądowych w taki sposób, aby uzyskać możliwie zróżnicowaną i reprezentatywną dla wielu okręgów próbę.

3.2. Pacjenci umieszczani w zakładzie opiekuńczo-leczniczym

Dobór i stosowanie adekwatnych instrumentów prawnych związanych z umieszczeniem pacjenta w z.o.l. ściśle wiąże się z jego sytuacją prawną, osobistą, rodzinną i zdrowotną. Dlatego w pierwszej kolejności zostaną przedstawione zebrane w toku badania informacje odnoszące się do samych pacjentów, których dotyczyły postępowania sądowe.

Tabela 1
Pacjenci w badanych sprawach według płci i wieku w chwili skierowania do sądu zawiadomienia/wniosku

Wiek pacjenta	Płeć		Ogółem
	Kobiety	Mężczyźni	
Od 18 do 29 lat	1 (0,5%)	0	1 (0,5%)
Od 30 do 49 lat	3 (1,5%)	12 (5,9%)	15 (7,3%)
Od 50–do 69 lat	21 (10,2%)	41 (20%)	62 (30,2%)
Od 70 do 89 lat	78 (38%)	33 (16,1%)	111 (54,1%)
90 lat i więcej	16 (7,8%)	0	16 (7,8%)
Ogółem	**119 (58%)**	**86 (42%)**	**205 (99,9%)**

Źródło: opracowanie własne.

W badanej próbie nie odnotowano istotnej dysproporcji między grupą kobiet (119 – 58%) a mężczyzn (86 – 42%). Wydaje się, że większa liczebność kobiet obserwowana w badaniu odpowiada strukturze demograficznej ludności w Polsce[51]. Większa liczba mężczyzn w przedziale wiekowym między 50. a 69. rokiem życia (41 osób – 20%) zapewne wynika z wyższej zapadalności w tym wieku na choroby będące powodem umieszczenia w z.o.l. oraz krótszym średnim czasem życia[52].

Najistotniejsza obserwacja wynikająca z analizy struktury demograficznej badanej grupy pacjentów dotyczy zdecydowanej przewagi liczebnej osób w podeszłym wieku. Zaledwie 16 pacjentów (7,8%) nie miało ukończonego 49. roku życia, a aż 127 postępowań (61,9%) dotyczyło pacjentów mających ukończony 70. rok życia. Średnia wieku wszystkich pacjentów wynosiła 72,7 roku, a mediana – 76 lat. Najstarszy pacjent miał ukończone 95 lat. Oznacza to, że problem umieszczenia w z.o.l. dotyczy zdecydowanie najczęściej osób starszych, a wyjątkowo tylko przypadków związanych z koniecznością objęcia opieką zdrowotną pacjentów, którzy w młodszym wieku ulegli wypadkom lub zapadli na choroby ograniczające istotnie ich samodzielność. Zazwyczaj wątpliwa jest perspektywa poprawy stanu pacjenta i jego powrotu do zdrowia. Może o tym też świadczyć wysoka liczba umorzeń

[51] Por. w tym zakresie dane GUS: w 2017 r. ludność w Polsce szacowano na 38 422,3 tys., w tym 19 833,6 tys. kobiet i 18 588,7 tys. mężczyzn, przy czym dysproporcja między tymi grupami pogłębiała się wraz z wiekiem: w grupie 75 lat i więcej szacowano liczbę kobiet na 1 806,2 tys., a liczbę mężczyzn na 914,6 tys. (*Rocznik Demograficzny 2018*, Warszawa 2018, Tabl. 14. *Ludność według płci i wieku*, s. 136).

[52] Por. np. *Rocznik Demograficzny*…, Tabl. 115 (145) *Przeciętne dalsze trwanie życia w latach 1970–2017*, s. 386.

postępowań z powodu śmierci pacjenta (szczegółowe dane zostaną przedstawione w części poświęconej przebiegowi postępowania).

Z uwagi na różnorodność zawartego w badanych aktach materiału dowodowego (dokumentacji medycznej) oraz zróżnicowany zakres (często bardzo ograniczony) zawartych w nim informacji, a także niejednolitość i specjalistyczny charakter stosowanej terminologii medycznej[53], precyzyjna kategoryzacja dotycząca stanu zdrowia pacjentów umieszczanych w z.o.l. nie jest możliwa. Niemniej mimo konieczności dokonania uogólnień, podjęto próbę opisu statystycznego stanu zdrowia pacjentów umieszczanych w z.o.l.

Tabela 2
Stan zdrowia pacjentów umieszczanych w z.o.l.*

Rodzaj problemu zdrowotnego/stan pacjenta	Sprawy	
	l. bezwzgl.	procenty
Pacjent nie poruszał się samodzielnie	137	66,8
Zaburzenia psychotyczne	7	3,4
Upośledzenie umysłowe	2	1
Choroba Alzheimera, zespół otępienny, afazje itp.	113	55,1
Inne zaburzenia psychiczne	7	3,4
Brak przytomności	50	24,4
Stan po wylewie lub udarze niedokrwiennym mózgu	76	37,1
Stan po urazie czaszkowym – krwiak mózgu	17	8,3
Choroby serca i układu krążenia	42	20,5
Stan po nagłym zatrzymaniu krążenia	22	10,7
Alkoholizm	8	3,9
Sztuczne wentylowanie (pacjent zaintubowany)	23	11,2
Stan zdrowia był niemożliwy do określenia na podstawie akt	13	6,3

* Liczby w kolumnach nie zostały zsumowane, ponieważ w jednej sprawie mógł wystąpić więcej niż jeden problem zdrowotny. Procenty obliczono dla liczby 205 zbadanych spraw.

Źródło: opracowanie własne.

Informacje przedstawione w tabeli 2 należy traktować orientacyjnie, jako sygnalizację głównych problemów zdrowotnych pacjentów. Dane liczbowe dotyczące skategoryzowanych chorób i stanów zdrowia pacjentów należy traktować jako minima; z uwagi na ograniczenia materiału dowodowego nie było możliwe ustalenie wszystkich faktów, wymagałoby to analizy pełnej historii chorób pacjenta w każdym przypadku.

Mimo tych ograniczeń, na podstawie akt, możliwe było scharakteryzowanie najbardziej typowych sytuacji. Wśród nich, najczęstsze okazało się występowanie różnego rodzaju stanów związanych z ograniczeniem lub uniemożliwieniem nawiązania komunikacji z pacjentem[54]. Obejmują one przypadki występowania choroby Alzheimera, jak również stanów otępiennych i afazji o różnej etiologii

[53] Przykładowo, na określenie stanu, w jakim znajdowali się pacjenci używano takich terminów jak: otępienie, zespół otępienny, otępienie głębokie, otępienie starcze, otępienie miażdżycowe, afazja, afazja mieszana, afazja całkowita, afazja sensoryczna, afazja czuciowo-ruchowa, stan minimalnej świadomości i in.

[54] Należy zaznaczyć, że kategoria ta nie jest jednoznaczna z prawnym pojęciem niezdolności do wyrażenia zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego. Zdolność ta będzie przedmiotem analizy w dalszej części niniejszego opracowania.

i stopniu natężenia. Kategorię tę odnotowano w ponad połowie spraw (113 przypadków – 55,1% całej próby). Należy podkreślić, że występowanie tego rodzaju stanów powinno być poddawane szczególnie wnikliwej analizie z punktu widzenia zapewnienia pacjentowi pomocy psychiatrycznej, w szczególności perspektywy stosowania wobec niego środków przymusu bezpośredniego, które – jak wskazano we wcześniejszych rozważaniach – podlegają ustawowej reglamentacji. Uprzedzając charakterystykę przebiegu postępowania i prowadzenia postępowania dowodowego, warto w tym miejscu podkreślić, że badane akta spraw sądowych nie zawierały materiału świadczącego o pozyskiwaniu tego rodzaju informacji przez sądy, mimo pojawiających się niekiedy sygnałach o agresywnej postawie pacjentów.

Tego rodzaju wątpliwości nie dotyczą grupy pacjentów znajdujących się w stanie nieprzytomności (50 przypadków – 24,4%). Na podstawie zbadanych akt spraw należy również podkreślić, że zasadniczo nie budziły one wątpliwości co do samej potrzeby udzielenia pacjentowi pomocy w formie świadczeń o charakterze opieki długoterminowej. Najczęściej pacjenci pozostawali w ogólnie złym stanie zdrowia. Bardzo często (76 przypadków – 37,1%) bezpośrednią przyczyną pogorszenia tego stanu był udar niedokrwienny mózgu lub wylew śródmózgowy. Często odnotowywano przypadki chorób serca i układu krążenia (42 przypadki – 20,5%). Warto też zasygnalizować istnienie kategorii pacjentów sztucznie wentylowanych (23 przypadki – 11,2%), wymagających objęcia pomocą w z.o.l. wyspecjalizowanych do udzielania pomocy takim osobom.

W 13 sprawach (6,3%) na podstawie akt nie można było ustalić, jaki jest stan zdrowia pacjenta. W ośmiu z nich postępowanie zakończyło się wydaniem postanowienia prowadzącego do umieszczenia pacjenta w z.o.l. (w pozostałych pięciu nastąpiło umorzenie postępowania), co oznacza, że w sprawach tych sądy nie zgromadziły materiału dowodowego przemawiającego na rzecz udzielenia pacjentowi pomocy w ramach opieki długoterminowej, a jedynie polegały na zdawkowym sformułowaniu zawiadomienia bądź zaświadczenia lekarskiego.

Charakterystyka sytuacji życiowej pacjentów wymaga również wskazania miejsca, w którym przebywali oni w chwili zawiadomienia sądu o potrzebie umieszczenia w z.o.l.

Najczęściej odnotowano wariant sytuacyjny, w którym pacjent przeszedł leczenie szpitalne (np. związane z udarem, wylewem, zawałem i in.) i w szpitalu oczekiwał na udzielenie mu pomocy w ramach opieki długoterminowej (133 przypadki – 64,9%). Pozostałe kategorie występowały w znacznie mniejszej liczbie. Na uwagę zasługuje jednak wariant, w którym pacjent przebywał już w z.o.l., a orzeczenie sądu dotyczyło umieszczenia w tej właśnie placówce (15 przypadków – 7,3%). Należy podkreślić, że w świetle założeń poczynionych wcześniej, wątpliwa jest podstawa prawna takiego orzeczenia. Z przyczyn, o których była wcześniej mowa, należy wykluczyć odpowiednie stosowanie przepisów u.o.z.p. o tzw. trybie nagłym, który zmierza do legalizacji dokonanego już przyjęcia. Unormowania u.z.l. nie przewidują natomiast przypadku „legalizacji" udzielonego świadczenia zdrowotnego.

Statystycznie doniosła była też liczba przypadków, w których pacjent przebywał poza szpitalem, niekiedy z pomagającymi mu członkami rodziny, ale jego stan zdrowia pogorszył się na tyle, że konieczne było zapewnienie mu bardziej specjalistycznej opieki w warunkach z.o.l. (31 spraw – 15,1%). Warto również zwrócić uwagę, że w zauważalnej liczbie spraw w aktach postępowania w ogóle nie zgromadzono materiału świadczącego o miejscu pobytu pacjenta (14 przypadków – 6,8%).

Tabela 3
Miejsce, w którym przebywali pacjenci w chwili zawiadomienia sądu o potrzebie umieszczenia ich w z.o.l.

Miejsce	Sprawy	
	l. bezwzgl.	procenty
Szpital	133	64,9
Szpital lub oddział psychiatryczny	7	3,4
Z.o.l., w którym miał być umieszczony	15	7,3
Z.o.l., z którego miał być przeniesiony do innego	1	0,5
Z.o.l. – brak danych, czy miał tam dalej przebywać	4	2
Dom opieki dla osób w podeszłym wieku	2	1
Hospicjum	1	0,5
Zamieszkiwał u dorosłych dzieci	10	4,9
Zamieszkiwał z małżonkiem	8	3,9
Zamieszkiwał u innych członków rodziny	2	1
Mieszkał samotnie	7	3,4
Zakon	1	0,5
Nie wynikało z akt	14	6,8
Ogółem	**205**	**100,1**

Źródło: opracowanie własne.

O ile pewien zakres informacji z zakresu stanu zdrowia i miejsca pobytu pacjentów był możliwy do ustalenia na podstawie akt, o tyle w mniejszym stopniu odnotowane w nich zostały ustalenia dotyczące sytuacji rodzinnej i osobistej pacjentów.

Tabela 4
Stan cywilny pacjentów

Stan cywilny	Sprawy	
	l. bezwzgl.	procenty
Żonaty/zamężna	39	19
Wdowiec/wdowa	25	12,2
Rozwiedziony	6	2,9
Kawaler/panna	10	4,9
Niepozostający już w związku małżeńskim bez wskazania przyczyny jego ustania	1	0,5
Nie wynikało z akt	124	60,5
Ogółem	**205**	**100**

Źródło: opracowanie własne.

Odnosząc się do danych prezentowanych w tabeli 4 należy przede wszystkim zwrócić uwagę na bardzo dużą, znacznie przekraczającą połowę badanej próby, liczbę spraw, w których aktach w ogóle brak było informacji o stanie cywilnym pacjenta (124 sprawy – 60,5%). W zakresie ustalonych danych warto zwrócić uwagę na istotny odsetek pacjentów, których małżonek zmarł, a więc często samotnych

(25 spraw – 12,2%). Ten aspekt sytuacji osobistej pacjentów mogą też przybliżyć ustalenia dotyczące kręgu osób bliskich pozostających w kontakcie z pacjentem i zainteresowanych jego zdrowiem (osób pozostających z pacjentem w bliskich relacjach, odwiedzających pacjenta w szpitalu, dowiadujących się o jego stan zdrowia, sygnalizujących jego potrzeby również w postępowaniu sądowym itp.).

Tabela 5
Osoby bliskie pozostające w kontakcie z pacjentem i zainteresowane jego zdrowiem*

Osoba	Sprawy	
	l. bezwzgl.	procenty
Dziecko/dzieci	73	35,6
Małżonek	29	14,1
Rodzic(e)	5	2,4
Rodzeństwo	3	1,5
Inny członek rodziny	9	4,4
Partner(ka)	1	0,5
Inne osoby niespokrewnione	1	0,5
Nie było takich osób	11	5,4
Nie wynikało z akt	80	39

* Liczby w kolumnach nie zostały zsumowane, ponieważ w jednej sprawie zdrowiem pacjenta mogli interesować się różni członkowie rodziny. Procenty obliczono dla liczby 205 zbadanych spraw.

Źródło: opracowanie własne.

W tabeli 5 również zwraca uwagę wysoka liczba spraw, w których aktach nie zawarto informacji o stosunku rodziny pacjenta i innych bliskich mu osób do jego sytuacji zdrowotnej (80 postępowań – 39%). W przypadkach, w których istniały informacje o osobach utrzymujących bliskie więzi z pacjentem, najczęściej były to jego dzieci (73 postępowania – 35,6%).

Prezentowane dotychczas wyniki badania wskazują na to, że sądy zasadniczo dokonywały pewnych ustaleń w zakresie zdrowia pacjenta (sposób prowadzenia postępowania dowodowego będzie przedmiotem dalszej części opracowania), często natomiast mniej zainteresowane były okolicznościami natury osobistej występującymi po jego stronie. Wynika to zapewne z tego, że sytuacja rodzinna i osobista nie jest przesłanką wydania zezwolenia na udzielenie świadczenia zdrowotnego. Wydaje się jednak, że wzgląd na dobro pacjenta oraz charakter sądownictwa opiekuńczego przemawiają na rzecz czynienia przynajmniej podstawowych ustaleń w tym zakresie (co czyniły niektóre sądy, dopuszczając np. dowód z zeznań świadków – osób bliskich pacjentowi). Rodzina i osoby bliskie pacjentowi mogą stanowić rękojmię czuwania nad przestrzeganiem jego praw. W razie braku takich osób, może się okazać, że wskazane jest ustanowienie kuratora dla osoby niepełnosprawnej, tymczasem postępowanie dotyczące umieszczenia pacjenta w z.o.l. może się okazać ostatnią okazją do spostrzeżenia takiej potrzeby przez wymiar sprawiedliwości.

W kategoriach uwarunkowań podmiotowych wynikających z art. 32 i 34 u.z.l., związanych z wyrażeniem zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego i zastępowaniem tej zgody orzeczeniem sądu, istotna jest ocena zdolności pacjenta

do czynności prawnych (ewentualnego ubezwłasnowolnienia), zdolności do wyrażenia zgody oraz posiadania opiekuna faktycznego.

Jeżeli chodzi o pierwszy ze wskazanych czynników, to zasadniczo badanie obejmowało przypadki osób o pełnej zdolności do czynności prawnych, co do których konieczne stało się wydanie orzeczenia przez sąd, z uwagi na ich niezdolność do wyrażenia zgody. W przypadku osób ubezwłasnowolnionych konieczne byłoby uzyskanie zgody przedstawiciela ustawowego na udzielenie świadczenia zdrowotnego (umieszczenie w z.o.l.) oraz orzeczenie sądu zezwalające mu na dokonanie tej czynności na podstawie art. 156 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego[55], względnie skorzystanie z instrumentów nadzoru nad opieką lub kuratelą w celu skłonienia przedstawiciela ustawowego do odpowiedniego postępowania (wyrażenia zgody). Stosowanie przepisów ustawy zawodowej lekarskiej w przypadku umieszczania w z.o.l. osób ubezwłasnowolnionych mogłoby dotyczyć sprzeciwu pacjenta (art. 32 ust. 6 u.z.l.). Bardziej wątpliwa wydaje się możliwość przełamywania odmowy przedstawiciela ustawowego (art. 34 ust. 6 u.z.l.), ponieważ wymagałaby zakwalifikowania umieszczenia w z.o.l. jako świadczenia niezbędnego dla usunięcia niebezpieczeństwa utraty przez pacjenta życia lub ciężkiego uszkodzenia ciała bądź ciężkiego rozstroju zdrowia. Możliwość dokonania takiej kwalifikacji zależy od przyjęcia określonej koncepcji przedmiotu rozstrzygnięcia sądu opisywanych w poprzedniej części niniejszego opracowania.

Mimo tych zastrzeżeń, w badaniu uzyskano interesujące wyniki również w zakresie istnienia ewentualnego ubezwłasnowolnienia pacjenta. Nie odnotowano przypadków postępowań toczących się w warunkach art. 32 ust. 6 u.z.l., tj. sprzeciwu pacjenta ubezwłasnowolnionego. Wystąpił jeden przypadek sprawy pacjenta ubezwłasnowolnionego z powodu choroby Alzheimera. Sprawa ta została objęta badaniem, ponieważ w chwili zawiadomienia sądu nie był jeszcze ustanowiony przedstawiciel ustawowy, a sąd prowadził postępowanie i wydał ostatecznie orzeczenie o umieszczeniu w z.o.l. mimo ustanowienia w międzyczasie opieki. Podkreślenia wymaga przede wszystkim, że aż w 69 przypadkach (33,7%) akta nie dawały podstaw dla oceny, czy pacjent był ubezwłasnowolniony, przy czym nie chodzi o istnienie jednoznacznych dowodów takiego stanu rzeczy (np. w postaci odpisu orzeczenia sądowego), ale o jakiekolwiek informacje pozwalające choćby uprawdopodobnić istnienie pełnej zdolności do czynności prawnych pacjenta (np. pism procesowych lub zeznań osób bliskich, które milczałyby na temat ubezwłasnowolnienia). Wydaje się, że częste czynienie założenia o pełnej zdolności do czynności prawnych pacjenta może być zawodne i może prowadzić do błędów procesowych, skoro najczęstsza przyczyna zdrowotna kwalifikująca pacjentów do z.o.l. ma związek z różnymi postaciami otępienia, które mogą być przesłanką ubezwłasnowolnienia.

W 135 postępowaniach (65,9%) można było na podstawie akt wysunąć przypuszczenie, że pacjent nie jest ubezwłasnowolniony, przy czym – jak już wskazano – ocena taka wynikała z całokształtu materiału dowodowego, niekoniecznie zaś z dowodu przeprowadzonego wyłącznie na tę okoliczność.

Szczególnie skomplikowanym zagadnieniem jest ocena zdolności pacjenta do wyrażenia zgody na udzielenie mu świadczenia zdrowotnego. Na trudność tę – zarówno

[55] Ustawa z 25.02.1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. z 2017 r. poz. 682 ze zm.) – dalej k.r.o.

w wymiarze procesowym, jak i badawczym – składa się szereg czynników. Wśród nich na plan pierwszy wysuwa się różnorodność stanów psychicznych, w jakich znajdują się pacjenci. Przykładowo, często odnotowywane otępienie może mieć różną etiologię (wypadek – uraz, udar lub wylew, zmiany starcze itp.), a przede wszystkim różne natężenie (uniemożliwiające lub jedynie utrudniające kontakt). Również ewolucja w postrzeganiu praw pacjentów niepełnosprawnych psychicznie zmierza do przyznawania im coraz szerszego zakresu podmiotowości i prawa do decydowania o sobie. Ponadto, w niniejszym opracowaniu wskazywano już na różnorodność terminologii medycznej, stosowanej do opisu stanu psychicznego pacjenta. Czynniki te utrudniają ocenę sądowi i mogą decydować o konieczności przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego. Tym bardziej, w przypadkach braku takiego dowodu, utrudnione jest badanie materiału zawartego w aktach spraw i dlatego analiza ta była prowadzona z dużą ostrożnością. Należało wskazać, czy w aktach znajdują się informacje pozwalające wyprowadzić wniosek o braku zdolności pacjenta do wyrażenia zgody. Oczywiście brak opinii biegłego w postępowaniu dowodowym nie przesądzał tej oceny. Przyjęto założenie, zgodnie z którym jakakolwiek jednoznaczna wypowiedź lekarska dotycząca braku możliwości nawiązania kontaktu z pacjentem (np. stwierdzenie afazji mieszanej, całkowitej, czuciowo-ruchowej) była interpretowana jako świadectwo braku zdolności pacjenta do wyrażenia zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego. Mimo takiego podejścia wynik badania okazał się zaskakujący.

Tabela 6
Zdolność pacjenta do wyrażenia zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego

Czy pacjent był zdolny do wyrażenia zgody	Sprawy	
	l. bezwzgl.	procenty
Tak	4	2
Nie	153	74,6
Nie można ustalić na podstawie akt	48	23,4
Ogółem	**205**	**100**

Źródło: opracowanie własne.

Jedynie w czterech przypadkach (2%) zdecydowano się na ocenę, że pacjent był zdolny do wyrażenia zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego, co wykluczało dopuszczalność substytuowania tej zgody orzeczeniem sądu. W jednej spośród tych spraw zapadło postanowienie „oddalające wniosek", natomiast w pozostałych trzech sąd wydał jednak postanowienie o umieszczeniu w z.o.l., motywowane – jak się wydaje – względami „życiowymi" (dwie sprawy dotyczyły alkoholików, a jedna pacjenta, który już raz udzielił zgody na pobyt w z.o.l., a jego aktualny stan był niestabilny i istniało ryzyko, że nie będzie w stanie wyrazić tej zgody w dniu przyjmowania do z.o.l.).

Przede wszystkim jednak, ponownie w dużej liczbie spraw – niemal 1/4 badanej próby (48 przypadków – 23,4%) – akta sądowe nie pozwalały na wyprowadzenie wniosku odnośnie do zdolności do wyrażenia zgody. Można wskazać szereg przykładów rodzących wątpliwości w tym zakresie. W aktach badanych spraw znalazły się następujące stwierdzenia, będące jedynym materiałem opisującym zdolność pacjenta

do wyrażenia zgody: „pacjentka spokojna, okresowo nielogiczna w wypowiedziach – zespół otępienny" (kwestionariusz nr 27); „organiczna chwiejność afektywna" i „ograniczony kontakt z otoczeniem" (kwestionariusz nr 30); „utrudniony kontakt słowno-logiczny; „brak możliwości świadomego złożenia podpisu" (kwestionariusz 34); „stan zdrowia uzasadnia umieszczenie w z.o.l., pacjent nie może podpisać zgody" (kwestionariusz nr 40); „organiczne zaburzenia świadomości" (kwestionariusz 48); „[pacjent w] powierzchownym kontakcie" (kwestionariusz 60); „Kontakt werbalny i pozawerbalny szczątkowy. W chwili obecnej badanie psychiatryczne pacjenta, a tym bardziej jednoznaczne określenie jego zdolności do zrozumienia aktualnej sytuacji zdrowotnej i złożenia ważnego oświadczenia woli nie jest możliwe" (kwestionariusz nr 111); „kontakt słowny ograniczony" (kwestionariusz nr 172).

Określenie poziomu świadomości pacjenta i jego sprawności intelektualnej umożliwiających złożenie świadomej zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego jest trudne i może być przedmiotem kontrowersji. W przywołanych przykładach, które, jak zaznaczono wyżej, były jedynymi informacjami w omawianym zakresie, zwraca jednak uwagę lakoniczność i brak pełnych podstaw do wnioskowania o kondycji psychicznej pacjenta. Wydaje się oczywiste, że braki te powinny być uzupełniane w toku postępowania dowodowego.

Należy również zwrócić uwagę na przyczyny braku zdolności do wyrażenia zgody w sprawach, w których przyjęto istnienie takiego stanu. W tabeli 2 wskazano już, że 50 spraw dotyczyło pacjentów w stanie nieprzytomności. Przypadki te nie budzą żadnych wątpliwości co do możliwości wyrażenia zgody. Jednakże w grupie 153 spraw, w których można było przyjąć, że pacjenci byli niezdolni do wyrażenia zgody, w 92 przypadkach (56,8%) przyczyną takiego stanu były różnego rodzaju deficyty w kontaktowaniu się z otoczeniem (afazje, stany określane jako „brak kontaktu" itp.) mimo zachowania stanu przytomności. Sytuacje te wymagają od sądu szczególnej uwagi i ostrożności w ocenie stanu zdrowia psychicznego pacjentów. W ramach badania aktowego nie była możliwa weryfikacja założeń rozstrzygnięć sądowych w tym zakresie – wymagałaby ona badania lekarskiego dokonywanego w każdym przypadku. Uwagę zwracała jednak często występująca zdawkowość materiałów pozwalających na uznanie pacjenta za niezdolnego do wyrażenia zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego, sprowadzająca się w niektórych przypadkach do kilku słów zaświadczenia lekarskiego, mówiącego np. o „afazji całkowitej", „braku kontaktu", „stanie minimalnej świadomości", „otępieniu", „zespole otępiennym" itp. (bardziej szczegółowe wyniki badania w zakresie postępowania dowodowego zostaną omówione w kolejnym punkcie). Należy dodać, że w 11 sprawach (6,8%) istniała wypowiedź lekarska wykluczająca możliwość uzyskania zgody, bez podania przyczyn takiego stanu pacjenta.

Jak zasygnalizowano wcześniej, pewne znaczenie z punktu widzenia oceny przesłanek podmiotowych, określonych w art. 32 u.z.l. może mieć ustalenie, czy pacjent ma opiekuna faktycznego. Należy zastrzec, że opiekun taki może wyrażać za pacjenta zgodę na przeprowadzenie badania, które nie jest operacją lub metodą diagnostyki stwarzającą podwyższone ryzyko dla pacjenta (art. 32 ust. 3 i art. 34 u.z.l.). Istnienie opiekuna faktycznego może mieć zatem znaczenie z punktu widzenia postępowania dotyczącego umieszczenia w z.o.l., w zależności od koncepcji przedmiotu tego postępowania. Założenie, że orzeczenie obejmuje zezwolenie na udzielenie świadczeń zdrowotnych w warunkach z.o.l. może oznaczać brak potrzeby wydawania

postanowienia, jeśli świadczenia te polegałyby na badaniu pacjenta mającego opiekuna faktycznego. Podobnie należałoby przyjąć przy założeniu, że umieszczenie w z.o.l. (przyjęcie) polega na przeprowadzeniu wstępnego badania kwalifikacyjnego.

Na podstawie 105 akt spraw (51,2%) można było stwierdzić, że nad pacjentem była sprawowana w sposób stały opieka faktyczna (por. art. 3 ust. 1 pkt 1 u.p.p.). Jedynie w 14 sprawach (6,8%) pacjent był takiej opieki pozbawiony. Ponownie zwraca uwagę fakt, że aż w 86 przypadkach badanych akt (42%) nie było możliwe ustalenie tej istotnej okoliczności.

3.3. Przebieg postępowania sądowego

Zagadnienia poruszone w poprzednim punkcie mają przede wszystkim wymiar materialnoprawny. Problematyka umieszczenia pacjenta w z.o.l. jest przedmiotem kontrowersji także w obszarze procesowym. Na tym gruncie powstaje szereg pytań dotyczących sposobu wszczęcia postępowania, legitymacji procesowej, reprezentacji czy sposobu formułowania sentencji postanowienia. Jak już wskazano w pierwszej części niniejszego opracowania, piśmiennictwo nie daje jednomyślnych odpowiedzi w tym zakresie.

W pierwszej kolejności należy scharakteryzować praktykę sądową w zakresie wszczynania postępowania.

Tabela 7
Sprawy objęte badaniem według podmiotu inicjującego postępowanie i sposobu wszczęcia postępowania

Podmiot inicjujący postępowanie	Sposób wszczęcia postępowania			Ogółem
	Z urzędu	Na wniosek	Nie wynikało z akt	
Małżonek pacjenta	6 (2,9%)	13 (6,3%)	0	19 (9,3%)
Inny członek rodziny lub osoba bliska	28 (13,7%)	38 (18,5%)	1 (0,5%)	67 (32,7%)
Szpital	29 (14,1%)	57 (27,8%)	0	86 (42%)
Lekarz	4 (2%)	9 (4,4%)	0	13 (6,3%)
Z.o.l., w którym miał być umieszczony pacjent	1 (0,5%)	12 (5,9%)	0	13 (6,3%)
Podmiot prowadzący większą liczbę z.o.l.	2 (1%)	0	0	2 (1%)
Podmiot pomocy społecznej	2 (1%)	2 (1%)	0	4 (2%)
Przełożona zakonu	1 (0,5%)	0	0	1 (0,5%)
Ogółem	**73 (35,6%)**	**131 (63,9%)**	**1 (0,5%)**	**205=100,1**

Źródło: opracowanie własne.

W tabeli 7 zwraca uwagę duża różnorodność sytuacji procesowych odnotowywanych w badaniu. Postępowania inicjowane były zarówno przez członków rodziny i bliskich pacjenta (86 spraw – 42%), jak i przez szpital lub lekarzy (99 spraw – 48,3%). Pewnym zaskoczeniem jest niska liczba postępowań inicjowanych przez z.o.l., w którym miał być umieszczony pacjent, a więc w warunkach którego miały być udzielane świadczenia zdrowotne (15 spraw – 7,3%). O dużej liczbie postępowań inicjowanych przez szpitale decydowały zapewne względy praktyczne

– potrzeba wypisania ze szpitala pacjenta, któremu hospitalizacja nie jest już potrzebna, a który jednocześnie nie może podjąć samodzielnego życia.

Istotne wątpliwości wiążą się z niejednolitością praktyki sądowej w zakresie traktowania spraw dotyczących umieszczenia pacjenta w z.o.l., jako wszczynanych na wniosek lub z urzędu. Jak już wskazano w pierwszej części niniejszego opracowania, bardziej uzasadniony wydaje się pogląd, zgodnie z którym omawiany rodzaj spraw toczy się z urzędu, na skutek zawiadomienia sądu. Ponadto, o ile można zrozumieć pewne racje stojące za przypisaniem statusu wnioskodawcy rodzinie pacjenta lub lekarzowi, który ma udzielić świadczenia zdrowotnego, o tyle zupełnie niezrozumiałe wydaje się przypisanie takiego statusu szpitalowi lub lekarzowi niezaangażowanym w udzielanie świadczeń zdrowotnych będących przedmiotem postępowania. Tymczasem w badanej próbie odnotowano aż 66 spraw (32,2%) zainicjowanych przez szpital lub lekarza spoza z.o.l., w których podmioty te traktowane były przez sąd jako wnioskowe. Ponadto, należy zwrócić uwagę na znaczącą przewagę w ogólnej liczbie zbadanych spraw postępowań toczących się na wniosek (131 spraw – 63,9%). Wydaje się, że właściwsze jest jednak wąskie pojmowanie interesu prawnego decydującego o przyznaniu statusu wnioskodawcy (uczestnika) w omawianych sprawach. „Umieszczenie" w z.o.l. dotyczy bezpośrednio dóbr osobistych (przede wszystkim zdrowia) pacjenta, a zaangażowanie innych osób ma inny charakter, związany np. ze sferą relacji emocjonalnych z pacjentem.

W grupie spraw wszczynanych z urzędu (73 postępowania – 35,6%) w ok. połowie przypadków (37 postępowań – 18%) sąd wydał postanowienie o wszczęciu postępowania.

Prezentowane wyżej wyniki badania należy uzupełnić informacją dotyczącą podmiotów, występujących w postępowaniach jako uczestnicy.

Tabela 8
Osoby, które brały udział w postępowaniu jako uczestnicy*

Uczestnik	Sprawy	
	l. bezwzgl.	procenty
Pacjent	202	98,5
Małżonek pacjenta	23	11,2
Dziecko(ci) pacjenta	59	28,8
Rodzice pacjenta	4	2
Inni krewni lub osoby bliskie pacjenta	11	5,4
Szpital lub lekarz	89	43,4
Z.o.l.	12	5,8
Podmiot prowadzący większą liczbę z.o.l.	3	1,5
Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej[1] lub Gminny Ośrodek Pomocy Społecznej[2]	5	2,4
Prokurator	2	1

* Liczby w kolumnach nie zostały zsumowane, ponieważ w jednej sprawie mogło być więcej uczestników niż jeden. Procenty obliczono dla liczby 205 zbadanych spraw.
[1] Dalej MOPS.
[2] Dalej GOPS.

Źródło: opracowanie własne.

Dane prezentowane w tabeli 8 potwierdzają wcześniej omawiane obserwacje. Sądy często traktują jako uczestników podmioty, których interesu prawnego prowadzone postępowanie nie dotyczy. W 89 sprawach (43,4%) uczestnikiem postępowania był szpital lub lekarz. Trudno zrozumieć racje, przemawiające za przyznaniem statusu uczestnika postępowania podmiotowi pomocy społecznej (5 spraw – 2,4%). Często status uczestnika przysługiwał osobom z kręgu rodziny i bliskich pacjenta (97 spraw – 47,3%). Bardzo rzadko (dwie sprawy – 1%) w postępowaniu uczestniczył prokurator. Jako błąd procesowy należy ocenić brak uczestnictwa w postępowaniu samego pacjenta, co miało miejsce w trzech przypadkach (1,5%).

Istotny, sygnalizowany przez sędziów problem dotyczy zagadnienia reprezentacji pacjenta w postępowaniu. Z uwagi na jego stan niezdolności do wyrażenia zgody medycznej, najczęściej związany z brakiem świadomości lub stanem otępienia, nie jest on w stanie osobiście dokonywać czynności procesowych. Zagadnienie to należy rozpatrywać w aspekcie ochrony praw pacjenta w postępowaniu sądowym, generuje jednak ono również problemy praktyczne związane np. ze stosowaniem doręczeń.

Tabela 9
Reprezentacja pacjentów w postępowaniu a stosowanie doręczeń

Reprezentacja pacjenta w postępowaniu	Czy sąd stosował doręczenia pacjentowi lub osobie reprezentującej pacjenta		Ogółem
	Tak	Nie	
Adwokat lub radca prawny ustanowiony przez sąd	39 (19%)	1 (0,5%)	40 (19,5%)
Kurator dla osoby niepełnosprawnej	5 (2,4%)	0	5 (2,4%)
Kurator dla doręczeń	1 (0,5%)	0	1 (0,5%)
Kurator (bez określenia rodzaju)	18 (8,8%)	5 (2,4%)	23 (11,2%)
Kurator dla osoby niepełnosprawnej i adwokat ustanowiony przez sąd	1 (0,5%)	0	1 (0,5%)
Opiekun prawny	1 (0,5%)	0	1 (0,5%)
Brak reprezentacji	93 (45,4%)	41 (20%)	134 (65,4%)
Ogółem	**158 (77,1%)**	**47 (22,9%)**	**205 (100%)**

Źródło: opracowanie własne.

Tabela 9 obrazuje istotne rozbieżności w praktyce prowadzenia postępowań przez sądy zarówno gdy chodzi o ustanawianie osoby reprezentującej pacjenta, jak i stosowanie doręczeń. Przede wszystkim nie można mówić o ugruntowanej praktyce dotyczącej reprezentacji procesowej pacjenta. W zdecydowanej większości spraw (134 przypadki – 65,4%) pacjenci w ogóle nie mieli osoby reprezentującej ich w postępowaniu sądowym. W grupie spraw, w których reprezentacja taka istniała (71 przypadków – 34,6%), zdecydowanie przeważało ustanowienie profesjonalnego pełnomocnika (adwokata lub radcy prawnego) przez sąd (40 przypadków – 19,5% ogółu spraw). Warto podkreślić, że ten sposób ustanowienia reprezentacji przeważał mimo braku jednoznacznej podstawy prawnej do ustanowienia pełnomocnika. Prezentowany w doktrynie alternatywny model zapewnienia pacjentowi reprezentacji, polegający na ustanowieniu dla niego kuratora występował rzadziej. Ze względu

na częste wyodrębnienie ustanowienia kuratora w osobnym postępowaniu, akta badanych spraw w wielu przypadkach nie pozwalały ustalić jednoznacznie, jaki rodzaj kurateli został ustanowiony. W sześciu przypadkach (2,9%) wiadomo było, że ustanowiono kuratora dla osoby niepełnosprawnej, a w jednej sprawie (0,5%) kuratora dla doręczeń. W 23 sprawach (11,2%) po stronie pacjenta występował kurator, przy czym nie można było określić rodzaju tej kurateli. Należy jednak przypuszczać, że doszło do ustanowienia kuratora dla osoby niepełnosprawnej na podstawie art. 183 k.r.o.

Odnotowane rozbieżności stanowią odbicie niepełnej regulacji prawnej omawianej sytuacji: brak jest jednoznacznej podstawy do ustanowienia pełnomocnika profesjonalnego, natomiast ustanowienie kurateli dla osoby niepełnosprawnej rodzi wątpliwości, gdy chodzi o status przedstawiciela ustawowego takiego kuratora.

Interesujące wyniki uzyskano w zakresie stosowania przez sądy doręczeń (pism procesowych, wezwań, postanowień). Zasadniczo doręczenia te były stosowane w przypadku ustanowienia reprezentacji pacjenta. Nieliczne wyjątki od tej zasady mogły wynikać np. ze śmierci pacjenta w trakcie trwającego postępowania. Natomiast jest warte odnotowania, że w grupie spraw, w której pacjent nie był reprezentowany przez inną osobę, w blisko połowie ogółu wszystkich spraw (93 przypadki – 45,4%) doręczenia były stosowane. W przypadkach tych dochodzi więc do sprzeczności polegającej na próbie doręczenia pisma pacjentowi, o którym wiadomo, że nie jest faktycznie zdolny (często jest nieprzytomny) do podejmowania czynności procesowych. W wielu przypadkach dowód doręczenia podpisywany był np. przez pracowników szpitala.

Z punktu widzenia analizy problemu określenia przedmiotu postępowania sądowego dotyczącego umieszczenia pacjenta w z.o.l., istotnym zagadnieniem jest ustalenie sposobu formułowania zawiadomień (wniosków) inicjujących to postępowanie.

Tabela 10
Sposób sformułowania pisma inicjującego postępowanie

Sformułowanie pisma	Sprawy	
	l. bezwzgl.	procenty
Tylko umieszczenie w z.o.l.	156	76,1
Umieszczenie w z.o.l. i udzielenie ogólnie określonych świadczeń zdrowotnych	21	10,2
Umieszczenie w z.o.l. i udzielenie konkretnie określonych świadczeń zdrowotnych	21	10,2
Udzielenie ogólnie określonych świadczeń zdrowotnych w warunkach z.o.l.	7	3,4
Ogółem	**205**	**99,9**

Źródło: opracowanie własne.

Należy tu zastrzec, że wyniki badania prezentowane w tabeli 10 nie przesądzają tego, jaką koncepcję przedmiotu postępowania i ostatecznego rozstrzygnięcia przyjmował sąd. Pozwalają jednak ustalić początkową sytuację procesową, którą napotykały sądy, co ma istotne znaczenie z punktu widzenia dalszego biegu postępowania.

W omawianym zakresie uzyskane wyniki są jednoznaczne: podmioty inicjujące postępowanie w zdecydowanej większości spraw jako ich przedmiot określały samo umieszczenie pacjenta w z.o.l. (ponad 3/4 spraw – 156 przypadków – 76,1%). Pisma były najczęściej formułowane w lakoniczny sposób, np.: „Niniejszym wnoszę o wyrażenie zgody na umieszczenie uczestnika X w z.o.l."; „Szpital X wnosi o wydanie orzeczenia dotyczącego umieszczenia w z.o.l. bez zgody pacjenta Y". Często odnotowywaną praktyką było formułowanie pisma inicjującego postępowanie w drodze dokonania odpowiednich skreśleń i zaznaczeń na formularzu przygotowanym przez szpital lub z.o.l. W nielicznych przypadkach (21 spraw – 10,2%) w piśmie zwracano się do sądu o zezwolenie na udzielenie konkretnych świadczeń zdrowotnych, oprócz samego umieszczenia w z.o.l. Istotna statystycznie była grupa spraw, w których zwracano się o wydanie zezwolenia o charakterze blankietowym na udzielenie ogólnie określonych świadczeń zdrowotnych (28 przypadków – 13,6%, np. „Na podstawie art. 32 ust 2 i 8 u.z.l. wnoszę o udzielenie zgody na udzielenie świadczeń zdrowotnych wobec X możliwych do udzielenia w z.p.o./z.o.l., mających na celu ratowanie życia.").

Prezentowane wyżej wyniki badania warto uzupełnić informacją na temat podstaw prawnych wskazywanych w pismach. W zdecydowanej większości spraw (120 postępowań – 58,5%) nie zostały wskazane żadne przepisy prawne. Istotne jest jednak, że w pismach, w których zostały przywołane przepisy prawne, zdecydowanie przeważało wskazanie na art. 32 i 34 u.z.l. (w 60 sprawach – 29,3% – podano te przepisy jako jedyną podstawę prawną, a w 3 – 1,5% – w zbiegu z art. 33a u.ś.o.z. i § 6 Rozp. M.Z. z 2012 r.). Oznacza to, że w świadomości podmiotów inicjujących postępowanie, umieszczenie w z.o.l. jest postacią świadczenia zdrowotnego. W 22 pismach inicjujących postępowanie (10,7%) wskazano jedynie na art. 33a u.ś.o.z. lub § 6 Rozp. M.Z. z 2012 r.

Niemal do wszystkich pism dołączona była dokumentacja medyczna (188 spraw – 91,7%). W dziewięciu przypadkach (4,4%) nie dołączono oddzielnych dokumentów medycznych, ale samo pismo pochodziło od lekarza, który określił stan zdrowia pacjenta. Jedynie w ośmiu sprawach (3,9%) brak było jakiejkolwiek informacji lekarskiej dotyczącej stanu zdrowia pacjenta. Należy jednak podkreślić, że rodzaj i zakres dołączanej dokumentacji medycznej był bardzo zróżnicowany i zależał od praktyki przyjmowanej w danym szpitalu lub z.o.l. W części przypadków jedynym dokumentem było lakoniczne zaświadczenie lekarskie, ogólnie określające rozpoznanie oraz potrzebę umieszczenia w z.o.l. Do sądów trafiał również komplet dokumentów wymaganych do umieszczenia w z.o.l. (skierowanie, wywiad pielęgniarski i zaświadczenie lekarskie). W nielicznych sprawach sądowi przekazywano całą dokumentację dotyczącą hospitalizacji pacjenta.

W bardzo dużej liczbie spraw (139 przypadków – 67,8%) nie określono w piśmie skierowanym do sądu, w którym z.o.l. ma być umieszczony pacjent. Okoliczność ta ma istotne znaczenie nie tylko z punktu widzenia dobra pacjenta, ale także z przyczyn formalno-procesowych. Zgodnie z art. 32 ust. 10 u.z.l. sądem opiekuńczym właściwym miejscowo dla udzielania zgody na wykonywanie czynności medycznych jest sąd, w którego okręgu czynności te mają być wykonane. Należy zaznaczyć, że również w większości spraw, w których podmiot inicjujący postępowanie wskazywał ustawę zawodową lekarską jako podstawę prawną umieszczenia

pacjenta w zakładzie opiekuńczo-leczniczym, nie określono konkretnej placówki tego rodzaju (36 przypadków – 17,6%).

W niewielkiej liczbie spraw (23 przypadki – 11,2%) pismo skierowane do sądu zawierało żądanie zabezpieczenia w postaci umieszczenia pacjenta w z.o.l. Oczywistym motywem wniosku była chęć przyspieszenia umieszczenia pacjenta w tej placówce. Ponieważ badane postępowania zazwyczaj nie należą do przewlekłych (czas trwania postępowania będzie przedmiotem analizy w dalszej części niniejszego opracowania), sądy z reguły pozostawiały wniosek o zabezpieczenie bez rozpoznania i wydawały postanowienie kończące postępowanie. Tylko w dwóch postępowaniach zostało udzielone zabezpieczenie. W jednym z nich sąd postanowił: „udzielić zabezpieczenia przez umieszczenie X [pacjentki] w z.o.l. bez jej zgody", a w drugim postanowił: „na czas trwania postępowania zezwolić X [żonie pacjenta] na dokonanie wszelkich formalności związanych z umieszczeniem Y w z.o.l. w tym na złożenie wniosku".

Z prezentowanych dotychczas informacji zebranych w toku badania wynika, że w początkowej fazie postępowania na podstawie samego pisma, które je zainicjowało, często nie można było ustalić, jakie świadczenia zdrowotne będą udzielane pacjentowi w z.o.l. oraz w którym z.o.l. pacjent ma być umieszczony. W poprzednim punkcie opracowania zwracano również uwagę na deficyty w ustaleniu ważnych okoliczności podmiotowych. W tym kontekście istotny jest sposób prowadzenia dalszego postępowania przez sąd, w szczególności ewentualne wezwanie do uzupełnienia braków pisma oraz przeprowadzone dowody.

Tabela 11
Wezwanie sądu do uzupełnienia braków lub uzupełnienia pisma inicjującego postępowanie*

Żądanie sądu	Sprawy	
	l. bezwzgl.	procenty
Dołączenie dokumentacji medycznej dotyczącej stanu zdrowia pacjenta uzasadniającego umieszczenie w z.o.l.	17	8,3
Dołączenie dokumentacji medycznej potwierdzającej brak zdolności pacjenta do wyrażenia zgody	5	2,4
Określenie, w którym z.o.l. ma być umieszczony pacjent	8	3,9
Sprecyzowanie, jakie świadczenia będą udzielane w z.o.l.	5	2,4
Wskazanie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie	1	0,5
Określenie, czy pacjent jest ubezwłasnowolniony	4	2
Wskazanie kandydata na kuratora	5	2,4
Wskazanie, czy pacjent ma rodzinę	2	1
Inne braki (odpis pisma, opłata, podpisy, kopie dokumentów, akt urodzenia)	19	9,3
Sąd nie żądał uzupełnienia braków lub uzupełnienia pisma	158	77,1

* Liczby w kolumnach nie zostały zsumowane, ponieważ w jednej sprawie sąd mógł wzywać do uzupełnienia większej liczby braków. Procenty obliczono dla liczby 205 zbadanych spraw.

Źródło: opracowanie własne.

Sądy wzywały podmioty inicjujące postępowanie do uzupełnienia pisma lub braków formalnych w 47 sprawach (22,9%), przy czym najczęściej żądanie dotyczyło

braków formalnych, bez znaczenia dla merytorycznego rozpoznania sprawy (19 przypadków – 9,3%). W 17 sprawach sąd (8,3%) wezwał do dołączenia dokumentacji medycznej dotyczącej stanu zdrowia pacjenta, a więc zmierzał do ustalenia, czy umieszczenie w z.o.l. jest uzasadnione. Uwagę zwraca bardzo niska liczba spraw, w których wezwano do przedłożenia dokumentów medycznych potwierdzających brak zdolności pacjenta do wyrażenia zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego (5 przypadków – 2,4%) oraz do określenia, czy pacjent jest ubezwłasnowolniony (2 sprawy – 1%).

W 37 sprawach (18%) wezwanie sądu spowodowało uzupełnienie pisma. W sześciu przypadkach (2,9%) uzupełnienie miało charakter częściowy, a w czterech (2%) w ogóle nie nastąpiło.

Charakterystyka przebiegu postępowania wymaga oceny aktywności uczestników postępowania, wyrażającej się w formułowaniu pism procesowych oraz w obecności na rozprawie.

Tabela 12
Formułowanie pism procesowych przez podmioty biorące udział w postępowaniu*

Podmiot	Sprawy	
	l. bezwzgl.	procenty
Dziecko pacjenta	24	11,7
Małżonek pacjenta	7	3,4
Inny członek rodziny pacjenta	6	2,9
Profesjonalny pełnomocnik pacjenta	6	2,9
Kurator	2	1
Lekarz lub szpital	19	9,3
Z.o.l.	1	0,5
MOPS lub GOPS	6	2,9
Przełożona zakonu	1	0,5
Nikt nie formułował pism procesowych	140	68,3

* Liczby w kolumnach nie zostały zsumowane, ponieważ w jednej sprawie pisma mógł formułować więcej niż jeden podmiot. Procenty obliczono dla liczby 205 zbadanych spraw.

Źródło: opracowanie własne.

W tabeli 12 przedstawiono wyniki badania w zakresie aktywności podmiotów biorących udział w postępowaniu, przejawiającej się w formułowaniu pism procesowych. Jako przypadek tego rodzaju aktywności odnotowywano sformułowanie przynajmniej jednego pisma, przy czym nie brano pod uwagę pism o charakterze wyłącznie formalnym, pozamerytorycznym takich jak np. wniosek o przyznanie wynagrodzenia adwokatowi. Uwagę zwraca bardzo duża liczba spraw, w których uczestnicy nie podejmowali jakiejkolwiek aktywności omawianego rodzaju (140 postępowań – 68,3%). Podkreślenia wymaga również znikoma aktywność profesjonalnych pełnomocników procesowych (6 przypadków – 2,9%) oraz kuratorów (2 przypadki – 1%). Statystycznie istotne było natomiast zaangażowanie członków rodziny pacjenta (w sumie 37 spraw – 18%). Wydaje się to zrozumiałe z uwagi na emocjonalne zaangażowanie członków rodziny pacjenta.

W zdecydowanej większości postępowań objętych badaniem, sądy nie zdecydowały się na przeprowadzenie rozprawy, a więc uznały, że nie zachodzi potrzeba roztrząsania materiału dowodowego (120 spraw – 58,5%). W grupie 85 postępowań, w których przeprowadzono rozprawę, liczba posiedzeń jawnych wynosiła:

1 posiedzenie – 70 spraw (34,1%),
2 posiedzenia – 13 spraw (6,3%),
3 posiedzenia – 2 sprawy (1%).

Tabela 13
Obecność podmiotów biorących udział w postępowaniu na rozprawie*

Podmiot	Sprawy	
	l. bezwzgl.	procenty
Pacjent	4	1,9
Dziecko pacjenta	38	18,5
Małżonek pacjenta	14	6,8
Inny członek rodziny pacjenta	8	3,9
Profesjonalny pełnomocnik pacjenta	25	12,2
Kurator	18	8,8
Opiekun	1	0,5
Lekarz lub przedstawiciel szpitala	2	1
MOPS lub GOPS	4	1,9
Prokurator	1	0,5
Nikt nie był obecny na rozprawie	10	4,9
Rozprawy nie wyznaczono	120	58,5

* Liczby w kolumnach nie zostały zsumowane, ponieważ w jednej sprawie na rozprawie mogła być obecna więcej niż jedna osoba. Procenty obliczono dla liczby 205 zbadanych spraw.

Źródło: opracowanie własne.

Aktywność podmiotów zaangażowanych w postępowanie wyrażająca się w ich obecności na rozprawie (którymkolwiek z posiedzeń jawnych) była zauważalnie większa niż w przypadku formułowania pism procesowych. Oczywistym wytłumaczeniem tej obserwacji jest obowiązek stawiennictwa wynikający z wezwania sądowego. Również w tym przypadku, najczęściej obecni na rozprawie byli członkowie rodziny pacjenta (60 spraw – 29,3%). Obecność profesjonalnych pełnomocników odnotowano w 25 postępowaniach (12,2%).

Szczególnie istotnym elementem charakterystyki sposobu prowadzenia postępowania przez sądy jest wskazanie, jakie dowody zostały przez nie przeprowadzone.

Wyniki badania jednoznacznie wskazują, że w zdecydowanej większości spraw materiałem dowodowym, stanowiącym podstawę do wydania rozstrzygnięcia, była dokumentacja medyczna dołączona do wniosku lub uzyskana w wyniku wezwania do jej uzupełnienia. Dowód tego rodzaju znajdował się w 197 aktach (96,1%). Liczba ta pozostaje w wyraźnej dysproporcji do liczby innych dowodów, które mogły wskazywać na stan zdrowia pacjenta. Należy też ponownie podkreślić, że zakres gromadzonej dokumentacji medycznej był zróżnicowany, w wielu przypadkach ograniczony do krótkiego zaświadczenia lekarskiego, niedającego pełnego obrazu

stanu zdrowia pacjenta. Dokumentacja medyczna zebrana w toku postępowania znajdowała się w 19 aktach spraw (9,3%). W takiej samej liczbie postępowań przeprowadzono dowód z opinii biegłego z zakresu medycyny. W ustaleniu stanu zdrowia mogły pomóc również takie dowody, jak informacja o stanie zdrowia pacjenta pochodząca od podmiotu pomocy społecznej (16 spraw – 7,8%) czy wywiad środowiskowy (12 spraw – 5,8%). Stosunkowo często sądy korzystały z zeznań świadków, w szczególności członków rodziny pacjenta (51 spraw – 24,9%).

Tabela 14
Dowody przeprowadzone w postępowaniu*

Podmiot	Sprawy	
	l. bezwzgl.	procenty
Dokumentacja medyczna dołączona do pisma inicjującego postępowanie lub uzupełniona wskutek wezwania sądu	197	96,1
Dokumentacja medyczna uzyskana w toku postępowania	19	9,3
Opinia biegłego z zakresu medycyny	19	9,3
Dokumenty zawarte w aktach innej sprawy	15	7,3
Informacja o pacjencie pochodząca od podmiotu pomocy społecznej	16	7,8
Wywiad środowiskowy	12	5,8
Przesłuchanie pacjenta	4	1,9
Przesłuchanie opiekuna pacjenta	1	0,5
Przesłuchanie członka rodziny pacjenta	51	24,9
Przesłuchanie kuratora	6	2,9
Przesłuchanie innych świadków	2	1
Akt zgonu pacjenta	28	13,6
Inny akt stanu cywilnego	19	9,3
Zaświadczenie z systemu PESEL	17	8,3
Ksero dowodu osobistego	9	4,4

* Liczby w kolumnach nie zostały zsumowane, ponieważ w jednej sprawie mógł zostać przeprowadzony więcej niż jeden dowód. Procenty obliczono dla liczby 205 zbadanych spraw.

Źródło: opracowanie własne.

Jak już wskazano, w niektórych badanych sprawach dokumentację medyczną dołączaną do pisma inicjującego postępowanie lub uzyskaną w toku postępowania stanowił komplet dokumentów wymaganych do umieszczenia w z.o.l. w „zwykłym" trybie (skierowanie, wywiad pielęgniarski i zaświadczenie lekarskie). Pomimo brzmienia § 6 Rozp. M.Z. z 2012 r., który przewiduje, że dokumenty te nie są wymagane, jeżeli orzeczenie o umieszczeniu w z.o.l. wydaje sąd, to ich skompletowanie wydaje się celowe jako materiału dowodowego dotyczącego potrzeby udzielenia innych niż szpitalne całodobowych świadczeń zdrowotnych. Warto zwrócić uwagę, że oprócz określonej w rozporządzeniu skali oceny samodzielności pacjenta („Barthel"), użyteczna jest też skala „Glasgow" pozwalająca na ocenę stanu przytomności, a więc zdolności do wyrażenia zgody medycznej.

Szczególnie cennym dowodem w sprawach wymagających uwzględnienia wiedzy specjalistycznej jest opinia biegłego. Warto zatem poddać analizie tezy dowodowe w 19 przypadkach postępowań, w których taki dowód przeprowadzono. Skategoryzowano 4 rodzaje tez dowodowych:

1. Stan zdrowia pacjenta uzasadniający umieszczenie w z.o.l. – 13 spraw;
2. Zakres świadczeń zdrowotnych, które mają być udzielane w z.o.l. – 5 spraw;
3. Zdolność pacjenta do wyrażenia zgody – 15 spraw;
4. Zdolność pacjenta do uczestniczenia w czynnościach procesowych – 5 spraw.

Ponadto, w jednej sprawie teza została sformułowana w sposób wadliwy i brzmiała: „Czy stan zdrowia pacjenta pozwala na świadome i swobodne umieszczenie w ZOL i czy wymaga takiego umieszczenia".

Wydaje się, że w niewielkiej grupie spraw, w których przeprowadzono dowód z opinii biegłego, sądy trafnie formułowały pytania, próbując przede wszystkim ustalić, czy pacjent jest zdolny do wyrażenia zgody medycznej, a zatem czy postępowanie sądowe może być w ogóle prowadzone. Podsumowując zgromadzone wyniki badania w zakresie postępowania dowodowego, wypada zwrócić uwagę na tę właśnie kwestię. Ustalenie stanu zdrowia pacjenta, jako uzasadnienie jego pobytu w z.o.l. jest łatwiejsze – jak wskazano wcześniej; postępowania dotyczą najczęściej osób starszych, niedołężnych, schorowanych. Natomiast bardziej złożoną kwestią, wymagającą specjalistycznej wiedzy i ostrożnej oceny z uwagi na możliwość naruszenia praw pacjenta, jest określenie jego stanu w zakresie zdolności do wyrażenia świadomej zgody medycznej. W tym zakresie badane akta często nie zawierały przekonującego materiału dowodowego. Należy również zwrócić uwagę na deficyty w zakresie sprecyzowania w postępowaniu sądowym, jakie świadczenia zdrowotne będą udzielane pacjentom. Nawet przy założeniu, że przedmiotem postępowania sądowego jest samo umieszczenie traktowane jako rodzaj świadczenia zdrowotnego, wzgląd na dobro pacjenta przemawia na rzecz dokonania ustaleń dotyczących zakresu świadczeń zdrowotnych udzielanych w z.o.l. Oceniono, że w ponad połowie spraw (108 przypadków – 52,7%) akta postępowania sądowego nie dawały podstaw do skonkretyzowania tych świadczeń. Należy zaznaczyć, że w przypadkach, w których dokonano przeciwnej oceny, katalog świadczeń często nie był wyczerpujący, a niektóre z tych świadczeń wynikały np. z charakteru placówki (np. z.o.l. dla osób sztucznie wentylowanych).

Pośrednio o zakresie prowadzonego postępowania dowodowego może również świadczyć liczba kart akt badanych postępowań. Średnia liczba tych kart poprzedzających wydanie postanowienia kończącego postępowanie wynosiła 18, a mediana – 12. Istniały przy tym postępowania (nie chodzi o przypadki umorzeń), w których liczba kart wynosiła 2 (13 przypadków) i 3 (10 przypadków).

Kolejnym, istotnym czynnikiem z punktu widzenia interesu pacjenta jest czas trwania postępowania. Sformułowanie optymalnego modelu w tym zakresie nie jest oczywiste: z jednej strony, wskazane jest szybkie rozpoznanie sprawy, z drugiej jednak strony – w świetle prezentowanych wcześniej ustaleń – zasadne może być rozszerzenie postępowania dowodowego i wyznaczenie rozprawy, co musi wpłynąć na wydłużenie postępowania.

Tabela 15
Czas trwania postępowania od wpłynięcia pisma je inicjującego do wydania postanowienia w I instancji

Przedział czasu	Sprawy	
	l. bezwzgl.	procenty
Do 1 tygodnia	61	29,8
Powyżej 1 tygodnia do 1 miesiąca	60	29,3
Powyżej 1 miesiąca do 2 miesięcy	32	15,6
Powyżej 2 miesięcy do 3 miesięcy	24	11,7
Powyżej 3 miesięcy do 6 miesięcy	22	10,7
Powyżej 6 miesięcy	6	2,9
Ogółem	**205**	**100**

Źródło: opracowanie własne.

Przede wszystkim należy podkreślić zróżnicowanie badanej próby, gdy chodzi o czas trwania postępowania. Odnotowano istotne statystycznie grupy spraw w niemal wszystkich wyodrębnionych w tabeli 15 przedziałach. Jedynie postępowania trwające ponad 6 miesięcy wystąpiły sporadycznie (6 przypadków – 2,9%, najdłuższe postępowanie trwało aż 9 miesięcy). Jednocześnie zaznaczyła się wyraźna przewaga postępowań trwających krócej. Ponad 1/4 spraw została zakończona przed upływem tygodnia od wpłynięcia pisma inicjującego postępowanie (61 przypadków – 29,8%). W tej grupie odnotowano 8 postępowań zakończonych w dniu wpłynięcia pisma, a 37 spraw zakończyło się przed upływem trzeciego dnia. Warto zaznaczyć, że wspomniane wyżej zróżnicowanie czasów trwania postępowania zwykle nie wynikało z charakteru sprawy, jej skomplikowania, lecz z modelu postępowania przyjmowanego w praktyce orzeczniczej danego sądu. Można zatem mówić o modelu działania natychmiastowego, na podstawie dostarczonych sądowi dokumentów, oraz modelu polegającym na szczegółowym rozpoznaniu sprawy. Ten drugi model występował znacznie rzadziej.

W sprawach, w których sąd wyznaczył rozprawę, sprawność postępowania obrazuje w pewnym stopniu czas, jaki upływał od wpłynięcia pisma inicjującego postępowanie do wydania zarządzenia o wyznaczeniu rozprawy.

Tabela 16
Czas od wpłynięcia pisma inicjującego postępowanie do wydania zarządzenia o wyznaczeniu rozprawy a wezwanie sądu do uzupełnienia tego pisma*

Przedział czasu	Czy sąd wzywał do uzupełnienia pisma		Ogółem
	Tak	Nie	
Do 1 tygodnia	5 (5,7%	20 (22,7%)	25 (28,4%)
Powyżej 1 tygodnia do 1 miesiąca	6 (6,8%)	23 (26,1%)	29 (33%)
Powyżej 1 miesiąca do 2 miesięcy	9 (10,2%)	13 (14,8%)	22 (25%)
Powyżej 2 miesięcy do 3 miesięcy	2 (2,3%)	1 (1,1%)	3 (3,4%)
Powyżej 3 miesięcy do 6 miesięcy	4 (4,5%)	4 (4,5%)	8 (9,1%)
Powyżej 6 miesięcy	1 (1,1%)	0	1 (1,1%)
Ogółem	**27 (30,7%)**	**61 (69,3%)**	**88* (100%)**

* Liczba 88 spraw, dla której obliczono procenty, przekracza liczbę postępowań, w których odbyła się rozprawa (85), ponieważ w niektórych przypadkach postępowanie zostało umorzone wcześniej.

Źródło: opracowanie własne.

Czynnikiem, który mógł decydować o wydłużeniu czasu oczekiwania na wyznaczenie pierwszego posiedzenia jawnego na rozprawę, mogło być wezwanie sądu do uzupełnienia pisma inicjującego postępowanie. Zestawienie wyników badania w tym zakresie nie pozwala jednak na dostrzeżenie istotnych korelacji między tymi czynnikami. Wydłużenie oczekiwania na wyznaczenie rozprawy mogło zatem wynikać również z obciążenia sądów. Tylko w 25 sprawach (28,4%) zarządzenie o wyznaczeniu rozprawy następowało natychmiastowo – w pierwszym tygodniu po wpływie pisma inicjującego postępowanie.

Tabela 17
Czas od wydania zarządzenia o wyznaczeniu rozprawy do pierwszego posiedzenia wyznaczonego na rozprawę

Przedział czasu	Sprawy	
	l. bezwzgl.	procenty
Do 1 tygodnia	13	15,3
Powyżej 1 tygodnia do 1 miesiąca	43	50,6
Powyżej 1 miesiąca do 2 miesięcy	22	25,9
Powyżej 2 miesięcy do 3 miesięcy	4	4,7
Powyżej 3 miesięcy do 6 miesięcy	1	1,2
Powyżej 6 miesięcy	1	1,2
W aktach nie było zarządzenia o wyznaczeniu rozprawy	1	1,2
Ogółem	**85**	**100,1**

Źródło: opracowanie własne.

Wydaje się, że w badanej grupie czas oczekiwania na rozprawę od momentu wydania zarządzenia o jej wyznaczeniu odpowiadał racjonalnym zasadom prowadzenia postępowania. W zdecydowanej większości przypadków był to czas gwarantujący dostarczenie wezwania i możliwość zaplanowania obecności na rozprawie przez osoby wezwane (65 spraw – 76,5% – powyżej tygodnia do 2 miesięcy). Przypadki krótszego oczekiwania były możliwe w sądach, w których nawiązano szybki kontakt z uczestnikami, a przypadki długiego oczekiwania na rozprawę miały charakter jednostkowy i wiązały się z jej przekładaniem.

Szczególnie istotne są wyniki badania w zakresie ostatecznego rozstrzygnięcia sądu.

Tabela 18
Rozstrzygnięcie sądu kończące postępowanie w I instancji

Sposób rozstrzygnięcia sprawy	Sprawy	
	l. bezwzgl.	procenty
Postanowienie zezwalające na umieszczenie pacjenta w z.o.l.	155	75,6
Postanowienie odmawiające umieszczenia pacjenta w z.o.l.	5	2,4
Umorzenie postępowania	45	22
Ogółem	**205**	**100**

Źródło: opracowanie własne.

Przede wszystkim, w badanej grupie spraw zwraca uwagę znikoma liczba postępowań, w których sąd odmówił zezwolenia na udzielenie świadczenia zdrowotnego. W żadnej z 5 (2,4%) spraw, w których to nastąpiło, przyczyną odmowy nie była ocena potrzeby umieszczenia pacjenta w z.o.l. W tej grupie, w dwóch przypadkach, sąd ocenił, że wnioskodawca nie ma legitymacji do występowania z wnioskiem, w jednej podmiot zawiadamiający zmienił zdanie co do umieszczenia pacjenta w z.o.l., a w jednej sprawie na podstawie akt nie można było ustalić motywów negatywnego jej rozpatrzenia. Tylko w jednym postępowaniu sąd odmówił zezwolenia, ponieważ ocenił, że brak jest przesłanek podmiotowych do zastosowania przepisów u.z.l. – pacjent był bowiem zdolny do wyrażenia zgody.

De lege ferenda, powyższe obserwacje stawiają pod znakiem zapytania celowość utrzymywania obecnego modelu sądowej kontroli umieszczania pacjentów w z.o.l. – w praktyce sądowej nie dochodzi do negatywnej weryfikacji medycznej potrzeby umieszczenia pacjenta w z.o.l.

W znaczącej liczbie spraw (45 przypadków – 22%) doszło do umorzenia postępowania. W większości z nich (40 postępowań) przyczyną umorzenia był zgon pacjenta w trakcie postępowania. W pięciu sprawach umorzenie nastąpiło wskutek cofnięcia wniosku. Warto w tym miejscu wyjaśnić, że sprawy umorzone zostały włączone do badania i nie były wyłączane z analiz dotyczących postępowania dowodowego, ponieważ śmierć pacjentów następowała zazwyczaj na dalszym etapie postępowania sądowego, w przypadkach jego przedłużania się. Jednocześnie ryzyko śmierci uczestnika postępowania stanowi charakterystyczną cechę badanych spraw sądowych.

W ponad 3/4 spraw (155 – 75,6%) sądy wydały postanowienie pozytywne, tj. zezwalające na umieszczenie w z.o.l. lub udzielenie w nim świadczeń zdrowotnych. Sentencja postanowienia była przy tym formułowana w sposób zróżnicowany.

Tabela 19
Sposób sformułowania sentencji postanowienia

Sformułowanie sentencji	Sprawy	
	l. bezwzgl.	procenty
Tylko umieszczenie w z.o.l.	114	73,5
Umieszczenie w z.o.l. i udzielenie ogólnie określonych świadczeń zdrowotnych	8	5,2
Umieszczenie w z.o.l. i udzielenie konkretnie określonych świadczeń zdrowotnych	1	0,6
Umieszczenie w z.o.l. i udzielenie świadczeń zdrowotnych określonych w sposób konkretny i ogólny	9	5,8
Udzielenie ogólnie określonych świadczeń zdrowotnych w warunkach z.o.l.	18	11,6
Udzielenie konkretnie określonych świadczeń zdrowotnych w warunkach z.o.l.	1	0,6
Ustanowienie kuratora w celu umieszczenia w z.o.l.	4	2,3
Ogółem	**155**	**99,6**

Źródło: opracowanie własne.

Podkreślenia wymaga przede wszystkim fakt, że w zdecydowanej większości spraw (prawie 1/4 postanowień „pozytywnych" – 114 przypadków – 73,5%) sądy wydawały postanowienia, w których sentencji było zawarte jedynie zezwolenie na umieszczenie w z.o.l. Przykładowa sentencja takiego postanowienia brzmiała:

„Sąd postanawia umieścić X w zakładzie opiekuńczo-leczniczym bez jego[jej] zgody".

Niekiedy widoczna była chęć znalezienia innej formuły językowej, w której na plan pierwszy nie byłby wysuwany element przymusowego umieszczenia pacjenta, np.:

„Sąd postanawia stwierdzić, że zachodzi konieczność umieszczenia X w zakładzie opiekuńczo-leczniczym Y – w miejsce jego zgody";

„Sąd postanawia zezwolić uczestniczce X na umieszczenie Y w zakładzie opiekuńczo-leczniczym bez jej [jego] zgody".

Ostatnią z wymienionych sentencji należy ocenić jako przykład niewłaściwej praktyki, skoro wskazany w niej uczestnik nie był przedstawicielem ustawowym pacjenta. W niektórych sentencjach widoczna była tendencja do zasygnalizowania, że umieszczenie w z.o.l. jest rodzajem świadczenia zdrowotnego, np.:

„Sąd postanawia zezwolić na udzielenie świadczenia zdrowotnego w postaci umieszczenia uczestniczki X w zakładzie opiekuńczo-leczniczym";

„Sąd postanawia zezwolić na udzielenie świadczenia [pacjentce] X w postaci umieszczenia i pobytu w zakładzie opiekuńczo-leczniczym – bez zgody X, spowodowanej niezdolnością do świadomego wyrażenia zgody".

W znaczącej liczbie postępowań, sądy formułując sentencje zawierały w nich zezwolenie na udzielenie świadczeń zdrowotnych, jednak określały je w sposób bardzo ogólny, np.:

„Sąd postanawia zezwolić na udzielenie świadczeń zdrowotnych wobec X możliwych do udzielenia w zakładzie opiekuńczo-leczniczym";

„Sąd postanawia skierować X do zakładu opiekuńczo-leczniczego i wyrazić zgodę na jej leczenie bez konieczności wyrażania każdorazowo zgody na zabieg z udziałem X";

„Sąd postanawia na podstawie art. 569 § 2 k.p.c. w zw. z art. 32 ust. 2 oraz art. 34 ust. 3 ustawy z 5.12.1996 o zawodach lekarza i lekarza dentysty (t. jedn. […]) zezwolić na hospitalizację i leczenie w warunkach ZOL X chorego Y oraz stosowanie wobec niego procedur ZOL, procedur terapii zachowawczej, procedur diagnostyki obrazowej i inwazyjnej oraz innych, uzależnionych od stanu pacjenta".

W ostatnim z przywołanych przykładów jedynie pozornie zostały skonkretyzowane świadczenia zdrowotne będące przedmiotem zezwolenia sądu, skoro użyto sformułowań „procedury ZOL" i „inne [świadczenia zdrowotne] uzależnione od stanu pacjenta". Ten blankietowy sposób formułowania sentencji należy uznać za niedopuszczalny w świetle wszystkich prezentowanych w pierwszej części niniejszego opracowania koncepcji dotyczących przedmiotu postępowania dotyczącego umieszczenia pacjenta w z.o.l.

W nielicznych przypadkach, formułując sentencję, sądy zmierzały do możliwie precyzyjnego określenia świadczeń zdrowotnych udzielanych pacjentowi, np.:

„Sąd postanawia zezwolić na dokonanie wobec X w warunkach zakładu opiekuńczo-leczniczego następujących świadczeń zdrowotnych: kompleksowej toalety

ciała, zmiany pozycji ciała, zmiany bielizny, przeprowadzania hemodializy, podawania pokarmu i nawadniania, kontynuacji farmakoterapii, rehabilitacji";

„Sąd postanawia zezwolić na udzielenie świadczenia zdrowotnego w postaci umieszczenia X w zakładzie opiekuńczo-leczniczym z możliwością kontynuowania respiratoroterapii przy ul. Y w Z".

Podsumowując analizę wyników badania w zakresie sposobu formułowania sentencji postanowień sądowych, należy podkreślić istnienie trudności w wypracowaniu jednolitej, spójnej praktyki orzeczniczej dotyczącej przedmiotu omawianego rodzaju postępowania. Niezależnie od przyjmowanej koncepcji, należy się opowiedzieć za możliwie precyzyjnym określeniem rodzaju świadczeń zdrowotnych w przypadku ich wyodrębniania.

W grupie 155 spraw, w których sąd wydał postanowienie „pozytywne", zezwalające na umieszczenie pacjenta w z.o.l., tylko w 38 przypadkach (24,5% tej grupy) sądy określiły konkretny z.o.l. Liczba ta jest zaskakująca, ponieważ w grupie 155 spraw rozpoznanych „pozytywnie", w toku postępowania konkretny z.o.l. został określony w 51 przypadkach. Ponadto, warto przytoczyć formułę przyjętą przez jeden z sądów w 3 sprawach, polegającą na wskazaniu alternatywnym z.o.l.:

„Sąd postanawia stwierdzić potrzebę umieszczenia X w zakładzie opiekuńczo-leczniczym Y lub innym odpowiednim zakładzie opiekuńczo-leczniczym – bez jego zgody".

Trudno w takim przypadku mówić jednak o wskazaniu konkretnej placówki, skoro sąd pozostawił pełną dowolność w wyborze z.o.l.

W ramach analizy wyników badania dotyczących orzeczenia sądowego, warto jeszcze przedstawić, jakie podstawy rozstrzygnięć przyjmowały sądy. Z uwagi na brak uzasadnień w części postanowień oraz brak obowiązku wskazywania podstaw prawnych w sentencji postanowienia, wyniki te mają charakter cząstkowy. W zestawieniu uwzględniono jedynie sprawy rozpatrzone merytorycznie, z pominięciem umorzeń.

Art. 32 lub 34 u.z.l.	– 59 spraw
Art. 32 lub 34 u.z.l. i art. 3 ust. 1, art. 8, art. 9 ust. 1, art. 12 ust. 1 u.d.l.	– 12 spraw
Art. 32 lub 34 u.z.l. i art. 569 § 2 k.p.c.	– 12 spraw
Art. 32 lub 34 u.z.l. i art. 33a ust. 2 u.ś.o.z. lub § 6 Rozp. M.Z. z 2012 r.	– 11 spraw
Art. 32 lub 34 u.z.l. i § 2 pkt 1 Rozp. M.Z. z 2012 r.	– 1 sprawa
Art. 33a ust. 2 u.ś.o.z. lub § 6 Rozp. M.Z. z 2012 r. i art. 15 do 19 u.p.p.	– 2 sprawy
Art. 33a ust. 2 u.ś.o.z. lub § 6 Rozp. M.Z. z 2012 r.	– 1 sprawa

W sprawach, w których dokonanie ustaleń było możliwe, zdecydowanie dominowało postrzeganie u.z.l. jako podstawy prawnej rozstrzygnięcia dotyczącego umieszczenia pacjenta w z.o.l. (95 postępowań). Najczęściej sądy wskazywały tę podstawę jako jedyną. Tylko w trzech sprawach wskazano inne ustawy. Wydaje się, że przywołanie w jednej ze spraw § 2 pkt 1 Rozp. M.Z. z 2012 r. należy potraktować jako pomyłkę (przepis ten nie posiada punktów tylko ustępy i dotyczy świadczeniobiorcy).

W całej badanej grupie tylko w jednym przypadku doszło do zaskarżenia postanowienia i zakończenia postępowania orzeczeniem sądu II instancji. W przypadku

tym jednak doszło do uchylenia postanowienia sądu I instancji i umorzenia postępowania z powodu śmierci uczestnika (pacjenta).

3.4. Wybrane przykłady postępowań sądowych

Zaprezentowane poniżej przykłady postępowań sądowych zostały wybrane w taki sposób, aby zilustrować charakterystyczne problemy ujawnione w badaniu. Jednocześnie należy podkreślić, że specyfika badanej grupy spraw wyrażała się w powtarzalności przyjmowanych modeli procesowych (np. zakresu prowadzonego postępowania dowodowego, formułowania sentencji postanowienia itp.) w obrębie poszczególnych sądów.

Przykład 1 – kwestionariusz 9
Pacjent: mężczyzna w wieku 55 lat.
Podmiot inicjujący postępowanie: członek rodziny pacjenta.
Postępowanie: prowadzone na wniosek, zakończone umieszczeniem w z.o.l.

Pacjent przebywał w szpitalu w stanie encefalopatii hipoksemicznej (uszkodzenia mózgu wskutek niedotlenienia) po zatrzymaniu krążenia. Był mechanicznie wentylowany. Pismo do sądu, potraktowane jako wniosek, wniósł członek jego rodziny. Sprawa trafiła do sądu w mieście A. Przed umieszczeniem w szpitalu w mieście B, pacjent zamieszkiwał w mieście C i w tym mieście znajdował się z.o.l., w którym miał być umieszczony. Sąd w mieście A przekazał akta sprawy do sądu w mieście C, wskazując, że właściwy jest sąd ostatniego miejsca zamieszkania pacjenta. Sąd w mieście C zwrócił akta z prośbą o reasumpcję, wskazując, że obecnym miejscem zamieszkania pacjenta jest miasto B (szpital, w którym przebywa pacjent). Ostatecznie sprawę rozpoznaje sąd w mieście A, posługując się w sentencji sformułowaniem „umieścić pacjenta w z.o.l. w C lub innym odpowiednim z.o.l. bez jego zgody".

W przywołanej sprawie ujawniły się sygnalizowane już wątpliwości dotyczące określenia właściwości miejscowej sądu. Sprawa trafiła do sądu w mieście A zapewne z uwagi na miejsca zamieszkania podmiotu inicjującego postępowanie (wnioskodawcy), zgodnie z art. 508 § 1 k.p.c. Sąd w mieście A słusznie przekazał sprawę do miasta C, w którym znajdował się z.o.l., ponieważ zastosowanie znajduje przepis szczególny – art. 32 ust. 10 u.z.l. Niepotrzebnie natomiast sąd w mieście A uzasadnił przekazanie sprawy okolicznością ostatniego miejsca zamieszkania pacjenta. Spowodowało to kolejny błąd – tym razem sądu w mieście C, który skupił się na określaniu aktualnego miejsca zamieszkania pacjenta. Ostatecznie orzeczenie wydał jednak sąd w mieście A, który prawdopodobnie z uwagi na przedłużające się postępowanie zastosował art. 569 § 2 k.p.c., uznając, że ma do czynienia z przypadkiem nagłym.

Przykład 2 – kwestionariusz 24
Pacjent: mężczyzna w wieku 81 lat.
Podmiot inicjujący postępowanie: członek rodziny pacjenta – syn.
Postępowanie: prowadzone z urzędu, zakończone umieszczeniem w z.o.l.

Pacjent zamieszkiwał samotnie, korzystał ze wsparcia syna i pomocy społecznej. Wiadomo było, że 2 miesiące przed wszczęciem postępowania wyrażał zgodę na pobyt w z.o.l. Skierowanie sprawy do sądu wynikało z konieczności wyrażenia

zgody przez pacjenta w dniu przyjmowania do z.o.l. i obaw syna, że ojciec, z uwagi na przejściowe stany otępienia, nie będzie w stanie wyrazić takiej zgody. Zgromadzona w aktach skąpa dokumentacja lekarska nie pozwalała na jednoznaczną ocenę stanu zdrowia psychicznego pacjenta – jego zdolności do wyrażenia zgody medycznej. Sąd nie wyznaczył rozprawy i wydał orzeczenie ograniczające się do zezwolenia na umieszczenie w z.o.l. bez określenia konkretnej placówki.

Opisane postępowanie stanowi przykład sprawy, w której istotne wątpliwości budziła zdolność pacjenta do wyrażenia zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego. Z opisu sytuacji przedstawionego przez syna pacjenta wynikało, że posiadał on taką zdolność przynajmniej częściowo. Dokumentacja medyczna kwestii tej nie rozstrzygała. Mimo to sąd przyjął istnienie przesłanki podmiotowej braku zdolności pacjenta do wyrażenia zgody i wydał postanowienie.

Przykład 3 – kwestionariusz 27
Pacjent: kobieta w wieku 75 lat.
Podmiot inicjujący postępowanie: szpital.
Postępowanie: prowadzone z urzędu, zakończone umieszczeniem w z.o.l.

Sprawa dotyczyła pacjentki, która przebywała w szpitalu po utracie przytomności. Wykluczono udar niedokrwienny mózgu. Dokumentacja lekarska była skąpa – składała się na nią „epikryza etapowa", w której znajdowało się stwierdzenie: „pacjentka spokojna, okresowo nielogiczna w wypowiedziach – zespół otępienny". Z kolei w uzasadnieniu pisma skierowanego do sądu była mowa o „braku kontaktu słowno-logicznego". Akta sprawy nie zawierały żadnych informacji na temat stanu cywilnego pacjentki, jej ewentualnego ubezwłasnowolnienia, członków rodziny czy opiekunów faktycznych. Sąd nie przeprowadził rozprawy, akta liczyły 7 stron do wydania postanowienia, a postępowanie trwało 2 dni. W aktach spraw pochodzących z sądu rozpatrującego omawiany przypadek widoczna była powtarzalność w formułowaniu uzasadnień, niezależnie od okoliczności konkretnego przypadku.

W odróżnieniu do sprawy opisanej w poprzednim przykładzie, w tym przypadku stanu psychicznego pacjentki nie można było określić nawet na podstawie twierdzeń osób bliskich. Wydaje się, że z akt wynikała warta wyjaśnienia sprzeczność między stwierdzeniem „okresowej nielogiczności w wypowiedziach" a sformułowaniem uzasadnienia, posługującym się słowami „brak kontaktu słowno-logicznego".

Przykład 4 – kwestionariusz 39
Pacjent: kobieta w wieku 87 lat.
Podmiot inicjujący postępowanie: członek rodziny pacjenta.
Postępowanie: prowadzone na wniosek, zakończone umieszczeniem w z.o.l.

Pacjentka przebywała już w z.o.l. w momencie skierowania pisma do sądu – została tam umieszczona 11 dni wcześniej. Postępowanie sądowe trwało ok. 6 miesięcy. Przeprowadzone zostały 2 posiedzenia jawne wyznaczone na rozprawę, a dla pacjentki sąd ustanowił kuratora. Uczestnik – członek rodziny zawiadamiający sąd – został wezwany do przedstawienia zaświadczeń o potrzebie umieszczenia w z.o.l. i niezdolności pacjenta do wyrażenia zgody. W odpowiedzi zostało przedstawione nieczytelne i lakoniczne zaświadczenie (kartka o wymiarach ok. 10/10 cm), z którego można było odczytać następujące sformułowania: „bez kontaktu, nie jest

zdolna do czynności prawnych", „niedokrwistość", „leżąca, zależna od opieki".

Niezależnie od oceny zakresu zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, w przytoczonym przykładzie wątpliwości może budzić wydanie postanowienia przez sąd w znacznym odstępie czasu po umieszczeniu pacjentki w z.o.l. Doszło zatem do wydania orzeczenia o charakterze sanującym zaistniałe już umieszczenie. Trudno jest wskazać podstawy prawne takiego zezwolenia.

Przykład 5 – kwestionariusz 46

Pacjent: kobieta w wieku 87 lat.

Podmiot inicjujący postępowanie: szpital.

Postępowanie: prowadzone z urzędu, zakończone umieszczeniem w z.o.l.

Pacjentka przebywała najprawdopodobniej w szpitalu – okoliczność ta nie była w jasny sposób potwierdzona. Informacje na temat jej zdrowia zebrano w bardzo ograniczonym zakresie: wiadomo było o krwotoku śródmózgowym, nadciśnieniu, cukrzycy oraz zaburzeniach mowy. W aktach nie było informacji na temat stanu cywilnego, ubezwłasnowolnienia oraz rodziny pacjentki.

Bardzo ograniczony zakres informacji na temat pacjentki wynikał z przyjętej w sądzie (powtarzalnej w innych postępowaniach) praktyki prowadzenia postępowania. Akta sprawy liczyły 2 karty do wydania postanowienia. Składały się z pisma zawiadamiającego szpital (odręcznie wypełnionego formularza) i lakonicznego zaświadczenia. Formularz „wniosku" miał postać następującą:

Rysunek

Wniosek o udzielenie zgody na skierowanie Pacjenta do ZPO/ZOL

Na podstawie art.32 ust 2 i 8 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 roku i zawodzie lekarza i lekarza dentysty (Dz.U. Z 2011 r. Nr 722. poz. 1634 ze zm.), **wnoszę** o udzielenie zgody na udzielenie świadczeń zdrowotnych wobec ... ...możliwych do udzielenia w ZPO/ZOL mających na celu ratowanie życia.

Pana/Pani .....

urodzonego .....

w .....

syna/córki .....

zam.....

Uzasadnienie

Pacjent .....(niezdolny do świadomego wyrażania zgody jeśli jest zdrowy psychicznie, nie jest ubezwłasnowolniony, a mimo to porozumienie z nim nie jest możliwe), bo

.....

.....

Pacjent nie ma przedstawiciela ustawowego lub opiekuna faktycznego albo porozumienie z tymi osobami jest niemożliwe.

W załączniku opinia lekarza oddziału.

DYREKTOR

Warto zwrócić uwagę, że użyte w formularzu sformułowania były ze sobą sprzeczne bądź nie odpowiadały terminom ustawowym. Tytuł wniosku dotyczy „zgody na skierowanie pacjenta", a treść dotyczy „zgody na udzielenie świadczeń

zdrowotnych". Wskazanie różnych i wykluczających okoliczności odnoszących się do pacjenta rodzi podejrzenie, że „wniosek" powinien być wypełniany przez dokonanie odpowiednich skreśleń, co jednak nie miało miejsce. Należy podkreślić, że sąd nie wyjaśniał tych wszystkich wątpliwości, co więcej, formułując sentencję postanowienia, używał podobnego, nieprecyzyjnego sformułowania: „zezwolić na udzielanie świadczeń zdrowotnych wobec X możliwych do udzielenia w ZPO/ZOL". W niektórych postanowieniach zdanie to uzupełniane było słowami: „mających na celu ratowanie życia".

Przykład 6 – kwestionariusz 64
Pacjent: kobieta w wieku 56 lat.
Podmiot inicjujący postępowanie: MOPS.
Postępowanie: prowadzone na wniosek, zakończone umieszczeniem w z.o.l.

Pacjentka mieszkała sama, wiadomo było, że ma dzieci, które nie interesowały się jej losem. Korzystała ze wsparcia pomocy społecznej oraz sąsiadki. W zakresie jej stanu zdrowia, akta zawierały informację o głębokim otępieniu w przebiegu choroby Alzheimera. W chwili wystąpienia do sądu w sprawie umieszczenia w z.o.l. była już ubezwłasnowolniona, ale nie został jeszcze ustanowiony opiekun. Nastąpiło to w trakcie trwania postępowania, a opiekun był obecny na obu posiedzeniach jawnych wyznaczonych na rozprawę. Wyraził przed sądem aprobatę dla umieszczenia pacjentki w z.o.l. Mimo to, sąd wydał postanowienie o umieszczeniu jej w z.o.l.

Przytoczony przykład nie budzi wątpliwości, gdy chodzi o potrzebę zapewnienia pacjentce opieki długoterminowej. Natomiast ustanowienie dla niej przedstawiciela ustawowego (opiekuna) i brak jego sprzeciwu wobec udzielenia jej świadczeń zdrowotnych wyłączały wydanie orzeczenia o umieszczeniu w z.o.l., zakładając, że jego podstawą jest ustawa zawodowa lekarska.

Przykład 7 – kwestionariusz 70
Pacjent: mężczyzna w wieku 56 lat.
Podmiot inicjujący postępowanie: szpital.
Postępowanie: prowadzone na wniosek, zakończone umorzeniem postępowania.

Pacjent przebywał w szpitalu po udarze niedokrwiennym mózgu. Znajdował się w stanie nieprzytomności – stanie wegetatywnym. Był rozwiedziony, osoby bliskie nie interesowały się jego stanem zdrowia. Sąd ustanowił profesjonalnego pełnomocnika dla pacjenta i przeprowadził rozprawę, wyznaczając jedno posiedzenie jawne. Mimo że stan wegetatywny pacjenta wynikał z dołączonych do wniosku dokumentów medycznych, sąd zażądał dołączenia pełnej dokumentacji medycznej oraz dopuścił dowód z opinii biegłego lekarza psychiatry na okoliczność zdolności pacjenta do wyrażenia zgody. W okresie oczekiwania na opinię, pacjent zmarł. Postępowanie trwało ponad 3 miesiące.

Opisany przypadek stanowi przykład niezwykle skrupulatnego prowadzenia postępowania dowodowego – być może w tej akurat sytuacji dopuszczanie dowodu z opinii biegłego psychiatry nie było konieczne. Ten wariant prowadzenia postępowania dowodowego, w kontekście poprzednio opisywanych, obrazuje jednak ogromne zróżnicowanie sposobu prowadzenia spraw dotyczących umieszczenia pacjenta w z.o.l.

Przykład 8 – kwestionariusz 94
Pacjent: kobieta w wieku 86 lat.
Podmiot inicjujący postępowanie: członek rodziny – córka.
Postępowanie: prowadzone z urzędu, zakończone umieszczeniem w z.o.l.

Sprawa dotyczyła pacjentki, która mieszkała samotnie i korzystała ze wsparcia GOPS oraz pomocy córki. Sąd ustanowił dla pacjentki profesjonalnego pełnomocnika procesowego. Uczestnikiem postępowania była również jej córka. Sąd ustalił, jaki jest stan zdrowia pacjentki, na podstawie dołączonej do pisma inicjującego postępowanie dokumentacji medycznej, zeznań córki oraz opinii biegłego. Pacjentka cierpiała na szereg dolegliwości: chorobę nowotworową, niewydolność serca, nadciśnienie, otyłość, anemię, zapalenie żył, odleżyny. Zdiagnozowano u niej również chorobę Alzheimera. Teza dowodowa opinii psychiatrycznej dotyczyła potrzeby umieszczenia w z.o.l. i możliwości samodzielnego funkcjonowania. W związku z tym, biegły psychiatra nie poruszył w opinii zagadnienia zdolności do wyrażenia zgody medycznej.

W opisanym przypadku nie budziła wątpliwości potrzeba zapewnienia pacjentce innych niż szpitalne całodobowych świadczeń zdrowotnych. Jej stan zdrowia został ustalony w stopniu wystarczającym do wyprowadzenia takiego wniosku. Budzi natomiast zdziwienie, dlaczego sąd, dopuszczając opinię psychiatryczną, nie zawarł w tezach dowodowych pytania o stan psychiczny pacjentki, w kontekście jej zdolności do wyrażenia zgody medycznej.

Przykład 9 – kwestionariusz 182
Pacjent: mężczyzna w wieku 71 lat.
Podmiot inicjujący postępowanie: MOPS.
Postępowanie: prowadzone z urzędu, zakończone umieszczeniem w z.o.l.

Pacjent pozostawał w związku małżeńskim i zamieszkiwał z żoną. Był dotknięty chorobą alkoholową i nie poruszał się samodzielnie. Ustalono, że od żony, która była dotknięta demencją, wyłudzał pieniądze na alkohol. Wyraźnie odmawiał zgody na umieszczenie w z.o.l. W dokumentacji medycznej zawarte było lakoniczne zaświadczenie lekarskie o treści następującej: „pacjent obłożnie chory, wymaga stałej opieki osoby dorosłej. Dotychczasowe leczenie nie przyniosło poprawy" oraz ocena stanu pacjenta w skali „Glasgow", w której zawarte było następujące stwierdzenie: „odpowiedź splątana, pacjent zdezorientowany". Innych informacji o stanie zdrowia w aktach nie było. Sąd przeprowadził rozprawę, na którą wezwał pacjenta. Ten jednak nie stawił się. Postanowienie kończące postępowanie miało następującą sentencję: „Sąd postanawia zezwolić dyrektorowi MOPS X na udzielenie świadczeń zdrowotnych dla uczestnika Y poprzez umieszczenie go w zakładzie opiekuńczo-leczniczym bez wymaganej zgody".

Przywołany przypadek jest kolejnym, w którym nieprzekonujące wydaje się dokonanie ustaleń w zakresie zdolności pacjenta do wyrażenia zgody medycznej. Ujawnione w postępowaniu sądowym zachowania pacjenta pozwalają przypuszczać, że zachował on pewien zakres zdolności intelektualnych, to zaś powinno skłaniać do dokonania bardziej precyzyjnych ustaleń. Nie do przyjęcia jest konstrukcja sentencji postanowienia sądu, które upoważnienia dyrektora MOPS do udzielenia świadczeń zdrowotnych.

Przykład 10 – kwestionariusz 183
Pacjent: kobieta w wieku 68 lat.
Podmiot inicjujący postępowanie: MOPS.
Postępowanie: prowadzone z urzędu, zakończone umieszczeniem w z.o.l.

Postępowanie dotyczyło pacjentki przebywającej w szpitalu z powodu owrzodzenia nogi. Niezwykle lakoniczna dokumentacja, dołączona do pisma MOPS zawiadamiającego sąd, nie zawierała innych informacji o stanie zdrowia pacjentki, a w szczególności o jej zdolności do wyrażenia zgody medycznej. Zaświadczenie lekarskie dotyczyło jedynie wspomnianego stanu owrzodzenia nogi, a nie potrzeby umieszczenia w z.o.l. Wiadomo było natomiast, że pacjentka odmawiała zgody na umieszczenie w z.o.l. Sąd wyznaczył rozprawę i wezwał na nią pacjentkę, która nie stawiła się. Końcowe rozstrzygnięcie zostało w głównej mierze oparte na informacjach uzyskanych z MOPS. Sentencja postanowienia, podobnie jak w sprawie opisanej w przykładzie 9, zawierała konstrukcję zezwolenia kierowanego do dyrektora MOPS.

Przypadek ten stanowi wyrazisty przykład pominięcia w postępowaniu sądowym ustalenia istotnych z punktu widzenia zastosowania przepisów u.z.l. okoliczności podmiotowych – przede wszystkim stanu niezdolności pacjenta do wyrażenia zgody medycznej. Zwłaszcza informacja o odmowie wyrażenia przez pacjentkę zgody powinna skłaniać do dokonania precyzyjnych ustaleń, dotyczących jej stanu psychicznego.

4. PODSUMOWANIE

Dokonane w niniejszym opracowaniu ustalenia zarówno w zakresie analizy dogmatycznej obowiązujących przepisów, jak i prezentacji przeprowadzonego badania empirycznego, pozwalają na sformułowanie następujących wniosków.

W systemie obowiązującego w Polsce prawa medycznego brak jest regulacji prawnej w sposób szczególny normującej zasady umieszczenia pacjenta w z.o.l., co rodzi istotne problemy i rozbieżności orzecznicze. W doktrynie niejednolicie ujmowany jest problem przedmiotu postępowania sądowego w tej sprawie (umieszczenie w z.o.l. czy udzielenie świadczeń zdrowotnych w warunkach z.o.l.), natomiast zasadniczo nie budzi wątpliwości, że podstaw prawnych substytuowania zgody pacjenta przez sąd należy poszukiwać w art. 32 i 34 u.z.l.

Założenie to rodzi konsekwencje materialnoprawne (np. konieczność ustalenia przez sąd przesłanek podmiotowych, w szczególności istnienia ubezwłasnowolnienia pacjenta i jego zdolności do wyrażenia zgody) oraz procesowe (np. określenie właściwości sądu według miejsca udzielenia świadczenia, prowadzenie postępowania z urzędu, określenie kręgu uczestników postępowania w kontekście oceny ich interesu prawnego, problem reprezentacji). Niezależnie też od przyjętej koncepcji przedmiotu postępowania niedopuszczalna jest „blankietowość" w formułowaniu sentencji: pojęcie umieszczenia pacjenta w z.o.l. nie może oznaczać udzielania mu dowolnych świadczeń zdrowotnych w warunkach tej placówki.

Wśród wyników prezentowanego w niniejszym opracowaniu badania aktowego należy wyróżnić następujące obserwacje.

- Liczba postępowań sądowych dotyczących umieszczenia pacjenta w z.o.l. jest znaczna. Stanowi istotne obciążenie pracy sądów i można się spodziewać jej wzrostu.

- Postępowania sądowe związane z umieszczeniem pacjenta w z.o.l. najczęściej dotyczą osób w podeszłym wieku z licznymi problemami zdrowotnymi, niekiedy po wylewach lub udarach. W związku z tym, ocena ich stanu zdrowia nie jest głównym problemem dowodowym postępowań sądowych – ocena potrzeby udzielenia innych niż szpitalne całodobowych świadczeń zdrowotnych zwykle nie budzi większych wątpliwości.
- Najczęściej pacjenci znajdują się w szpitalu, a zatem postępowanie dotyczy przeniesienia ich do z.o.l. i kontynuacji leczenia w warunkach tej placówki. Specyfika tej sytuacji może się wyrażać w naciskach na sąd ze strony szpitala, który dąży do zwolnienia miejsc przez pacjentów niewymagających opieki szpitalnej. Może to stanowić czynnik utrudniający przeprowadzenie postępowania dowodowego w koniecznym zakresie.
- W badanej grupie postępowań sądowych odnotowano często występujące braki danych dotyczące stanu cywilnego, sytuacji rodzinnej i ubezwłasnowolnienia pacjentów. Szczególnie tę ostatnią okoliczność należy ocenić jako istotną z uwagi na podmiotowe uwarunkowania stosowana przepisów ustawy zawodowej lekarskiej.
- Szczególnego podkreślenia wymagają odnotowane deficyty informacji dotyczących zdolności pacjentów do wyrażenia zgody medycznej. Okoliczność ta stanowi kluczowy element konstrukcji oceny legalności interwencji medycznej zarówno w aspekcie jej zgodności z art. 32 i 34 u.z.l., jak i w szerszym kontekście ochrony podstawowych praw człowieka (wolności osobistej). Dokonanie ustaleń w zakresie stanu psychicznego pacjenta decyduje też o doborze odpowiedniej regulacji prawnej, która powinna być stosowana w jego przypadku – stwierdzenie istnienia choroby psychicznej w rozumieniu ustawy o ochronie zdrowia psychicznego może sugerować konieczność stosowania instrumentów – a co za tym idzie – przesłanek przewidzianych w tej ustawie.
- W badaniu ustalono istnienie niejednolitej praktyki w zakresie wyboru sposobu prowadzenia postępowań, jako wszczynanych z urzędu lub na wniosek. Warto zauważyć, że wbrew poglądom wyrażanym w piśmiennictwie, znaczną przewagę uzyskały postępowania toczące się na wniosek.
- Ujawniono niejednolitość praktyki sądowej w zakresie zapewnienia pacjentowi reprezentacji procesowej oraz w zakresie stosowania doręczeń. Przyczyną tego stanu rzeczy jest brak unormowań prawnych stanowiących podstawę ustanowienia reprezentacji. Sądy zasadniczo stosowały trzy modele: ustanawiały dla pacjenta profesjonalnego pełnomocnika procesowego, ustanawiały dla niego kuratora, pozostawiały pacjenta bez reprezentacji procesowej.
- Ustalono również, że sądy w sposób niejednolity określają krąg uczestników postępowania rozbieżnie interpretując kryterium ich interesu prawnego. W szczególności należy zwrócić uwagę na dużą liczbę postępowań, w których uczestnikiem tym, z uwagi na skierowanie pisma do sądu, był

szpital lub lekarz. Jest wątpliwe, czy podmioty te posiadają interes prawny w rozumieniu art. 510 k.p.c. związany z rozstrzygnięciem sprawy dotyczącej umieszczenia pacjenta w z.o.l.

- Postępowanie dowodowe w sprawach objętych badaniem często prowadzone było w sposób bardzo ograniczony. Świadczą o tym wskazane wyżej deficyty dotyczące poszczególnych aspektów sytuacji pacjenta, a pośrednio również niewielka średnia objętość akt sądowych. Rzadko był dopuszczany dowód z opinii biegłego. Z drugiej strony, wątpliwości może budzić, czy w sprawach omawianego rodzaju potrzebne jest roztrząsanie materiału dowodowego na rozprawie.
- Zasadniczo, postępowania objęte badaniem nie należały do przewlekłych, a istotna część z nich kończyła się bardzo szybko. Nie zidentyfikowano zatem jako statystycznie doniosłego problemu przedłużającego się oczekiwania pacjentów na orzeczenie sądu w ich sprawie.
- Wymaga podkreślenia, że niemal wszystkie postępowania (z wyjątkiem umorzonych) zakończyły się wydaniem postanowienia prowadzącego do umieszczenia pacjenta w z.o.l.
- Zidentyfikowano rozbieżności w zakresie formułowania sentencji postanowień. Stanowią one odbicie opisywanego wyżej problemu przedmiotu postępowania dotyczącego umieszczenia pacjenta w z.o.l.

Diagnoza postawiona wyżej w zakresie analizy dogmatycznej i aktowej skłania do sformułowania wniosków *de lege ferenda*.

Dostrzeżone rozbieżności interpretacyjne oraz niejednolitość praktyki sądowej przemawiają na rzecz interwencji legislacyjnej. Należy stanąć na stanowisku, że zmiany te powinny mieć charakter porządkujący, przesądzający pojawiające się wątpliwości. W ocenie autora niniejszego opracowania nie jest wskazane wprowadzenie do systemu prawnego autonomicznego trybu umieszczania pacjentów w z.o.l. Przeciwko takiemu rozwiązaniu przemawiają względy systemowe. Jak już wspomniano, umieszczenie pacjenta w podmiocie prowadzącym działalność leczniczą może się wiązać z ograniczeniem jego wolności i mieć charakter przymusowy. Uzasadnieniem przełamania odmowy zgody pełnoletniego pacjenta mogą być w zasadzie jedynie okoliczności związane ze stanem jego zdrowia psychicznego. W tym zakresie, szczególna regulacja zawarta jest w ustawie o ochronie zdrowia psychicznego.

W związku z powyższym, optymalne zmiany legislacyjne dotyczące omawianego problemu powinny się realizować w następujących obszarach:

- przesądzenie stosowania przepisów ustawy zawodowej lekarskiej w zakresie umieszczenia pacjenta w z.o.l.;
- rozstrzygnięcie, czy umieszczenie to stanowi świadczenie zdrowotne w rozumieniu u.z.l. oraz – ewentualnie – jakie świadczenia są w ramach tego umieszczenia udzielane;
- wprowadzenie do systemu prawnego podstawy prawnej ustanowienia reprezentacji procesowej pacjenta (potrzeba dokonania tej zmiany dotyczy całej regulacji u.z.l. w zakresie zezwolenia sądu na udzielenie świadczenia zdrowotnego).

Abstract

Jerzy Słyk, *Adjudicating in Cases Relating to Placement of Patients in Residential Medical Care Facilities*

The article discusses the problems connected with the legal basis for court judgments relating to placement of patients in residential medical care facilities. The analysis concerns the conceptions formulated in case law, wherein the subject-matter of the court's decision is treated either as a permission for the patient to be placed in a residential medical care facility or a permission for the patient to be provided with healthcare services in such a facility. The core of this article is a presentation of results of the author's study of files of cases relating to placement of patients in residential medical care facilities. The study demonstrates significant discrepancies in court practice throughout Poland. The observed differences concern, among other things, treatment of the cases in point as ones initiated by a party's motion or motu proprio; admission of certain persons to participate in the proceedings; the scope of evidence-taking proceedings, e.g. in the context of allowing expert witness evidence; conduct of the hearing; duration of the proceedings; the way in which the operative part of the decision is formulated. In the final part of the article, the author formulates recommendations as to what optimum court practice should be and outlines some proposals of desirable legislative amendments.

Keywords: *medical law, healthcare service, residential medical care facility, placement in a residential medical care facility, guardianship court*

Streszczenie

Jerzy Słyk, *Orzekanie w sprawach dotyczących umieszczenia pacjenta w zakładzie opiekuńczo-leczniczym*

W artykule omówiono problematykę podstaw prawnych orzeczeń sądowych dotyczących umieszczenia pacjenta w zakładzie opiekuńczo-leczniczym. Analizie zostały poddane sformułowane w tym zakresie w doktrynie koncepcje, ujmujące przedmiot rozstrzygnięcia sądu jako zezwolenie na umieszczenie pacjenta w zakładzie opiekuńczo-leczniczym lub zezwolenie na udzielenie mu świadczeń zdrowotnych w warunkach takiego zakładu. Zasadniczą część opracowania stanowi prezentacja wyników przeprowadzonych przez autora badań aktowych spraw sądowych dotyczących umieszczenia pacjenta w zakładzie opiekuńczo-leczniczym. Badania te wykazały istotną rozbieżność praktyki sądowej w skali całego kraju. Dostrzeżone różnice dotyczą m.in. traktowania przedmiotowych spraw jako toczących się na wniosek lub z urzędu, dopuszczania określonych osób do udziału w postępowaniu, zakresu postępowania dowodowego, np. gdy chodzi o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego, przeprowadzania rozprawy, czasu trwania postępowania, sposobu formułowania sentencji postanowienia. W końcowej części artykułu sformułowane zostały zalecenia dotyczące optymalnej praktyki sądowej oraz zarys propozycji de lege ferenda.

Słowa kluczowe: *prawo medyczne, świadczenie zdrowotne, zakład opiekuńczo-leczniczy, umieszczenie w zakładzie opiekuńczo-leczniczym, sąd opiekuńczy*

Literatura:

1. Boorse C., *Health as a Theoretical Concept*, Philosophy of Science 1977, nr 44(4);
2. Ciepła H., Janiszewska B., *Odpowiedzi na pytania przesłane przez Sędziów Rodzinnych na II Ogólnopolską Konferencję „Rodzina a prawo i Sąd Rodzinny"*, Rodzina i Prawo 2015, nr 34–35;

3. Ciechorski J., *Przyjęcie osoby bez jej zgody do szpitala psychiatrycznego na podstawie ustawy o ochronie zdrowia psychicznego – uwagi w świetle Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Europejski Przegląd Sądowy 2018, nr 4;
4. Czubala M., *Przymusowe leczenie psychiatryczne w świetle konwencji ONZ o prawach osób niepełnosprawnych*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 2018, nr 3;
5. Domaradzki J., *O definicjach zdrowia i choroby*, Folia Medica Lodziensia 2013, nr 40;
6. Dudzińska A., *Zgoda na działanie medyczne*, Państwo i Prawo 2009, nr 11;
7. Filar M., *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000;
8. Filar M., *Odpowiedzialność karna związana z nieterapeutycznymi czynnościami lekarskimi,* Prawo i Medycyna 2000, nr 5;
9. Golinowska S., *The System of Long-Term Care in Poland*, Case Network Studies & Analyses 2010, No. 416;
10. Janiszewska B., *O skutkach stwierdzenia bezpodstawności hospitalizacji psychiatrycznej*, Monitor Prawniczy 2016, nr 23;
11. Janiszewska B., *O uwarunkowaniach prawnych umieszczenia w zakładzie opiekuńczo-leczniczym (głos w dyskusji)*, Prawo i Medycyna 2015, nr 1;
12. Janiszewska B., *Zgoda na udzielenie świadczenia zdrowotnego. Ujęcie wewnątrzsystemowe*, Warszawa 2013;
13. Janiszewska B. [w:] *System Prawa Medycznego*, t. 1, *Instytucje prawa medycznego*, red. M. Safjan, Warszawa 2018;
14. Kallaus A., *Zezwolenia na udzielenie pacjentowi niezdolnemu do świadomego wyrażenia zgody świadczeń zdrowotnych w warunkach zakładu opiekuńczo-leczniczego*, Prawo i Medycyna 2014, nr 3–4;
15. Kallaus A., *Jeszcze raz w kwestii postępowania dotyczącego osoby wymagającej wsparcia medycznego w warunkach zakładu opiekuńczo-leczniczego*, Prawo i Medycyna 2015, nr 3;
16. Kmieciak B., *Przymus w psychiatrii – między dobrem wspólnym a indywidualnym* [w:] *Regulacje prawne w systemie ochrony zdrowia psychicznego*, red. B. Kmieciak, Warszawa 2019;
17. Kozłowska E., Marzec A., Kalinowski P., Bojakowska U., *Koncepcja zdrowia i jego ochrony w świetle literatury przedmiotu*, Journal of Education, Health and Sport 2016, No. 6(9);
18. Kubiak R., *Prawo medyczne*, Warszawa 2010;
19. Maszczak T., *Zdrowie jako wartość uniwersalna*, Roczniki Naukowe AWF w Poznaniu 2005;
20. *Rocznik Demograficzny 2018*, Warszawa 2018;
21. Sobolewski T. [w:] *System Prawa Medycznego*, t. 1, *Instytucje prawa medycznego*, red. M. Safjan, Warszawa 2018;
22. Sroka T. [w:] *System Prawa Medycznego*, t. 2, *Szczególne świadczenia zdrowotne*, red. L. Bosek, Warszawa 2018.

PRAWO W DZIAŁANIU
SPRAWY CYWILNE
40/2019
DOI: 10.32041/pwd.4004

Maciej Domański*

Konwencja ONZ o prawach osób niepełnosprawnych w interpretacji Komitetu do spraw praw osób niepełnosprawnych a podstawowe instytucje prawa cywilnego**

I. ZAGADNIENIA WSTĘPNE

Celem niniejszego opracowania jest krytyczna analiza wykładni art. 12 Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych[1], zaakceptowanej przez Komitet do spraw praw osób niepełnosprawnych[2] i jej możliwego wpływu na klasyczne instytucje polskiego prawa cywilnego. W rozważaniach została pominięta problematyka ubezwłasnowolnienia. Po pierwsze, była ona już przedmiotem odrębnego opracowania[3]. Po drugie, należy zwrócić uwagę, że wpływ art. 12 KPON (zwłaszcza w interpretacji Komitetu) na polski system prawny zdecydowanie wykracza poza problematykę tej instytucji[4]. Bywa on często niedostrzegany, a analizy dotyczące ubezwłasnowolnienia, budzące zasadnie pierwszoplanowe zainteresowanie, niejednokrotnie przesłaniają inne konsekwencje wskazanego przepisu.

Należy również zastrzec, że krytyka pewnych koncepcji przyjmowanych przez Komitet czy część przedstawicieli doktryny międzynarodowej nie oznacza akceptacji poglądu o zgodności obowiązujących rozwiązań krajowych z Konwencją (także w proponowanej w niniejszym opracowaniu jej wykładni)[5], oraz braku potrzeby prowadzenia prac zmierzających do unowocześnienia obowiązujących w Polsce rozwiązań (m.in. przez likwidację instytucji ubezwłasnowolnienia)[6].

* Autor jest doktorem nauk prawnych, adiunktem w Katedrze Prawa Cywilnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, Polska, ORCID: 0000–0002–9155–8354, e-mail: m.domanski@wpia.uw.edu.pl
** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 27.09.2019 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 2.10.2019 r.
[1] Konwencja o prawach osób niepełnosprawnych została przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne ONZ 13.12.2006 r., otwarta do podpisu 30.03.2007 r. i od tego czasu podpisana przez 179 państw. Polska ratyfikowała Konwencję 6.09.2012 r., a weszła ona w życie (w stosunku do Polski) 25.10.2012 r. (Dz.U. z 2012 r. poz. 1169), dalej KPON albo Konwencja.
[2] Dalej Komitet.
[3] M. Domański, *Ubezwłasnowolnienie w prawie polskim a wybrane standardy międzynarodowej ochrony praw człowieka*, „Prawo w Działaniu 2014/17, s. 28 i n.
[4] Zagadnienie to będzie przedmiotem analizy w dalszej części niniejszego artykułu.
[5] W tym zakresie zob. M. Domański, *Ubezwłasnowolnienie*…, *passim*.
[6] Prace takie toczyły się w szczególności w ramach Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego, zob. P. Machnikowski, *Instytucja opieki nad pełnoletnim w pracach Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego w latach 2012–2015*, „Państwo i Prawo" 2019/4, s. 133.

Prace nad Konwencją o prawach osób niepełnosprawnych były prowadzone w latach 2001–2006 przez powołany przez sekretarza generalnego ONZ doraźny Komitet do przygotowania wszechstronnej i integralnej konwencji promującej i chroniącej prawa oraz godność osób z niepełnosprawnościami[7]. W pracach doraźnego Komitetu brali udział przedstawiciele 40 państw oraz, co stanowiło *novum* przy tworzeniu takich aktów prawa międzynarodowego, ponad 400 organizacji pozarządowych[8].

Zarówno w toku prac nad Konwencją, jak również procesu jej ratyfikacji przez Polskę (co nastąpiło 6.09.2012 r.) propozycje i późniejsze regulacje zawarte w tym dokumencie nie spotkały się z istotnym zainteresowaniem przedstawicieli doktryny prawa cywilnego. Także w późniejszym okresie publikacje i opracowania dotyczące Konwencji przeważnie eksponowały punkt widzenia doktryny praw człowieka. Dominujący brak zainteresowania cywilistyki wskazanymi zagadnieniami może prowadzić do utraty z pola widzenia faktu, że regulacje zawarte w tym akcie prawa międzynarodowego, w szczególności w interpretacji proponowanej przez Komitet do spraw praw osób niepełnosprawnych oraz zagraniczną literaturę prawniczą[9] nie tylko interferują, ale głęboko ingerują w fundamentalne instytucje i konstrukcje cywilnoprawne.

Podstawowe znaczenie z cywilistycznego punktu widzenia ma art. 12 KPON zatytułowany „Równość wobec prawa". Zgodnie tym przepisem państwa strony potwierdzają, że osoby niepełnosprawne[10] mają prawo do uznania ich za podmioty prawa (ust. 1), a ponadto, iż mają zdolność prawną na zasadzie równości z innymi osobami, we wszystkich aspektach życia (ust. 2). Przepis odnosi się do wszystkich osób niepełnosprawnych[11]. Zgodnie z art. 1 KPON do osób niepełnosprawnych zalicza się te osoby, które mają długotrwale naruszoną sprawność fizyczną, psychiczną, intelektualną lub w zakresie zmysłów, co może, w oddziaływaniu z różnymi barierami, utrudniać im pełny i skuteczny udział w życiu społecznym na zasadzie równości z innymi osobami. Nie budzi więc wątpliwości, że art. 12 KPON odnosi się również do osób z niepełnosprawnością psychiczną czy intelektualną.

Państwa są zobowiązane podjąć odpowiednie środki w celu zapewnienia osobom niepełnosprawnym dostępu do wsparcia, którego mogą potrzebować przy korzystaniu ze zdolności prawnej (ust. 3). Najbardziej enigmatyczny ust. 4 określa dopuszczalne środki „związane z korzystaniem ze zdolności prawnej" (nie określając jednak wprost istoty tych środków i ich mechanizmu)[12]. Muszą one obejmować

[7] Rezolucja nr 56/168 z 19.12.2001 r., https://www.un.org/esa/socdev/enable/disA56168e1.htm (dostęp: 26.11.2019 r.).

[8] A.S. Kanter, *The Promise and Challenge of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, "Syracuse Journal of the International Law & Commerce" 2007/34, s. 289.

[9] *Committee on the Rights of Persons with Disabilities* utworzony zgodnie z art. 34 KPON.

[10] W tłumaczeniu opublikowanym w Dzienniku Ustaw użyto sformułowania „osoby niepełnosprawne". W autentycznych tekstach Konwencji: angielskiej i hiszpańskiej posłużono się terminem: *persons with disabilities* i *personas con discapacidad*, co odpowiada ujęciu: „osoby z niepełnosprawnościami" (choć we francuskiej jest to *personnes handicapées*). Zwrot „osoby z niepełnosprawnościami" jest preferowany przez środowiska osób dotkniętych niepełnosprawnościami. Z uwagi jednak na treść oficjalnego polskiego tłumaczenia oba określenia będą stosowane w tekście zamiennie.

[11] Zamiast wielu M. Keys [w:] *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A Commentary*, red. V.D. Fina, R. Cera, G. Palmisano, Cham 2017, s. 267.

[12] L. Series, A. Nilsson [w:] *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A Commentary*, red. I. Bantekas, M.A. Stein, D. Anastasiou, Oksford 2018, s. 368.

odpowiednie i skuteczne zabezpieczenia, aby zapobiec nadużyciom zgodnie z międzynarodowym prawem praw człowieka. Środki te: „będą respektowały prawa, wolę i preferencje osoby niepełnosprawnej, będą wolne od konfliktu interesów i bezprawnych nacisków, będą proporcjonalne i dopasowane do okoliczności konkretnej osoby, będą stosowane przez możliwie najkrótszy czas, będą podlegały regularnemu przeglądowi przez właściwe, niezależne i obiektywne władze lub organ sądowy". Zabezpieczenia powinny być proporcjonalne do stopnia, w jakim takie środki wpływają na prawa i interesy danej osoby.

Zgodnie z ust. 5 cytowanego przepisu państwa mają również obowiązek podjęcia wszelkich odpowiednich i efektywnych środków celem zagwarantowania równego prawa osób niepełnosprawnych do posiadania i dziedziczenia własności, kontroli własnych spraw finansowych oraz do jednakowego dostępu do pożyczek bankowych, hipotecznych i innych form kredytów oraz zapewnią, że osoby niepełnosprawne nie będą samowolnie pozbawiane własności.

Na wstępie, niejako dla porządku[13], należy zasygnalizować, że obecnie właściwie nie kwestionuje się w literaturze stanowiska zgodnie z którym, pojęcie zdolności prawnej (*legal capacity)* użyte w art. 12 ust. 2 KPON powinno być interpretowane autonomicznie (nie przez proste odniesienie do terminologii krajowego porządku prawnego) i obejmuje nie tylko zdolność bierną (do bycia podmiotem praw i obowiązków), ale również czynną: do skutecznego działania w sferze prawnej[14]. Odmienna wykładnia właściwie czyniłaby wskazany ustęp *superfluum,* ponieważ o osobowości (podmiotowości) prawnej osób niepełnosprawnych stanowi odrębnie ust. 1 art. 12 KPON[15]. Należy także podkreślić, że Polska składając przy ratyfikacji Konwencji oświadczenie interpretacyjne[16] odnoszące się do ubezwłasnowolnienia całkowitego, którego konsekwencją jest pozbawienia zdolności do czynności prawnych, a nie zdolności prawnej, jednoznacznie dała wyraz szerokiej interpretacji zakresu art. 12 ust. 2 KPON.

Na marginesie, właściwie do samego końca prac nad Konwencją podejmowano próby zawężenia treści art. 12[17]. W toku szóstego (ostatniego) posiedzenia doraźnego Komitetu pojawiła się propozycja dodania przypisu do art. 12 ust. 2, zgodnie z którym w języku arabskim, chińskim i rosyjskim termin „zdolność prawna" miał się odnosić do zdolności do bycia podmiotem praw, a nie zdolności do działań prawnych[18]. Ostatecznie przypis został usunięty z treści Konwencji, jednak bezpośrednio przed zakończeniem prac przedstawiciel Iraku, działając w imieniu grupy państw

[13] Zob. M. Domański, *Ubezwłasnowolnienie*…, s. 30.

[14] M. Keyns [w:] *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A Commentary*, red. V.D. Fina, R. Cera, G. Palmisano, Cham, 2017, s. 269; L. Series, A. Nilsson [w:] *The UN*…, s. 351.

[15] Należy jednak odnotować, że w doktrynie prawa cywilnego został wyrażony pogląd rozdzielający zagadnienie podmiotowości prawnej oraz zdolności prawnej osób fizycznych, a w konsekwencji dopuszczający istnienie podmiotów prawa bez zdolności prawnej, zob. R. Majda [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*, red. P. Księżak, M. Pyziak-Szafnicka, LEX 2014, komentarz do art. 8, nb 1 i n.; P. Księżak [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, Legalis 2019, komentarz do art. 8, nb 5 i n.

[16] O treści: „Rzeczpospolita Polska oświadcza, że interpretuje art. 12 konwencji w sposób zezwalający na stosowanie ubezwłasnowolnienia, w okolicznościach i w sposób określony w prawie krajowym, jako środka, o którym mowa w art. 12 ust. 4, w sytuacji, gdy wskutek choroby psychicznej, niedorozwoju umysłowego lub innego rodzaju zaburzeń psychicznych osoba nie jest w stanie kierować swoim postępowaniem".

[17] Na temat prac przygotowawczych zob. A.S. Kanter, *The Promise*…, s. 297 i n.

[18] *Interim report of the Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on the Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities on its eighth session*, A/AC.265/2006/4, 1.10.2006 r.

arabskich[19], w piśmie z 5.12.2006 r. stwierdził, że państwa te przyłączają się do konsensusu dotyczącego Konwencji, jednak opartego na rozumieniu zdolności prawnej, o której stanowi art. 12 ust. 2, jako odnoszącej się do zdolności biernej (bycia podmiotem praw), a nie zdolności do działań prawnych. Poinformowano również, że stanowisko takie będzie prezentowane na Zgromadzeniu Ogólnym ONZ w toku przyjmowania projektu Konwencji[20]. Zagadnienie zakresu pojęcia zdolności prawnej w rozumieniu art. 12 KPON będzie przedmiotem analizy w dalszej części opracowania.

II. WYKŁADNIA ART. 12 KPON PRZYJĘTA PRZEZ KOMITET DO SPRAW PRAW OSÓB NIEPEŁNOSPRAWNYCH

Jak wykazały pierwsze sprawozdania krajowe dotyczące środków podjętych w celu realizacji zobowiązań wynikających z Konwencji oraz postępu dokonanego w tym zakresie, przedkładane Komitetowi do spraw praw osób niepełnosprawnych zgodnie z art. 35 Konwencji, państwa w różny sposób interpretowały zakres obowiązków nałożonych na nie analizowanym przepisem. Z tego powodu Komitet do spraw praw osób niepełnosprawnych (uznając interpretację obowiązków płynących z art. 12 KPON dokonywaną przez państwa za *general misunderstanding*), 19.05.2014 r. przyjął Ogólny komentarz do art. 12[21]. Jego treść została w podstawowym zakresie przedstawiona już w literaturze, więc nie ma potrzeby dokonywania szczegółowego jego omówienia[22]. Streszczając jedynie najistotniejsze dla niniejszego wywodu elementy, trzeba powtórzyć, że potwierdzono w nim, iż zdolność prawna w rozumieniu art. 12 ust. 2 oznacza zarówno zdolność bierną, jak i czynną (obejmującą możliwość zawierania transakcji, a także tworzenia, zmieniania i zakończenia stosunku prawnego)[23]. Tak rozumianą (pełną) zdolność prawną mają wszystkie osoby niepełnosprawne, w tym osoby dotknięte niepełnosprawnością psychiczną oraz intelektualną[24].

Niezwykle kontrowersyjne i niosące szerokie konsekwencje dla prawa prywatnego są rozważania zawarte w pkt 13–15 Komentarza. Komitet stwierdza bowiem, że zdolność prawna (we wskazanym szerokim znaczeniu) musi zostać definitywnie oddzielona od koncepcji zdolności umysłowej. Zdolność umysłowa odnosi się do kompetencji jednostki do podejmowania decyzji i może naturalnie różnić się u poszczególnych osób. Różny także jest jej zakres u jednej osoby, zależnie, przykładowo, od czynników środowiskowych czy społecznych. Zdaniem Komitetu, komentowany przepis nie pozostawia wątpliwości, że choroba umysłowa czy inna diagnoza nie mogą być zgodnymi z prawem podstawami do odebrania zdolności prawnej (w tym zdolności czynnej)[25]. Wszystkim osobom z niepełnosprawnościami

[19] Tj.: Algierii, Bahrajnu, Komorów, Dżibuti, Egiptu, Iraku, Kuwejtu, Libanu, Libii, Mauretanii, Maroka, Omanu, Palestyny, Kataru, Arabii Saudyjskej, Somalii, Sudanu, Syrii, Tunezji, Zjednoczonych Emiratów Arabskich oraz Jemenu.
[20] *Letter dated 5 December 2006 from the Permanent Representative of Iraq to the United Nations addressed to the Chairman*, A/AC.265/2006/5, 7.12.2006 r.
[21] *General comment No. 1 (2014) Article 12: Equal recognition before the law*, CPRD/C/GC/1, 26.01.2018 r., nieznacznie zmieniono treść pkt 27 komentarza: *General comment No. 1 (2014) Article 12: Equal recognition before the law. Corrigendum*, CRPD/C/GC/1/Corr. 1, 26.01.2018 r. – dalej Komentarz.
[22] M. Domański, *Ubezwłasnowolnienie*…, s. 31 i n.
[23] *General comment*…, pkt 12.
[24] *General comment*…, pkt 8 i 9.
[25] *General comment*…, pkt 13.

przysługują, zdaniem Komitetu, dwa niemożliwe do rozdzielenia elementy zdolności prawnej z racji samego człowieczeństwa[26]. Koncepcja zdolności umysłowej została uznana za „wysoce kontrowersyjną".

W Komentarzu poddano krytyce łączenie zdolności prawnej ze zdolnością umysłową i uzależnianie przyznania tej pierwszej od możliwości podejmowania decyzji. Wyróżniono trzy modele funkcjonujące w krajowych systemach prawnych: oparty na statusie (uzależniający przyznanie zdolności prawnej od braku wystąpienia konkretnych zespołów zaburzeń), oparty na rezultatach (a więc ocenie podejmowanych przez daną osobę decyzji z punktu widzenia ewentualnych negatywnych jej konsekwencji) oraz funkcjonalny (oparty na ocenie kompetencji osobistych do podejmowania decyzji). Ostatnie rozwiązanie, uzależniające przyznanie zdolności prawnej od tego, czy osoba jest w stanie zrozumieć charakter i konsekwencje podejmowanych decyzji, jak również właściwie użyć i ocenić wagę posiadanych informacji, zostało uznane za wadliwe z dwóch powodów: jest, zdaniem Komitetu, stosowane w sposób dyskryminujący dla osób niepełnosprawnych, jak również błędnie oparte na założeniu o możliwości precyzyjnej oceny pracy ludzkiego umysłu. „Niezdanie" testu funkcjonalnego stanowi, zdaniem Komitetu, niedopuszczalną podstawę odebrania istoty prawa człowieka. Wszystkie wskazane sposoby powiązania zdolności prawnej ze zdolnością umysłową uznane zostały za niedozwolone w świetle art. 12 ust. 2 KPON[27].

Przyjęcie zarysowanej koncepcji doprowadziło Komitet do całkowitego zakazu stosowania mechanizmów substytucyjnych i nakazu zastąpienia ich rozwiązaniami asystencyjnymi[28], przy czym model substytucyjny został zdefiniowany jako taki, w którym: zdolność do czynności prawnych zostaje odebrana osobie nawet w odniesieniu do jednej decyzji, przedstawicielem może zostać ustanowiona osoba inna niż niepełnosprawny wbrew jej woli, lub[29] jakakolwiek decyzja podejmowana przez przedstawiciela jest oparta na obiektywnym kryterium „najlepszego interesu" jednostki zastępowanej, a nie jej woli i preferencjach[30].

III. ŹRÓDŁA INTERPRETACJI DOKONANEJ PRZEZ KOMITET DO SPRAW PRAW OSÓB NIEPEŁNOSPRAWNYCH

Wykładnia KPON dokonana przez Komitet do spraw praw osób niepełnosprawnych dla prawnika cywilisty (czy karnisty) może się wydawać zaskakująca. Stanowi jednak konsekwencję koncepcji rozwijanych w literaturze z zakresu praw człowieka (prawa dotyczącego osób niepełnosprawnych) od co najmniej kilkunastu lat. Zmiana podejścia do zdolności do czynności prawych ma swoje źródła w modyfikacji samego ujęcia niepełnosprawności, a konkretnie w przejściu z modelu medycznego do modelu społecznego[31]. Akceptacja podejścia akcentującego autonomię, podmiotowość, możliwość samostanowienia wszystkich osób z niepełnosprawnościami (w tym

[26] *General comment*..., pkt 14.
[27] *General comment*..., pkt 15.
[28] *General comment*..., pkt 28, 50.
[29] W pierwotnej wersji Komentarza posłużono się spójnikiem „i".
[30] *General comment*..., pkt 27.
[31] Zob. M. Oliver, *Understanding Disability. From Theory to Practice*, Nowy Jork 2016, s. 32; A.S. Kanter, *The Law: What's Disability Studies Got to Do With It or An Introduction to Disability Legal Studies*, "Columbia Human Rights Law Review" 2011, No. 42, Vol. 42, s. 419 i n.

także psychiczną czy intelektualną)[32] doprowadziła do wypracowania koncepcji zdolności prawnej jako uniwersalnego prawa człowieka[33].

Wskazane zmiany przyniosły krytykę powszechnie stosowanego modelu substytucyjnego, zakładającego, że dla osób dotkniętych niepełnosprawnością psychiczną i intelektualną należy ustanowić przedstawiciela, który w obrocie prawnym będzie działał za te osoby[34]. Co istotne, wcześniejsze rozwiązania międzynarodowe takie jak: Rekomendacja nr R (99)4 Komitetu Ministrów Rady Europy z 23.02.1999 r. czy Konwencja haska o międzynarodowej ochronie dorosłych z 13.01.2000 r.[35] – co prawda – wprowadzały istotne ograniczenia w stosowaniu instrumentów substytucyjnych, jednak samej możliwości (w wyjątkowych przypadkach) ich ustanawiana nie wyłączały. Podobnie w literaturze rozważane były różne zaostrzone kryteria ustanowienia substytuta, ale nie kwestionowano dopuszczalności takiego rozwiązania w stosunku do osób niemogących korzystać ze swojej zdolności prawnej (w znaczeniu obejmującym też zdolność czynną).

W toku prac nad Konwencją przedstawiono koncepcję prawa do zdolności prawnej, jako uniwersalnego prawa podmiotowego wszystkich osób z niepełnosprawnościami (w tym psychiczną i intelektualną). Była ona wspierana i promowana przez środowiska osób niepełnosprawnych[36]. Świadomie odrzucono propozycję, aby *explicite* wprowadzić rozwiązania umożliwiające rozróżnienie sytuacji prawnej osób ze względu na rodzaj niepełnosprawności i jej stopień, podkreślając, że prawo do zdolności prawnej stanowi przesłankę korzystania z wielu innych praw gwarantowanych w Konwencji (dostępu do wymiaru sprawiedliwości – art. 13 KPON, poszanowania życia rodzinnego – art. 23 KPON, prawa do pracy – art. 27 KPON, udziału w życiu politycznym – art. 29 KPON itd.).

Przyjęcie obowiązującego art. 12 KPON (w szczególności ust. 2) doprowadziło do postawienia w międzynarodowej literaturze praw człowieka tezy, że z konstrukcji uniwersalnego prawa do zdolności prawnej wynika zakaz wprowadzania w jakimkolwiek zakresie rozwiązań substytucyjnych. Zamiast rozwiązań tradycyjnych polegających na zastępowaniu osoby z niepełnosprawnościami w dokonywaniu czynności ze sfery prawnej, obowiązującym modelem ma być *capacity paradigm with support*. Opiera się on na założeniu autonomii każdego niepełnosprawnego (zgodnie z art. 1 pkt a Konwencji jedną z podstawowych zasad jest poszanowanie przyrodzonej godności, autonomii osoby, w tym swobody dokonywania wyborów, a także poszanowanie niezależności osoby), jak również koncepcji, zgodnie z którą nawet osoby dotknięte

[32] M. Domański, *Ubezwłasnowolnienie*…, s. 10 i n. oraz cytowana tam literatura.
[33] A. Dhanda, *Universal Legal Capacity as a Universal Human Right* [w:] *Mental Health and Human Rights; vison, praxis, and courage*, red. M. Duley, D. Silove, F. Gale, Oksford 2012, s. 177; A.S. Kanter, *The Development of Disability Rights Under International Law. From Charity to Human Rights*, Londyn–Nowy Jork 2015, s. 235 i n.; A. Kanter, Y. Tolub, *The Fight for Personhood, Legal Capacity, and Equal Recognition Under Law for People with Disabilities in Israel and Beyond*, "Cardozo Law Review" 2017, Issue 2, Vol. 39, s. 569 i n.; K.B. Glen, *Introducting a "New" Human Right: Learning From Others, Bringing Legal Capacity Home*, "Columbia Human Rights Law Review" 2018, Vol. 49.3, s. 4 i n.
[34] A.S. Kanter, *The Development*…, s. 242; A. Arstein-Kerslake, *An empowering dependency: exploring support for exercise of legal capacity*, "Scandinavian Journal of Disability Research" 2016, No. 1, Vol. 18.
[35] Podpisana przez Polskę 18.10.2008 r., jednak dotychczas nieratyfikowana.
[36] Zob. A. Dhanda, *Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past or Lodestar for the Future?*, "Syracuse Journal of International Law and Commerce" 2007, Vol. 34:429, s. 438 i n.; T. Minkowitz, *CRPD and transformative equality*, "International Journal of Law in Context" Vol. 13, Special Issue 1, March 2017, s. 78.

głębokimi dysfunkcjami psychicznymi czy intelektualnymi mają wolę, która może zostać ujawniona przy udzieleniu odpowiedniego wsparcia. Zasada swobody dokonywania wyborów i poszanowania niezależności nakazuje ich uszanowanie przez państwo oraz inne podmioty. Wskazuje się ponadto, że każdy, a więc także osoba z niepełnosprawnościami, ma prawo do pomyłek i podejmowania błędnych decyzji, co również ma być wyrazem autonomii, uznania podmiotowości oraz człowieczeństwa.

Wskazane powyżej założenia i rozwój sygnalizowanej koncepcji filozoficzno-prawnej[37] stały się podstawą wykładni KPON zaprezentowanej w Komentarzu do art. 12. Najistotniejsze, z punktu widzenia prawa cywilnego (ale też karnego – o czym będzie mowa w dalszej części opracowania), znaczenie mają następujące tezy (potwierdzone przez Komitet do spraw praw osób niepełnosprawnych w Komentarzu):

- całkowite odrzucenie modelu substytucyjnego, który został dość precyzyjnie zdefiniowany, jak już wskazano, jako taki, w którym zdolność do czynności prawnych zostaje odebrana osobie nawet w odniesieniu do jednej decyzji, a przedstawiciel może zostać ustanowiony wbrew jej woli. Ponadto substytucyjny jest taki system, w którym jakakolwiek decyzja podejmowana przez przedstawiciela jest oparta na obiektywnym kryterium „najlepszego interesu" jednostki zastępowanej, a nie jej woli i preferencjach;
- całkowite rozdzielenie zdolności umysłowej (zdolności do podejmowania decyzji) od zdolności prawnej oraz uznanie, że jakiekolwiek powiązanie zdolności prawnej ze zdolnością umysłową (w szczególności przyjęcie, że zdolność umysłowa stanowi przesłankę zdolności prawnej) jako dyskryminujące jest niezgodne z art. 12 ust. 2 KPON.

IV. KRYTYKA OGÓLNEGO KOMENTARZA DO ART. 12 KPON W LITERATURZE ZAGRANICZNEJ

Wskazane powyżej, wręcz rewolucyjne, rozwiązania (*paradigm shift*) spotkały się z afirmatywnym przyjęciem przez znaczną część literatury prawa międzynarodowego (wielu jej przedstawicieli brało udział zarówno w pracach nad KPON, jak i w opracowywaniu samego Komentarza[38]). Pojawiły się jednak również głosy krytyczne. Pochodziły one przede wszystkim ze środowiska lekarzy psychiatrów[39] (choć też prawników[40]).

[37] Zob. przykładowo K.B. Glen, *Changing Paradigms*: *Mental Capacity, Legal Capacity, Guardianship, and Beyond*, "Columbia Human Rights Law Review" 2012, Vol. 44, s. 93.

[38] L. Series, A. Nilsson [w:] *The UN* …, s. 344. Należy zauważyć, że wykładnia przyjęta przez Komitet bywa również akceptowana w polskiej literaturze, zob. M. Czubala, *Przymusowe leczenie psychiatryczne w świetle Konwencji ONZ o prawach osób niepełnosprawnych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 2018/3, s. 140 i n. Do komentarza odwołał się również polski Sąd Najwyższy (dalej SN) w uchwale z 21.12.2017 r., III CZP 66/17, OSNC 2018/6, poz. 61.

[39] G. Szmukler, *Submission to Committee on the Rights of Persons with Disabilities on the Draft General Comment on Article 12, 19 Feb 2014*, https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/GC/GeorgeSzmuklerArt12.doc (dostęp: 26.11.2019 r.); M.C. Freeman, K. Kolappa, J.M. Caldas de Almeida, A. Kleinman, N. Makhashvili, S. so Phakathi, B. Saraceno, G. Thornicroft, *Reversing hard won victories in the name of human rights: a critique of the General Comment on Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, "Lancet Psychiatry" 2015, No. 9, Vol. 2, s. 844; P.S. Appelbaum, *Protecting the Rights of Persons With Disabilities: An International Convention and Its Problems*, "Psychiatric Services" 2016/67, s. 366; M. Scholten, J. Gather, *Adverse consequences of article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities for persons with mental disabilities and an alternative way forward*, "Journal of Medical Ethics" 2018, Issue 4, Vol. 44, s. 226.

[40] J. Dawson, *A realistic approach to assessing mental health laws' compliance with the UNCRPD*, "International Journal of Law and Psychiatry" 2015/40, s. 70.

Argumenty przedstawiane przeciwko interpretacji KPON zawartej w Komentarzu (w pewnym zakresie także samej Konwencji) miały różny charakter. Podkreślono w szczególności, że „interpretacja radykalna”[41] Konwencji dokonana przez Komitet nie jest zgodna z intencjami państw, które się nią związały[42].

Istotną przesłanką, częściowo zgłaszaną w odniesieniu do samej Konwencji, jest niespójność poszczególnych praw pozytywnych z negatywnym prawem do zdolności prawnej[43]. Przykładowo wskazuje się, że „absolutystyczne” rozumiane prawa do zdolności prawnej może naruszać: prawo do niezależnego życia i włączenia w społeczeństwo (art. 19 KPON), prawo do osiągnięcia najwyższego możliwego poziomu stanu zdrowia (art. 25 KPON) czy odpowiednich warunków życia oraz ochrony socjalnej (art. 28 KPON)[44].

W literaturze podkreślono, że brak możliwości przymusowego (bez zgody czy pomimo sprzeciwu) leczenia psychiatrycznego pacjentów dotkniętych poważnymi zaburzeniami psychicznymi będzie prowadził do pogorszenia ich stanu zdrowia, krzywdy, a w ostateczności niejednokrotnie samobójczej śmierci, co naruszy prawo do życia (art. 10 KPON)[45]. Przyjęcie, że wyłączenie odpowiedzialności karnej na podstawie niepoczytalności ma charakter dyskryminujący, a osoby z niepełnosprawnościami psychiczną i intelektualną powinny być traktowane również w tym zakresie tak jak inne osoby (zagadnienie będzie jeszcze poddane analizie w dalszej części opracowania), prowadzi do naruszenia prawa do wolności (art. 14 KPON)[46].

Z perspektywy prawnomedycznej zwrócono uwagę, że świadomość i zdolność rozumienia informacji stanowią przesłanki skuteczności „zgody poinformowanego pacjenta”[47]. Element ten nie może zostać pominięty, jeżeli zgoda ma pełnić właściwą jej funkcję realizacji autonomii pacjenta. Przyjęcie, że zdolność prawna obejmująca możliwość wyrażenia zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego jest niezależna od zdolności umysłowej (świadomości, zdolności przewidzenia oraz zrozumienia konsekwencji zachowania) staje się źródłem różnych problemów, związanych chociażby z przeciwdziałaniem bezprawnemu wpływowi innych osób. Model substytucyjny zakłada, że osoba dla dokonywania czynności prawnych (czy szerzej podejmowania działań w sferze prawnej) musi mieć określony poziom kompetencji intelektualnych, poznawczych itd. Jeżeli ich nie ma, to nie może dokonać określonej

[41] J. Dawson, *A realistic*…, s. 70.
[42] Tak: J. Dawson, *A realistic*…, s. 70; M.C. Freeman, K. Kolappa, J.M. Caldas de Almeida, A. Kleinman, N. Makhashvili, S. soPhakathi, B. Saraceno, G. Thornicroft, *Reversing*…, s. 844; P.S. Appelbaum, *Protecting*… Zagadnienie to zostanie przedstawione w dalszej części opracowania.
[43] Co do samego pojęcia praw oraz wolności w doktrynie praw człowieka zob. M. Zubik, *„Wolność” a „prawo” (pięć hipotez o stosowaniu pojęć konstytucyjnych dotyczących praw człowieka)*, „Państwo i Prawo” 2015/9, s. 3.
[44] J. Dawson, *A realistic*…, s. 71.
[45] M.C. Freeman, K. Kolappa, J.M. Caldas de Almeida, A. Kleinman, N. Makhashvili, S. so Phakathi, B. Saraceno, G. Thornicroft, *Reversing*…, s. 846 i n.
[46] M.C. Freeman, K. Kolappa, J.M. Caldas de Almeida, A. Kleinman, N. Makhashvili, S. so Phakathi, B. Saraceno, G. Thornicroft, *Reversing*…, s. 846 i n.
[47] M.C. Freeman, K. Kolappa, J.M. Caldas de Almeida, A. Kleinman, N. Makhashvili, S. so Phakathi, B. Saraceno, G. Thornicroft, *Reversing*…, s. 845; M. Scholten, J. Gather, *Adverse consequences*…, s. 227. W polskim prawie wymaganie takie wynika chociażby z art. 3 pkt 4 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego, zgodnie z którym zgoda oznacza swobodnie wyrażoną zgodę osoby z zaburzeniami psychicznymi, która – niezależnie od stanu jej zdrowia psychicznego – jest rzeczywiście zdolna do zrozumienia przekazywanej w dostępny sposób informacji o celu przyjęcia do szpitala psychiatrycznego, jej stanie zdrowia, proponowanych czynnościach diagnostycznych i leczniczych oraz o dających się przewidzieć skutkach tych działań lub ich zaniechania. Zob. B. Janiszewska, *Zgoda na udzielenie świadczenia zdrowotnego. Ujęcie wewnątrzsystemowe*, Warszawa 2013, s. 144 i n.

czynności, ale wówczas działa za nią przedstawiciel. Nawet jeżeli np. członkowie rodziny czy osoby bliskie chciałyby wpłynąć bezprawnie na podjęcie określonej decyzji, to działania takie nie mogłyby być skuteczne. W przypadku przyjęcia pełnego modelu asystencyjnego, otwarte zostają szerokie możliwości wpływania na osobą dotkniętą określonymi zaburzeniami, która (teoretycznie) ma podjąć sama decyzję i złożyć określone oświadczenie, a inne osoby mają ją w tym jedynie „wspierać"[48].

Dostrzeżone niebezpieczeństwo wiąże się z kolejnym problemem – odpowiedzialności za podejmowane decyzje, zwłaszcza z zakresu leczenia. W modelu substytucyjnym, gdy ustanawiany jest przedstawiciel (kurator, opiekun itp.) decydujący za inną osobę, to właśnie on ponosi odpowiedzialność[49]. Natomiast w modelu asystencyjnym nie występuje przedstawiciel, lecz rozmaici „pomocnicy" w podjęciu decyzji i wyrażeniu woli. W takim przypadku wskazanie odpowiedzialnego, czy pociągnięcie do odpowiedzialności „kolektywnej" grupy asystentów wydaje się możliwe jedynie teoretycznie[50]. Wątpliwości powstają również w przypadku, gdy wyłącznie na pacjencie zaburzonym psychicznie ciąży obowiązek podjęcia decyzji, np. o przyjęciu do szpitala, czy podjęciu czynności leczniczych. Wskazane rozwiązanie, w okolicznościach jednoznacznej odmowy interwencji medycznej jednak uzasadnionej okolicznościami przypadku, właściwie konstrukcyjnie zdejmuje odpowiedzialność z lekarza, np. za popełnione w wyniku niepodjęcia leczenia samobójstwo pacjenta[51].

Istotne problemy rodzi określenie „woli i preferencji" osoby dotkniętej głębokimi zaburzeniami psychicznymi. Niejasność co do samego pojęcia powoduje, że w rzeczywistości trudno jest określić granice, kiedy kończy się wsparcie, a zaczyna sytuacja, w której decyzja jest podejmowana przez inną osobę[52].

Z praktycznego – medycznego – punktu widzenia podkreślano, że promowana w Komentarzu koncepcja ma negatywny wpływ na proces leczenia osób z niepełnosprawnościami. Konieczność akceptowania bieżących preferencji takiego pacjenta czyni właściwie niemożliwe zaplanowanie procesu leczenia[53]. Sytuacja dotyczy w szczególności przypadków osób labilnych, które w sytuacji zaostrzenia stanu chorobowego zmieniają zdanie w zakresie zgody na terapię[54].

Przeciwko stanowisku zaprezentowanemu w komentarzu KPON podniesiono też argumenty pozamerytoryczne, które jednak, jak się wydaje, miały istotny wpływ na ostateczny kształt przyjętych rozwiązań. Zarówno w pracach nad Konwencją[55], jak również samym Komentarzem właściwie nie brali udziału psychiatrzy[56]. Ponadto, żaden członek Komitetu (poza jednym wybranym na wyjątkową, 2-letnią kadencję w latach 2009–2010) nie miał doświadczenia klinicznego[57]. Również

[48] M. Scholten, J. Gather, *Adverse consequences*…, s. 229.
[49] Niniejsze rozważania mają charakter ogólny i modelowy. Nie odnoszą się więc do konkretnego systemu prawnego. Szczegółowe rozwiązania w zakresie podstaw i przesłanek odpowiedzialności (cywilnej czy karnej) mogą być różne.
[50] M. Scholten, J. Gather, *Adverse consequences*…, s. 230.
[51] M. Scholten, J. Gather, *Adverse consequences*…, s. 230.
[52] J. Dawson, *A realistic*…, s. 73.
[53] M. Scholten, J. Gather, *Adverse consequences*…, s. 230.
[54] Podkreślił to również G. Szmukler, *Submission*…
[55] P. Bartlett, *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Mental Health Law*, "The Modern Law Review" 2012/75(5), s. 757.
[56] M.C. Freeman, K. Kolappa, J.M. Caldas de Almeida, A. Kleinman, N. Makhashvili, S. so Phakathi, B. Saraceno, G. Thornicroft, *Reversing*…, s. 848.
[57] M.C. Freeman, K. Kolappa, J.M. Caldas de Almeida, A. Kleinman, N. Makhashvili, S. so Phakathi, B. Saraceno, G. Thornicroft, *Reversing*…, s. 848.

obecnie w składzie Komitetu nie ma żadnego lekarza psychiatry, a tylko jedna osoba ma wykształcenie medyczne (w zakresie rehabilitacji). Nieuwzględnienie puntu widzenia podstawowej grupy osób zobowiązanych do realizacji przyjmowanych założeń miało istotny wpływ na tworzenie i interpretację KPON. Ponadto, w literaturze dostrzeżono, że nie wszystkie organizacje pacjentów psychiatrycznych zostały dopuszczone do prac zarówno nad Konwencją, jak i nad Komentarzem. Pominięto stanowisko przedstawicieli pacjentów akceptujące, a nawet podkreślające konieczność istnienia przymusowej hospitalizacji w okresie zaostrzenia zaburzeń psychicznych skutkujących niezdolnością do podejmowania decyzji[58].

V. PROBLEMY ZWIĄZANE Z PRZENIESIENIEM ART. 12 KPON (W INTERPRETACJI KOMITETU DO SPRAW PRAW OSÓB NIEPEŁNOSPRAWNYCH) NA GRUNT POLSKIEGO PRAWA CYWILNEGO

1. *Legal capacity* a zdolność do czynności prawnych

Streszczone powyżej wątpliwości i zarzuty zostały zgłoszone głównie z punktu widzenia medycznego, a ściśle: psychiatrycznego. Ta perspektywa nie wyczerpuje jednak problemów, jakie niosą koncepcje promowane przez Komitet do spraw praw osób niepełnosprawnych. Istotną luką jest brak poddania analizie wskazanych rozwiązań i koncepcji z perspektywy prawa cywilnego.

Jak zasygnalizowano we wstępie niniejszego opracowania, w art. 12 ust. 2, 3 i 4 KPON posłużono się pojęciem *legal capacity* (fr. *capacité juridique,* hiszp. *capacidad jurídica*). W oficjalnym polskim tekście Konwencji sformułowanie to zostało przetłumaczone jako „zdolność prawna". Ujęcie takie spotkało z krytyką w literaturze, jako nieoddające intencji twórców KPON. Podkreślano, że prawidłowe byłoby tłumaczenie zwrotu konwencyjnego jako „zdolność do czynności prawnych"[59], a właściwie „zdolność prawna" i „zdolność do czynności prawnych łącznie". Generalnie w polskiej doktrynie z uwagi na niekwestionowaną zasadę, zgodnie z którą każdy człowiek od chwili urodzenia ma zdolność prawną (art. 8 Kodeksu cywilnego[60]), podstawowe analizy dotyczące wpływu art. 12 KPON na system prawny dotyczyły obowiązujących ograniczeń zdolności do czynności prawnych, a konkretnie instytucji ubezwłasnowolnienia[61].

Zagadnienie interpretacji konwencyjnego pojęcia *legal capacity* nie jest jednak tak jednoznaczne i z tego powodu zakres wpływu art. 12 KPON na polskie prawo

[58] M.C. Freeman, K. Kolappa, J.M. Caldas de Almeida, A. Kleinman, N. Makhashvili, S. so Phakathi, B. Saraceno, G. Thornicroft, *Reversing*…, s. 848.

[59] Zob. przykładowo M. Szeroczyńska, *Ubezwłasnowolnienie i alternatywne formy pomocy w realizowaniu zdolności do czynności prawnych osób z niepełnosprawnością intelektualną w regulacjach międzynarodowych oraz w prawie obcym, na przykładzie Estonii, Niemiec, Szwecji, Wielkiej Brytanii i Kanady (stanu Manitoba)* [w:] *Jeśli nie ubezwłasnowolnienie, to co? Prawne formy wsparcia osób z niepełnosprawnością intelektualną*, red. K. Kędziora, Warszawa 2012, s. 24; M. Zima-Parjaszewska, *Artykuł 12 konwencji o prawach osób z niepełnosprawnościami a ubezwłasnowolnienie w Polsce*, „Studia Prawnicze" 2013/2, s. 96; A. Błaszczak, *Zastrzeżenia i oświadczenie interpretacyjne Polski do Konwencji o prawach osób z niepełnosprawnościami* [w:] *Prawa osób z niepełnosprawnością intelektualną lub psychiczną w świetle międzynarodowych instrumentów ochrony praw człowieka*, red. D. Pudzianowska, Warszawa 2014, s. 31.

[60] Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1145) – dalej k.c.

[61] M. Domański, *Ubezwłasnowolnienie*…, s. 28 i n. oraz cytowana tam literatura.

nie rysuje się bezdyskusyjnie. Pojęcie zdolności do czynności prawnych (niem. *Geschäftsfähigkeit*) na gruncie polskiego systemu prawnego (czy też szerzej – kontynentalnych systemów prawnych, w szczególności niemieckiego i innych nawiązujących do tradycji germańskiej[62]) jest kodeksową, ściśle określoną konstrukcją prawa cywilnego (art. 11 i n. k.c.; § 104 i n. niemieckiego Kodeksu cywilnego *Bundesgesetzbuch*, BGB) powiązaną już nawet semantycznie z czynnością prawną (niem. *Rechtsgeschäft*).

Termin *legal capacity,* którym posłużono się w KPON, został oparty na jego rozumieniu w anglosaskiej tradycji prawnej[63]. W systemach *common law* brak jest jednoznacznego rozdzielenia zdolności czynnej (do osobistego podejmowania działań prawnych) od zdolności biernej (do bycia podmiotem praw i obowiązków)[64]. Podejście takie skupia się na praktycznym ujęciu „kto może związać się kontraktem"[65]. W przypadku osób fizycznych, przy analizie *legal capacity* (czy też *incapacity),* ciężar analiz skupia się raczej na elementach zdolności czynnej[66]. Należy zauważyć, że przy podejściu nierozdzielającym zdolności do bycia podmiotem praw i obowiązków oraz możliwości samodzielnego podejmowania skutecznych działań w sferze prawnej, zarzuty wskazujące, że pozbawienie *legal capacity* powoduje uprzedmiotowienie człowieka (skoro nie może być również podmiotem praw i obowiązków) nabiera pewnych teoretycznych podstaw[67].

Ponadto, anglosaskie (i z tego powodu też konwencyjne) pojęcie *legal capacity* jest niezwykle szerokie. Obejmuje zdolność do podejmowania różnych działań w sferze prawnej (wszak w systemach prawnych *common law* brak jest jednolitej koncepcji czynności prawnej[68]). W przypadku prawa brytyjskiego szczególną rolę odgrywa ustawa Mental Capacity Act 2005, która dotyczy podejmowania decyzji zarówno w zakresie stosunków majątkowych, jak i osobistych, w tym dotyczących codziennego życia (miejsca przebywania, kontaktowania się z innymi osobami, świadczeń zdrowotnych)[69]. Wydaje się, że wskazana koncepcja „zdolności" (czy też „niezdolności") miała istotny wpływ na projektowanie i wykładnię pojęcia

[62] W zakresie koncepcji czynności prawnych, zdolności do czynności prawnych prawo polskie zdecydowanie nawiązuje do tradycji germańskiej (M. Giaro, *Zawarcie umowy w trybie aukcji internetowej*, Warszawa 2014, s. 11).

[63] I. Hoffman, G. Könczei, *Legal Regulations Relating to the Passive and Active Legal Capacity of Persons with Intellectual and Psychosocial Disabilities in Light of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Impending Reform of the Hungarian Civil Code*, "Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review" 2010/1, s. 163 i n.; zob. także A. Dhanda, *Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past or Lodestar for the Future?*, "Syracuse Journal of the International Law & Commerce" 2007/2, s. 443 i n.; B. McSherry, *Legal Capacity Under the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, "Journal of Law and Medicine" 2012(20), s. 23 i n.

[64] A. Heldrich, A.F. Steiner [w:] *International Encyclopedia of Comparative Law. Volume IV. Persons and Family*, red. A. Chloros, M. Rheinstein, M.A. Glendon, Tybinga 2007, Ch. II, s. 9; P. Hellwege [w:] *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law. Volume 1*, red. J. Basedow, K.J. Hopt, R. Zimmermann, A. Stier, Oksford 2012, s. 137. Ten element jest również podkreślany w literaturze z zakresu praw człowieka, por. przykładowo I. Hoffman, G. Könczei, *Legal Regulations…*; R.K.M. Smith, *Textbook on International Human Rights*, Oksford 2014, s. 269.

[65] J. Beatson, A. Burrows, J. Catwrights, *Anson's Law of Contract*, Oksford 2010, s. 237.

[66] Zob. syntetycznie J.M. Smits, *Contract Law. A Comparative Introduction*, Cheltenham 2017, s. 91 i n.

[67] Przykładowo C. de Bhailís, E. Flynn, *Recognising legal capacity: commentary and analysis of Article 12 CRPD*, "International Journal of Law in Context", Vol. 13, Special Issue 1, March 2017, s. 10 i n.

[68] J.P. Schmidt [w:] *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law. Volume 2*, red. J. Basedow, K.J. Hopt, R. Zimmermann, A Stier, Oksford 2012, s. 1016.

[69] W szczególności sekcje 16–18, S.J. Whittaker [w:] *Chitty on Contracts. Volume I, General Pronciples*, red. H.G. Beale, Londyn 2012, s. 788.

legal capacity zawartej w art. 12 KPON[70]. Pojęciem tym na gruncie Konwencji obejmuje się nie tylko zdolność do dokonywania czynności prawnych (np. zawierania umów), ale ogólnie do „działania w ramach systemu prawa"[71], w tym chociażby wyrażania zgody na utrzymywanie relacji intymnych[72]. W literaturze prawnomiędzynarodowej dotyczącej Konwencji analizowane przykłady zastosowania art. 12 KPON obejmują np. zgodę na dokonywanie czynności higienicznych przez osobę sprawującą faktyczną pieczę nad niepełnosprawnym, podejmowanie decyzji dotyczących oglądania telewizji późnym wieczorem czy samodzielnego zamieszkiwania[73]. Pojęcie *legal capacity* na gruncie art. 12 KPON rozumiane jest więc nie jako odpowiednik zdolności do czynności prawnych, ale jako zdolność do działań mających jedynie pośredni związek ze sferą prawną[74].

Niezwykle istotne jest również podkreślenie, że pojęcie *legal capacity* w systemach anglosaskich nie ma charakteru konstrukcyjnego (dogmatycznego). Jest ono stosowane w różnych obszarach i oceniane *ad casu* na potrzeby konkretnej sytuacji. Zgodnie z sekcją 2 Mental Capacity Act 2005 osoba nie ma zdolności do dokonania czynności „w określonym czasie", gdy jest niezdolna do podjęcia decyzji z powodu naruszenia lub zakłócenia funkcjonowania umysłu lub mózgu, przy czym nie ma znaczenia, czy to naruszenie albo zakłócenie ma charakter trwały czy czasowy – pkt 2.

Legal capacity ma charakter bardziej faktyczny niż prawny i jest ściśle zależna od oceny dokonywanej przez biegłego. Ponadto, pojęcie to jest nierozerwalnie związane z czysto faktyczną *mental capacity* (właściwie stanowi jej rewers). Zgodnie z sekcją 3 Mental Capacity Act 2005 niezdolność do podjęcia decyzji, jako przesłanka braku *capacity*, dotyczy sytuacji, gdy osoba jest niezdolna do: zrozumienia informacji istotnej dla podjęcia decyzji, zachowania tej informacji, użycia jej i zważenia w procesie podejmowania decyzji oraz jej zakomunikowania (w dowolny sposób). Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że w systemie prawa brytyjskiego nie istnieje jednolite pojęcie zdolności prawnej, ale raczej występują różne „zdolności" do dokonania poszczególnych czynności.

Skoro ocena *legal capacity* ma charakter ściśle faktyczny i jest bezpośrednio determinowana realną zdolnością intelektualną z chwili podejmowania decyzji, wydaje się, że postulowane w Komentarzu rozerwanie „dyskryminującego" powiązania między zdolnością intelektualną a zdolnością prawną przynajmniej koncepcyjnie (pozostawiając na boku element słuszności takiego rozwiązania) nie jest trudne. Oznacza bowiem po prosu modyfikację przesłanek dokonywania oceny *capacity* na potrzeby konkretnej sytuacji w taki sposób, aby utraciły charakter „dyskryminujący".

[70] I. Hoffman, G. Könczei, *Legal Regulations*…, s. 164; zob. również L. Series, *Relationships, autonomy and legal capacity: Mental capacity and support paradigms*, "International Journal of Law and Psychiatry" 2015/40, s. 80.

[71] B. McSherry, *Legal Capacity*…, s. 23; E. Flynn, A. Arstein-Kerslake, *Legislating personhood: realising the right to support in exercising legal capacity*, "International Journal of Law in Context" Vol. 10, Issue 1, 2014 (March); Issue 01, March 2014, s. 83.

[72] Przykładowo L. Series, A. Nilsson [w:] *The UN* …, s. 350 i cytowana tam literatura.

[73] A. Arstein-Kerslake, E. Flynn, *The right to legal agency: domination, disability and the protections of Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, "International Journal of Law in Context" Vol. 13, Special Issue 1, March 2017, s. 28 i n.

[74] Zob. L. Series, A. Nilsson [w:] *The UN*…, s. 351.

Koncepcja „zdolności prawnej" na gruncie kontynentalnych systemów prawnych, w szczególności nawiązujących do tradycji germańskiej, ma zupełnie inny charakter. Jednoznacznie rozdziela się zdolność prawną (bierną) – jako zdolność do bycia podmiotem praw i obowiązków cywilnoprawnych, od zdolności do czynności prawnych (czynną) jako zdolności do nabywania praw i zaciągania zobowiązań za pomocą własnych czynności prawnych[75]. Rozdzielenie to ma charakter ściśle dogmatyczny. Przyznanie zdolności prawnej każdej osobie fizycznej należy uznać za podstawową zasadę porządku prawnego w RP, a jej ograniczenia (np. instytucja „śmierci cywilnej") uzasadniają zastosowanie klauzuli porządku publicznego[76]. Trudno, przynajmniej w sferze konstrukcyjnej, uznać, że osoba, która może być podmiotem praw i obowiązków cywilnoprawnych, ale ma ograniczoną zdolność do czynności prawnych, staje przedmiotem stosunków prawnych, a ograniczenie takie ma charakter „śmierci cywilnej"[77], skoro jej zdolność bierna nie podlega ograniczeniu.

Zdolność do czynności prawych jest koncepcją wąską. Nie obejmuje zdolności do dokonywania innych aktów związanych z przejawem woli (nabycia posiadania, przebaczenia, wyboru miejsca zamieszkania, uznania długu, zawłaszczenia rzeczy niczyjej itd.)[78]. Warto przypomnieć, że w dekrecie Prawo osobowe z 1945 r.[79] (który obowiązywał jedynie do 30.09.1950 r.) przyjęto szerszą kategorię: zdolności do działań prawych (art. 3 i n. dekretu)[80]. Od 1.10.1950 r. ustawodawca posługuje się już wąskim pojęciem zdolności do czynności prawnych. Nawet zdolność do czynności procesowych (zdolność procesowa) osób fizycznych, choć pochodna zdolności do czynności prawnych (art. 65 Kodeksu postępowania cywilnego[81]), jest jednak regulowana autonomicznie w Kodeksie postępowania cywilnego.

Zdolność do czynności prawnych jest konstrukcją ściśle normatywną i dogmatycznie nierozerwalnie powiązaną z czynnością prawną[82] (a więc instytucją obcą systemom prawnym *common law*)[83]. Związek zdolności do czynności prawnych ze zdolnością umysłową (zdolnością do podejmowania decyzji) oczywiście występuje, jednak jest zdecydowanie luźniejszy niż powiązanie *legal capacity* z *mental capacity* w systemach anglosaskich. Istnienie czy też brak zdolności do czynności prawnych jest bowiem w prawie polskim kwalifikacją prawną, a nie faktyczną[84]. Na stan pełnej, ograniczonej czy braku zdolności do czynności prawnych osób fizycznych mają wpływ takie

[75] A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2018.
[76] M. Sośniak, *Klauzula porządku publicznego w prawie międzynarodowym prywatnym*, Warszawa 1961, s. 10; M. Pazdan, *Zdolność do czynności prawnych osób fizycznych w polskim prawie prywatnym międzynarodowym,* Kraków 1967, s. 24; M. Pazdan [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 20a, *Prawo Prywatne Międzynarodowe,* red. M. Pazdan, Warszawa 2014, s. 577.
[77] Zob. C. de Bhailís, E. Flynn, *Recognising…*, s. 10; A. Arstein-Kerslake, *Restoring Voice to People with Cognitive Disabilities Realizing the Right to Equal Recognition before the Law*, Oksford 2017, s. 148.
[78] A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo…*, s. 198 i n.
[79] Dekret z 29.08.1945 r. – Prawo osobowe (Dz.U. z 1945 r. Nr 40, poz. 223).
[80] Choć część przedstawicieli doktryny nadawała temu pojęciu wąskie znaczenie, ograniczając je do zdolności do składania oświadczeń woli, tak: A. Wolter, *Zdolność osób fizycznych do działań prawnych*, „Przegląd Notarialny" 1947/z. VII–VIII, t. II, s. 25.
[81] Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2019 r. poz. 1460 ze zm.) – dalej k.p.c.
[82] Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo cywilne. Część ogólna*, Warszawa 2015, s. 139.
[83] J.P. Schmidt [w:] *The Max Planck...*, *Volume 2...*, s. 1016.
[84] Należy zauważyć, że w niemieckim Kodeksie cywilnym przewidziano również naturalną niezdolność do czynności prawnych (§ 104 pkt 2 BGB). Zob. L. Kociucki, *Zdolność do czynności prawnych osób dorosłych i jej ograniczenia*, Warszawa 2011, s. 161 i n.

okoliczności jak: osiągnięcie określonego przez normę prawną wieku (art. 10 § 1, art. 11, 12, 15 k.c.), zawarcie małżeństwa (art. 10 § 2 k.c.), ubezwłasnowolnienie (art. 12, 15 k.c.) czy też ustanowienie doradcy tymczasowego w toku postępowania o ubezwłasnowolnienie (art. 549 § 1 k.p.c.). Są to okoliczności o charakterze prawnym. Również wiek nabycia ograniczonej zdolności do czynności prawnych (13 lat) oraz pełnoletności (nabycia pełnej zdolności do czynności prawnych) ściśle wynika z norm prawa cywilnego. Osoba mająca pełną zdolność do czynności prawnych może mieć wyłączoną czy ograniczoną zdolność do podejmowania decyzji (pełnoletni dotknięty zaburzeniami psychicznymi, ale nie ubezwłasnowolniony), jak również osoba niemająca zdolności do czynności prawnych może mieć pełną możność podejmowania decyzji (osoba ubezwłasnowolniona, której stan się poprawił). W doktrynie powszechnie przyjmuje się, że brak świadomości lub swobody (art. 82 k.c.) nie jest ograniczeniem zdolności do czynności prawnych, ale wadą oświadczenia woli[85].

Z uwagi na wskazany charakter zdolności do czynności prawnych, jest ona „jakościowo" odmienna od *legal capacity* w systemach prawnych *common law*. Wydaje się, że jest to jedno ze źródeł problemów z implementacją postanowień KPON do polskiego systemu prawnego. Modyfikacja zdolności do czynności prawnych nie jest bowiem zmianą przesłanek oceny określonych elementów przez biegłego (w kierunku uczynienia ich „niedyskryminującymi"), lecz zmianą dotyczącą jednej z podstawowych instytucji dla całego systemu prawa prywatnego.

Powyższe rozważania prowadzą do dwóch wniosków o charakterze bardziej ogólnym. Po pierwsze, konwencyjne pojęcie *legal capacity* musi być interpretowane zdecydowanie szerzej niż tylko jako obejmujące (technicznie) zdolność do czynności prawnych[86]. W rzeczywistości chodzi bowiem o zdolność do samodzielnych działań w sferze prawnej. W odniesieniu do prawa cywilnego poza samą zdolnością do czynności prawnych obejmuje ona: wadę oświadczenia woli – brak świadomości lub swobody, tzw. zdolność deliktową (a więc zdolność do ponoszenia odpowiedzialności za własny czyn zawiniony)[87], zdolność do nabycia posiadania, przebaczenia czy też wyrażenia zgody na naruszenie dóbr osobistych (w szczególności zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego), jak również zdolność do dokonywania różnych innych czynności mających charakter zdarzeń cywilnoprawnych, a niebędących czynnościami prawnymi. Potencjał oddziaływania KPON na krajowy system prawa cywilnego jest więc zdecydowanie szerszy niż niejednokrotnie się to przedstawia. Analiza musi więc uwzględniać zdecydowanie szerszy zakres zagadnień niż tylko problematykę ubezwłasnowolnienia. Regulacja ta dotyczy bowiem, jak zostało to wskazane, absolutnych podstaw prawa cywilnego.

Drugim ogólnym wnioskiem jest dostrzeżenie istotnych rozbieżności pomiędzy rozwiązaniami stanowiącymi punkt odniesienia dla twórców KPON

[85] B. Lewaszkiewicz-Petrykowska [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*, red. M. Pyziak-Szafnicka, P. Księżak, LEX 2014, komentarz do art. 82, nb 2 i n.; Z. Radwański, M. Gutowski [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 2, *Prawo cywilne – część ogólna*, red. Z. Radwański, A. Olejniczak, Warszawa 2019, s. 488. Odmienne stanowisko było czasem prezentowane w dawniejszej literaturze, zob. przykładowo J. Gwiazdomorski, *Zawarcie małżeństwa*, „Państwo i Prawo" 1949/4, s. 47.

[86] W literaturze polskiej zwrócił na to uwagę M. Szwed, *Likwidacja konstrukcji ubezwłasnowolnienia w Gruzji po wyroku Sądu Konstytucyjnego z 8 października 2014 r.*, „Przegląd Legislacyjny" 2017/1, s. 66.

[87] Pomijam zagadnienie czy konstruowanie kategorii takiej zdolności jest zasadne (zob. P. Machnikowski, *O zdolności deliktowej*, „Prawo" 2008/304, s. 111 i n.).

a kontynentalnymi systemami prawnymi, w szczególności nawiązującymi do tradycji germańskiej. Rozbieżności te występują na poziomie konstrukcyjnym i fundamentalno-dogmatycznym, a nie tylko technicznym i mają poważny wpływ na problematykę przeniesienia rozwiązań konwencyjnych na grunt krajowy.

2. *Legal capacity* a czynność prawna

Nie jest odkrywcze stwierdzenie, że czynność prawna stanowi jedno z podstawowych pojęć prawa cywilnego w systemach prawnych wywodzących się z niemieckiej tradycji prawnej czy też, tak jak system polski, do niej nawiązujących. Pojęcie czynności prawnej nie zostało zdefiniowane w Kodeksie cywilnym[88]. W polskiej doktrynie można spotkać różne jej ujęcia[89]. Pomimo że konkurencyjne koncepcje istotnie się różnią[90], nie budzi wątpliwości, iż podstawowym elementem konstytuującym każdą czynność prawną jest oświadczenie woli[91].

Zgodnie z „klasycznym" poglądem rozróżnia się „wolę wewnętrzną" (akt woli), jako element przeżyć psychicznych oraz „wolę zewnętrzną" (przejaw woli)[92]. Decydujące znaczenie ma mieć wola wewnętrzna, czyli zamierzenie wywołania określonego skutku w postaci powstania, ustania lub zmiany stosunku cywilnoprawnego. W nowszej literaturze, z uwagi na bezpieczeństwo obrotu (zaufania adresata), podkreślano prymat przejawu woli jako elementu bardziej uchwytnego i dostrzegalnego dla otoczenia (teoria oświadczenia). Wciąż jednak utożsamiano oświadczenie woli z dwoma elementami: aktem woli i przejawem woli, tyle że zasadnicze znaczenie w przypadku ich rozbieżności nadawano przejawowi woli. Teorie woli i oświadczenia są sobie bliskie i opierają się na właściwie takiej samej koncepcji istoty oświadczenia woli[93]. Również obecnie zdaje się w literaturze dominować tradycyjne ujęcie, wskazujące, że oświadczeniem woli jest zachowanie ujawniające wolę wywołania skutku prawnego, a więc nawiązujące do elementów „woli wewnętrznej" i „zewnętrznej"[94]. Argumentów na rzecz takiej interpretacji oświadczenia woli dostarcza treść art. 60 k.c., który jednoznacznie stanowi o „woli osoby dokonującej czynności prawnej".

W toku rozwoju prawa, w szczególności w związku z tworzeniem się masowego obrotu cywilnoprawnego, zostały przedstawione koncepcje obiektywizujące[95].

---

[88] Próbę ustawowego zdefiniowania czynności prawnej podjęto w art. 40 Przepisów ogólnych prawa cywilnego (ustawa z 18.07.1950 r., Dz.U. z 1950 r. Nr 34, poz. 311). Uznano ją jednak za nieudaną i tworzącą niepotrzebne komplikacje. Definicja nie została już przeniesiona do Kodeksu cywilnego.

[89] Syntetyczny przegląd koncepcji zob. W. Rozwadowski, *Spory wokół definicji czynności prawnej w polskim prawie cywilnym*, „Państwo i Prawo" 2014/9, s. 53.

[90] Wątpliwości dotyczą przykładowo tego, czy w skład czynności prawnej mogą wchodzić, poza oświadczeniem woli, jeszcze inne elementy, a jeżeli tak, to jakiego rodzaju.

[91] Część autorów utożsamia czynność prawną z oświadczeniem (oświadczeniami) woli (przykładowo R. Longchamps de Berier, *Zobowiązania*, Lwów 1938, s. 14; W. Rozwadowski, *Spory*..., s. 65).

[92] Zamiast wielu S. Grzybowski [w:] *System prawa cywilnego*, t. 1, *Część ogólna*, red. S. Grzybowski, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1985, s. 479.

[93] W. Kocot, *Wpływ Internetu na prawo umów*, Warszawa 2004, s. 55.

[94] M. Safjan [w:] *Kodeks cywilny*, t. I, *Komentarz. Art. 1–449[10]*, red. K. Pietrzykowski, Legalis 2018, komentarz do art. 60, nb 2; P. Sobolewski [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, Legalis 2019, komentarz do art. 60, nb 1 i n.; P. Machnikowski [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz,* red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2017, s. 139; S. Rudnicki aktualizacja R. Trzaskowski [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*, red. J. Gudowski, Warszawa 2014, s. 550.

[95] A. Jędrzejewska, *Koncepcja oświadczenia woli w prawie cywilnym*, Warszawa 1992, s. 21 i n.

W polskiej literaturze pionierskie w tym zakresie były analizy J. Gwiazdomorskiego, który przyjął, że „oświadczeniem woli jest każde zachowanie się osoby (nie: «podjęte w zamiarze wywołania określonego skutku prawnego», ale), z którego wynika – przy uwzględnieniu towarzyszących okoliczności, zasad współżycia społecznego i ustalonych zwyczajów – zamiar przejawienia woli wywołania określonego skutku prawnego”[96]. Co istotne, chodzi nie o badanie realnych zamierzeń (intencji) działającego, ale uznanie, że to prawo przedmiotowe określa, jakie skutki prawne uznaje za zamierzone przez osobę podejmującą czynność prawną (a więc składającą oświadczenie woli). Koncepcje obiektywne (socjologiczne) były następnie rozwijane przez kolejnych autorów[97]. Zwolennicy referowanego ujęcia (w koniecznym uproszczeniu) podkreślają, że oświadczenie woli jest aktem społecznym oraz elementem komunikacji między ludźmi[98]. Podstawą prawną mocy wiążącej czynności prawnej nie jest autonomicznie wyrażona wola, lecz system prawny (prawo przedmiotowe)[99]. Wola wewnętrzna, a więc myśl, przeżycie psychiczne jest nieweryfikowalne i nie może stanowić podstawy zdarzenia prawnego. Istotne z punktu widzenia prawnego jest to, jaki sens zostaje nadany ludzkiemu zachowaniu przez system prawny. Każdy człowiek składający oświadczenie woli powinien więc brać pod uwagę konsekwencje społeczne, jakie jego zachowanie spowoduje u innych osób i jakie uzasadnione oczekiwania z ich strony wywoła. Zwolennicy wskazanego ujęcia proponują całkowite odejście od definiowania oświadczenia woli kategoriami psychicznymi (wewnętrznymi przeżyciami) na rzecz analizy aktu komunikacji społecznej i przypisania przez system prawny znaczenia temu aktowi.

Przekładając rozwiązania KPON na grunt polskiego prawa cywilnego, należy już na wstępie wskazać, że przyjęcie koncepcji wolicjonalnej (w dowolnej odmianie) jest nie do pogodzenia wykładnią KPON zaproponowaną przez Komitet do spraw praw osób niepełnosprawnych. Jak wskazała B. Lewaszkiewicz-Petrykowska: „Truizmem jest podkreślanie, że oświadczenie woli musi być świadome. Wynika to wprost z samej jego istoty. Bez świadomości nie ma woli ani w sensie psychologicznym, ani prawnym”[100].

W przypadku klasycznie rozumianego oświadczenia woli nie chodzi o jakikolwiek poziom świadomości, lecz o świadomość wywołania takich skutków prawnych, jakie niesie ze sobą złożenie określonego oświadczenia woli[101]. Nawet jeżeli akceptuje się koncepcje kładące nacisk na sam przejaw woli i przypisanie na tej podstawie skutków określonemu zachowaniu, to w każdym przypadku fundamentalnym założeniem jest to, że istnieje „wola wewnętrzna”, określone przeżycie psychiczne, które ewentualnie w niektórych przypadkach może nie być zgodne z realnymi skutkami czynności i w takim przypadku priorytet (z uwagi na ochronę

[96] J. Gwiazdomorski, *Próba korektury pojęcia czynności prawnej*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 1973, t. CCCXLVI, s. 65 i n.

[97] Z. Radwański, *Teoria umów*, Warszawa 1977; A. Jędrzejewska, *Koncepcja…*

[98] Z. Radwański, *Teoria…*, s. 46; A. Jędrzejewska, *Koncepcja…*, s. 183; W. Kocot, *Wpływ…*, s. 63; Z. Radwański, K. Mularski [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 2, *Prawo cywilne – część ogólna*, red. Z. Radwański, A. Olejniczak, Warszawa 2019, s. 34.

[99] W. Kocot, *Wpływ…*, s. 61; Z. Radwański [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 2, *Prawo cywilne – część ogólna*, red. Z. Radwański, Warszawa 2008, s. 6.

[100] B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *Wady oświadczenia woli w polskim prawie cywilnym*, Warszawa 1973, s. 29.

[101] J. Gwiazdomorski, *Próba…*, s. 59.

zaufania i bezpieczeństwo obrotu) będzie mieć treść oświadczenia. Nie jest natomiast możliwa do przyjęcia teza, że oświadczenie woli może być (ważnie) złożone przez osobę niezdolną do rozpoznania i zrozumienia jego konsekwencji prawnych.

„Tradycyjna" orientacja wolicjonalna zdaje się nakazywać, aby konsekwentnie przyjmować, że w przypadku stanu braku świadomości w rzeczywistości nie dochodzi do złożenia oświadczenia woli[102], a rozwiązanie z art. 82 k.c., przewidujące sankcję nieważności, ma raczej charakter techniczny. Znamienne jest w tym kontekście stwierdzenie B. Lewaszkiewicz-Petrykowskiej, że: „[w]prawdzie ustawodawca mówi o nieważności oświadczenia woli, ale jednocześnie zakłada, że powodem jej ma być stan wyłączający możliwość prawidłowego powzięcia decyzji i wyrażenia woli. Oznacza to, że, gdy stan taki istnieje, nie może być złożone oświadczenie woli w rozumieniu prawa. Mamy wtedy do czynienia najwyżej z oświadczeniem w znaczeniu potocznym, a więc przejawem zewnętrznym jakiejś chęci lub dążenia"[103] i dalej „[w]ypełnienie przesłanek art. 82 k.c. nastąpi wówczas, gdy świadomość osoby działającej będzie wyłączona (…). W sytuacji takiej właściwie nie mamy do czynienia z prawnie relewantnym oświadczeniem woli, ponieważ nie sposób mówić poważnie o decyzji bez udziału świadomości"[104].

Koncepcje socjologiczne oświadczenia woli mogłyby się pozornie wydawać bardziej spójne (a przynajmniej nie tak fundamentalnie sprzeczne) z art. 12 KPON w interpretacji Komitetu, skoro świadomość podmiotu nie stanowi koniecznego, definicyjnego elementu oświadczenia woli[105]. Wniosek taki nie jest jednak uprawniony.

Po pierwsze, element świadomości zostaje po prostu konstrukcyjnie przeniesiony z zakresu istnienia samego oświadczenia woli na płaszczyznę wady oświadczenia woli, w postaci braku świadomości lub swobody (art. 82 k.c.). Zamiast przyjęcia nieistnienia oświadczenia woli (i w konsekwencji *negotium non existens*) logiczne jest wprowadzenie sankcji nieważności.

Po drugie przyjęcie, że ocena złożenia oświadczenia woli ma być dokonywana z punktu widzenia społecznego kontekstu zachowania działającego (co jest uzasadnione bezpieczeństwem obrotu), nie może prowadzić do dopuszczenia kreowania oświadczeń woli „bez woli", tzn. przez osoby niezdolne do rozpoznania, zrozumienia i przewidzenia konsekwencji prawnych swojego zachowania. Nadal, również w analizowanym ujęciu, najsilniejszą podstawą przypisania oświadczenia woli jest świadomość wywołania określonych skutków prawnych[106]. Nawet, jeżeli działająca osoba w danych okolicznościach jej nie miała, to przypisanie skutków złożonego oświadczenia jest dokonywane z uwagi na wywołanie u innych osób uzasadnionego przekonania, że zachowanie wyraża decyzję ich wywołania[107]. Nie można uznać, że przykładowo złożenie znaku graficznego na dokumencie skomplikowanej umowy przez osobę głęboko upośledzoną umysłowo (która nie jest w stanie zrozumieć w żadnym zakresie jej sensu) wywoła u naocznych świadków, w tym kontrahenta, uzasadnione społecznie przekonanie, iż wyraża ono decyzję

[102] Zob. J. Gwiazdomorski, *Próba*…, s. 61.
[103] B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *Wady*…, s. 15.
[104] B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *Wady*…, s. 43.
[105] Z. Radwański, K. Mularski [w:] *System*…, t. 2, s. 36.
[106] Z. Radwański [w:] *System*…, t. 2.
[107] Z. Radwański [w:] *System*…, t. 2, s. 22; W. Kocot, *Wpływ*…, s. 63.

spowodowania skutków określonych w jej treści. Ponadto, wskazana koncepcja opiera się na cytowanym już założeniu, że każdy, kto składa oświadczenie woli, powinien brać pod uwagę konsekwencje społeczne, jakie jego zachowanie spowoduje u innych[108]. W przypadku osoby dotkniętej poważnymi zaburzeniami psychicznymi brak jest podstawy do przyjęcia takiego założenia. Taki niepełnosprawny nie ma żadnych możliwości wzięcia pod uwagę konsekwencji społecznych, ponieważ nie może ich rozpoznać i zrozumieć. Oczywiście rację ma J. Gwiazdomorski, podkreślając, że: „[t]rudno chyba na serio twierdzić o osobach, nie mających wykształcenia prawniczego (o inżynierze, lekarzu, rolniku czy o robotniku, chłopie, przekupce), że osoby te, kiedy zawierają jakże często szereg transakcji życia codziennego (…) mają wolę wywołania skutków prawnych”[109]. Należy jednak przyjąć, że skoro osoby te powinny liczyć się z konsekwencjami własnego zachowania, a nie są ich w pełni świadome czy nie rozumieją sensu (mechanizmu) dokonywanej czynności, to powinny zwrócić się do profesjonalisty (prawnika), który elementy te objaśni. Przykładowo, w przypadku czynności notarialnych (a więc np. umowy zawieranej w formie aktu notarialnego), zgodnie z art. 80 § 3 Prawa o notariacie[110] notariusz jest obowiązany udzielać stronom niezbędnych wyjaśnień dotyczących dokonywanej czynności notarialnej, co będzie oczywiście obejmowało informowanie o skutkach dokonywanej czynności[111]. Problemem w przypadku osób dotkniętych niepełnosprawnością psychiczną czy intelektualną (czy szerzej: dotkniętych poważnymi zaburzeniami psychicznymi), jest jednak to, że w wielu przypadkach bez względu na to, ile „wsparcia” zostanie im udzielone, z powodów obiektywnych nie będzie możliwe zbudowanie, nawet w ograniczonym zakresie, świadomości konsekwencji prawnych.

Pomiędzy osobą, która złożyła podpis na dokumencie umowy, nie będąc w pełni świadomą jej skutków, ponieważ nie dołożyła należytej staranności, aby je poznać (korzystając z dostępnych źródeł czy też konsultując się z profesjonalistą) a osobą, która nie ma zupełnie możliwości przyswojenia i uświadomienia sobie tych skutków bez względu na zastosowaną pomoc, istnieje podstawowa różnica. W drugim przypadku nie można przyjąć, że zostało złożone (ważne) oświadczenie woli[112]. Jest to tak oczywiste, że właściwie nie podlegało szczegółowym rozważaniom cywilnoprawnym. Czynność prawna (składające się na nią oświadczenia woli) jest w prawie cywilnym środkiem realizacji fundamentalnej dla tej gałęzi prawa autonomii woli. Dokonanie czynności prawnej stanowi o „samozwiązaniu się” osoby skutkami swojego oświadczenia[113] (*contractus fecit ius inter partes*). Brak zdolności (w znaczeniu intelektualnym) sprawia, że nie można mówić o „samostanowieniu”[114]. Dlatego regulacje chroniące autonomię woli, jak wady oświadczenia

[108] W. Kocot. *Wpływ*…, s. 63.
[109] J. Gwiazdomorski, *Próba*…, s. 59 i n.
[110] Ustawa z 14.02.1991 r. – Prawo o notariacie (Dz.U. z 2017 r. poz. 2291 ze zm.).
[111] A. Oleszko, *Prawo o notariacie. Komentarz. T. I., Część II. Art. 79–91,* Warszawa 2012, komentarz do art. 80, nb 76 i n.
[112] Zagadnienie, czy było ono elementem czynności prawnej nieistniejącej czy też zostanie zakwalifikowane jako nieważne z uwagi na wadę oświadczenia woli czy też brak zdolności, ma w tym kontekście znaczenie drugorzędne.
[113] R. Trzaskowski, *Wady oświadczenia woli w perspektywie kodyfikacyjnej*, „Studia Prawa Prywatnego” 2008/3 (10), s. 67.
[114] R. Trzaskowski, *Wady*…, s. 67.

woli, są standardem zarówno w obcych kodyfikacjach, jak i w modelowych aktach międzynarodowych[115].

Powyższej konstatacji nie może zmienić argument wskazywany w doktrynie prawa międzynarodowego, że właściwie każda osoba z niepełnosprawnością (również intelektualną czy psychiczną) ma wolę, która może zostać „wydobyta" przez udzielenie odpowiedniego wsparcia (i stać się podstawą wykonywania „zdolności do czynności prawnych")[116]. W przypadku dokonywania czynności prawnych chodzi często o „wolę" wywołania skomplikowanych konsekwencji prawnych[117]. Przykłady „wykonywania zdolności prawnej" w rozumieniu art. 12 KPON wskazywane w literaturze międzynarodowej mają zupełnie inny charakter i dotyczą np. samodzielnego zamieszkiwania, decydowania o bieżących sprawach życia codziennego czy wyrażaniu zgody na naruszenie dóbr osobistych[118] (udzielenie świadczeń zdrowotnych czy podjęcie pożycia seksualnego[119]). W przypadku wielu czynności prawnych (poza np. drobnymi bieżącymi sprawami życia codziennego) zakres koniecznej zdolności do abstrakcyjnego uświadomienia sobie konsekwencji prawnych, przyswojenia szeregu informacji jest nieporównywalny do analizowanych na gruncie konwencyjnym przykładów.

Argumentem przyjmowanym w literaturze międzynarodowej na rzecz koncepcji promowanej przez Komitet ma być też płynność „zdolności umysłowej" również u osób niedotkniętych niepełnosprawnością psychiczną czy intelektualną[120]. Należy jednak podkreślić, że nowsze koncepcje oświadczenia woli (jak już sygnalizowano) nie zakładają, że w każdym przypadku działający jest świadomy wszelkich następstw prawnych, jakie wywoła jego zachowanie[121]. Kluczowe jest założenie, że odbiorca (zewnętrzny obserwator) może zasadnie oczekiwać, iż osoba konsekwencje te zna. Jeżeli nie jest w stanie poznać ich samodzielnie, z uwagi np. na brak wiedzy prawniczej, zachowanie wymaganego w obrocie poziomu staranności nakazuje zasięgnięcia porady specjalisty. Mechanizm jest więc podobny do modelu asystencyjnego (udzielenie wsparcia w podejmowaniu decyzji). Zawsze istnieje jednak granica takiego wsparcia. W przypadku głębokich zaburzeń, pomimo jego udzielenia, osiągnięcie wystarczającego poziomu świadomości, aby można złożyć ważne oświadczenie woli po prostu nie jest możliwe. Konstrukcyjne przekroczenie tej granicy i zaakceptowanie możliwości przypisania np. właściwie bezwolnemu ruchowi ręki znaczenia złożenia oświadczenia woli podpisania umowy, stanowi budowanie fikcji.

---

[115] R. Trzaskowski, *Wady*…, s. 67. M. Wilejczyk wskazała nawet, że: „Rozwiązanie zawarte w art. 82 KC stanowi wyraz fundamentalnej i mającej także uzasadnienie etyczne zasady, która leży u podłoża wszystkich współczesnych porządków prawnych, a w myśl której osobom nieświadomym rzeczywistego znaczenia swoich działań nie można przypisywać odpowiedzialności prawnej za ich skutki" (M. Wilejczyk, *Zagadnienia etyczne części ogólnej prawa cywilnego*, Warszawa 2014, s. 305).

[116] Na takim założeniu są oparte kontestowane rozwiązania, zob. *General comment No. 1*, M. Browning, C. Bigby, J. Douglas, *Supported Decision Making: Understanding How its Conceptual Link to Legal Capacity is Influencing the Development of Practice*, "Research and Practice in Intellectual and Developmental Disabilities" 2014, No. 1, Vol. 1, s. 35 i n.

[117] Czy też przypisania wywołania tych skutków.

[118] A. Arstein-Kerslake, E. Flynn, *The right to legal agency: domination, disability and the protections of Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, "International Journal of Law in Context", Vol. 13, Special Issue 1, March 2017, s. 28 i n.

[119] Zob. L. Brosnan, E. Flynn, *Freedom to negotiate: a proposal extricating 'capacity' from 'consent'*, "International Journal of Law in Context" Vol. 13, Special Issue 1, March 2017, s. 64.

[120] *General comment*…, par. 13; L. Series, A. Nilsson [w:] *The UN*…, s. 354.

[121] J. Gwiazdomorski, *Próba*…, s. 59.

Konkludując, należy zauważyć, że rezygnacja ze zdolności umysłowej przy konstruowaniu oświadczenia woli (argument Komitetu o konieczności rozerwania związku pomiędzy *mental capacity* a *legal capacity*) jest niemożliwa. Wynika ona bowiem z samej istoty oświadczenia woli oraz jego funkcji w systemie prawa. Ruch ręką osoby upośledzonej umysłowo w stopniu znacznym (a więc zgodnie z klasyfikacją ICD Światowej Organizacji Zdrowia znajdującej się na poziomie rozwoju umysłowego odpowiedniego dla dziecka od 3 do 6 lat[122]) na dokumencie umowy ustanawiającej hipotekę czy obejmującym przekazanie drugiemu świadczenia osoby trzeciej (art. 921 [1] k.c.), przyjmując skrajnie prawnopozytywistyczny punkt widzenia, można „technicznie" uznać za element ważnej czynności prawnej. Byłoby to jednak skonstruowanie prawnego *curiosum:* czynności prawnej nieopartej na oświadczeniu woli.

Powyższe rozważania prowadzą do bardziej ogólnego wniosku, że aplikacja rozwiązań Konwencji w interpretacji Komitetu, jak również części przedstawicieli doktryny prawa międzynarodowego na grunt systemu prawa polskiego nie jest możliwa bez przełamania wieloletniego dorobku cywilistyki w zakresie koncepcji czynności prawnych oraz bez skonstruowania równoległego zdarzenia prawnego pozbawionego elementu oświadczenia woli.

3. Dalsze cywilnoprawne konsekwencje wykładni art. 12 KPON dokonanej przez Komitet do spraw praw osób niepełnosprawnych

Sankcja nieważności (lub inna podobna) czynności prawnej dokonanej przez osobę niemającą zdolności do czynności prawnych czy też w sytuacji złożenia oświadczenia woli w stanie wyłączającym świadome albo swobodne powzięcie decyzji i wyrażenie woli[123], stanowi pewien wyjątek od zasady bezpieczeństwa obrotu na rzecz ochrony autonomii woli[124]. Rozwiązanie takie realnie chroni osoby z niepełnosprawnościami przed niezamierzonymi przez nie skutkami prawnymi[125], a nie służy ich dyskryminacji. Problem, wbrew częstym rozważaniom w literaturze, nie dotyczy przede wszystkim osób niemogących złożyć żadnego oświadczenia (np. znajdujących się w śpiączce), lecz raczej takich, które mogą technicznie oświadczenie złożyć, jednak z powodu występujących zaburzeń czy deficytów trudno uznać to oświadczenie za realny przejaw woli. Nie jest łatwo wskazać, jakie ma być *ratio* (również z punktu widzenia słuszności) uznania, że przykładowo umowa zamiany samochodu na paczkę cukierków, dokonana przez osobę znajdującą się w fazie ostrego rzutu psychotycznego (np. w przebiegu schizofrenii) jest ważna, nawet jeżeli w chwili „zawierania" umowy taka była „wola" chorego. Należy zwrócić uwagę, że zgodnie z głoszonymi poglądami decydujące znaczenie ma mieć „aktualna wola" i nawet oświadczenie wcześniej (w fazie remisji) o braku intencji zawierania tego typu umów w przyszłości (w ostrej fazie choroby) nie byłoby skuteczne[126].

[122] Kod F72 w 10 obowiązującej wersji klasyfikacji.
[123] Sam mechanizm ma drugorzędne znaczenie.
[124] R. Trzaskowski, *Wady*…, s. 65; J. Cartwright, *'Defects of Consent in Contract Law'* [w:] *Towards a European Civil Code*, red. A.S. Hartkamp, M.W. Hesselink, E.H. Hondius, C. Mak, C.E. du Perron, Warszawa 2011; M. Wilejczyk, *Zagadnienia*…, s. 300.
[125] Nie ma przy tym znaczenia, czy z perspektywy ekonomicznej skutek jest korzystny, czy nie. Podmioty prawa cywilnego mają bowiem autonomię również w zakresie wywoływania skutków niekorzystnych.
[126] Zwrócił na to uwagę G. Szmukler, *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: 'Rights, will and preferences' in relation to mental health disabilities,* "International Journal of Law and Psychiatry" 2017, June, 54, s. 94.

Ważność (niewzruszalność) wskazanej umowy jest niezwykle korzystna dla kontrahenta osoby z niepełnosprawnością, który może próbować świadomie wykorzystać stan drugiej strony. Rozwiązanie jest jednak jednoznacznie niekorzystne dla osób dotkniętych niepełnosprawnościami.

Poważnym problemem związanym z akceptacją kontestowanej koncepcji jest kwestia odpowiedzialności. Przy modelu substytucyjnym, opiekun czy kurator nie tylko „technicznie" składają oświadczenie woli w imieniu reprezentowanego, ale także ponoszą odpowiedzialność odszkodowawczą za szkody wyrządzone nienależytym sprawowaniem opieki. Rozwiązanie jest więc czytelne: czynności dokonuje przedstawiciel ustawowy (w przypadku ważniejszych spraw po uzyskaniu zezwolenia sądu: art. 156 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego[127]) i to on ponosi odpowiedzialność[128]. W modelu „czysto" asystencyjnym (w którym jest wyłączone przedstawicielstwo ustawowe), formalnie czynności dokonuje samodzielnie osoba z niepełnosprawnościami. W rzeczywistości, z uwagi na ograniczenia intelektualne czy percepcyjne, decyzja będzie efektem wpływu osób trzecich działających jako faktyczni albo nawet umocowani prawnie asystenci (doradcy). Możliwość uzyskania silnego wpływu np. na osobę dotkniętą niepełnosprawnością intelektualną jest bardzo duża i właściwie wynika ze specyfiki deficytów rozwoju intelektualnego. W takim przypadku wskazanie osoby realnie odpowiedzialnej za podjęcie np. skrajnie niekorzystanej dla niepełnosprawnego decyzji będzie na płaszczyźnie dowodowej utrudnione, podczas gdy w modelu „substytucyjnym" jest od początku wiadome, kto działa i za co odpowiada. Ponadto asystenci (doradcy) formalnie nie składają oświadczenia woli, więc z łatwością mogą bronić się za pomocą argumentu, że ostateczna decyzja była wynikiem przemyśleń samego niepełnosprawnego (ewentualnie innych osób).

Szeroka wykładnia pojęcia *legal capacity* na gruncie art. 12 KPON w powiązaniu z uznaniem za niedopuszczalne (jako dyskryminujące) jej ograniczania, również w oparciu o kryteria funkcjonalne (świadomość, zdolność przewidywania, oceny i zastosowania uzyskanych informacji) niezwykle poszerza zakres instytucji, na które może mieć wpływ analizowana norma konwencyjna. Za niezgodne z KPON należałoby więc uznać uzależnienie możliwości składania także innych oświadczeń (poza oświadczeniem woli) od kryterium świadomości. Z tego samego punktu widzenia należałoby zakwestionować odpowiednie stosowanie art. 82 k.c. do takich oświadczeń (odesłanie z art. 65 ust. 1 [1] k.c.). Podobnie można kontestować uzależnienie możliwości przebaczenia (art. 899 § 1, art. 930 § 2, art. 1010 § 2 k.c.) od działania z dostatecznym rozeznaniem (które musi obejmować zdolność do oceny zaistniałych okoliczności: wiedzę o faktach, ale także o konsekwencjach i wolę puszczenia ich niepamięć[129]). Wątpliwości można zgłosić też do przeniesienia posiadania, dla którego wymaga się (jeśli nie uznać tego zdarzenia wprost za czynność prawną) również działania z dostatecznym rozeznaniem[130].

---

[127] Ustawa z 25.02.1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. z 2017 r. poz. 682 ze zm.) – dalej k.r.o.

[128] Zob. A. Głowacka, *Odpowiedzialność opiekuna za szkody wyrządzone małoletniemu wskutek nienależytego sprawowania opieki*, „Przegląd Sądowy" 2016/1, s. 105. Analogicznie rysuje się zagadnienie odpowiedzialności opiekuna ubezwłasnowolnionego całkowicie.

[129] M. Safjan [w:] *Kodeks cywilny*, t. II, *Komentarz. Art. 450–1088*, red. K. Pietrzykowski, Legalis 2019, komentarz do art. 899, nb 5; W. Borysiak [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. IVA, *Spadki*, red. K. Osajda, Warszawa 2019, s. 211; K. Mularski, *Czynności podobne do czynności prawnych,* Warszawa 2011, s. 231.

[130] Zob. M. Krajewski, *Charakter prawny przeniesienia posiadania*, „Studia Prawa Prywatnego" 2013/3(25), s. 79.

Te same problemy dotyczą samej konstrukcji posiadania, która, zgodnie z dominującym poglądem, obejmuje elementy: *corpus* oraz *animus*[131]. Można w związku z tym postawić pytanie, czy wymaganie woli wykonywania określonego prawa po stronie posiadacza, co musi zakładać istnienie świadomości i pewnego rozeznania[132] jako dyskryminujące sprzeczne jest z art. 12 KPON. Wzmocnieniem takiego wniosku mogłaby być też treść art. 12 ust. 5 KPON, zgodnie z którym państwa strony podejmą wszelkie odpowiednie i efektywne środki, z uwzględnieniem postanowień tego artykułu w celu zagwarantowania równego prawa osób niepełnosprawnych do posiadania i dziedziczenia własności[133], kontroli własnych spraw finansowych oraz do jednakowego dostępu do pożyczek bankowych, hipotecznych i innych form kredytów oraz zapewnia, że osoby niepełnosprawne nie będą samowolnie pozbawiane własności. Jeżeli przyjąć, co zdaje się wynikać z wykładni art. 12 ust. 2 w powiązaniu z ust. 4 i 5, że nabywanie praw majątkowych (czy szczególnych stanów takich jak posiadanie) musi być możliwe bezpośrednio przez osoby z niepełnosprawnością (a nie działaniem przedstawiciela ustawowego), również romańska koncepcja posiadania przyjęta w polskim prawie mogłaby być kwestionowana jako niedopuszczalna w świetle treści Konwencji.

4. *Legal capacity* a cywilnoprawna odpowiedzialność odszkodowawcza

Wątpliwości co do zgodności z KPON nasuwają się również w zakresie obowiązującego modelu cywilnej odpowiedzialności odszkodowawczej. Pomimo jej przemian w ostatnich latach, nadal przyjmuje się, że podstawową („główną", „normalną") zasadą odpowiedzialności jest wina[134]. Oznacza to, że generalnie odpowiedzialność obciąża podmiot, który spowodował szkodę w sposób zawiniony[135]. Za większościowy należy uznać pogląd przyjmujący, że zasada winy jest dominująca również w reżimie odpowiedzialności kontraktowej[136]. Z samej istoty pojęcia winy wynika, że można ją przypisać człowiekowi działającemu z odpowiednim rozeznaniem[137]. Dlatego zgodnie z art. 425 § 1 k.c. osoba, która z jakichkolwiek powodów znajduje się w stanie wyłączającym świadome albo swobodne powzięcie decyzji i wyrażenie woli nie jest odpowiedzialna za szkodę w tym stanie wyrządzoną. Jest oczywiste, że wskazana regulacja dotyczy też osób z niepełnosprawnością psychiczną oraz intelektualną, które nie mają zdolności do zawinienia. *Prima facie* mogłoby się wydawać, że rozwiązanie takie jest korzystne dla osób z niepełnosprawnościami, a jeżeli uznać je za dyskryminujące, to raczej jako przykład dyskryminacji pozytywnej. Analiza dokumentów międzynarodowych, jak

[131] Zob. K. Zaradkiewicz, *Romańska teoria posiadania a kodeks cywilny*, „Studia Iuridica" 2016, t. LXIV, s. 99.
[132] J. Ignatowicz, *Ochrona posiadania* [w:] *Ochrona posiadania i inne wybrane prace*, Warszawa 2014, s. 83 i n.
[133] Konwencyjny termin *to own and inherit property* jest interpretowany bardzo szeroko, zob. L. Series, A. Nilsson [w:] *The UN…*, s. 374. W wersji francuskiej posłużono się sformułowaniem *posséder des biens ou d'en hériter*.
[134] M. Kaliński, *Szkoda na mieniu i jej naprawienie,* Warszawa 2014, s. 92 i n.
[135] T. Dybowski [w:] *System prawa cywilnego*, t. III, cz. 1, *Prawo zobowiązań – część ogólna,* red. Z. Radwański, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1981, s. 202.
[136] J. Dąbrowa [w:] *System prawa cywilnego*, t. III, cz. 1, *Prawo zobowiązań – część ogólna,* red. Z. Radwański, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1981, s. 767 i n.; T. Pajor, *Odpowiedzialność dłużnika za niewykonanie zobowiązania,* Warszawa 1982, s. 185 i n.; W. Popiołek [w:] *Kodeks cywilny*, t. II, *Komentarz. Art. 450–1088*, red. K. Pietrzykowski, Legalis 2018, komentarz do art. 471, nb 17; odmiennie M. Krajewski, *Niedołożenie należytej staranności – problem bezprawności czy winy*, „Państwo i Prawo" 1997/10, s. 32; Z. Banaszczyk, P. Granecki, *O istocie należytej staranności*, „Palestra" 2002/7–8, s. 12.
[137] Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna,* Warszawa 2016, s. 204.

również doktryny praw człowieka wskazuje jednak, że pogląd taki jest kwestionowany. Zagadnienie było bezpośrednio przedmiotem refleksji na gruncie odpowiedzialności karnej. Zbieżność problematyki zawinienia powoduje jednak, że podnoszona argumentacja jest aktualna także na gruncie odpowiedzialności cywilnej.

W literaturze dotyczącej KPON przyjmuje się, że zdolność prawna w rozumieniu art. 12 stanowi zagadnienie aktualne również na płaszczyźnie odpowiedzialności karnej. Potwierdza to wcześniejszą konstatację, że *legal capacity* na gruncie Konwencji jest rozumiane niezwykle szeroko, wykraczając nawet poza prawo prywatne. Obrońcy praw osób z niepełnosprawnościami wskazują, że konsekwencją przyjęcia paradygmatu o uniwersalnej zdolności prawnej wszystkich osób z niepełnosprawnością powinno być zakazanie *insanity defence* w prawie karnym[138]. Podkreśla się, że rozwiązanie takie stygmatyzuje i dyskryminuje takie osoby[139], które powinny ponosić odpowiedzialność na takich samych zasadach jak inni ludzie. Wyłączenie odpowiedzialności oparte na „niezdolności umysłowej" stanowi bowiem dyskryminację opartą na niepełnosprawności[140]. Co istotne, wskazane stanowisko nie jest jedynie postulatem podnoszonym w dyskusjach naukowych. Biuro Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych do spraw praw człowieka w raporcie z 26.01.2009 r. przyjęło, że z art. 12 KPON ma wynikać, iż uznanie zdolności prawnej osób z niepełnosprawnościami wymaga zakazania rozwiązań opartych na wyłączeniu odpowiedzialności karnej z powodu występowania niepełnosprawności psychicznej lub umysłowej[141]. Skoro wskazane postulaty są podnoszone na gruncie prawa karnego, z uwagi na podobieństwo mechanizmów tym bardziej dotyczą one odpowiedzialności cywilnej (zdolność deliktową można uznać za wycinek zdolności prawnej w rozumieniu art. 12 KPON).

Pomijając kwestię operatywności i słuszności przyjęcia proponowanego rozwiązania, należy zwrócić uwagę na jego konsekwencje konstrukcyjne. W polskiej cywilistyce uzależnienie możliwości przypisania winy od świadomości i woli osoby wydaje się oczywiste[142]. Jak zauważyła B. Lewaszkiewicz-Petrykowska: „[z] moralnego puntu widzenia zarzut może być postawiony tylko poczytalnemu sprawcy, tzn. temu, kto zdaje sobie sprawę co czyni i kto zachowuje zdolność kierowania swoim postępowaniem. Skoro wina ma być sprawcy przypisana, osoba której postępowanie jest przedmiotem oceny, musi posiadać inteligencję i wolę w stopniu dostatecznym do zrealizowania tego, czego od niej żądamy. Jest to konieczny warunek, bez którego odpowiedzialność na zasadzie winy straciłaby swój charakter i stałaby się po prostu odpowiedzialnością z tytułu nienormalnego zachowania się. Wina pozbawiona komponenty moralnej traci swój sens"[143]. Uniezależnienie możliwości przypisania winy od elementów subiektywnych (umysłowych) powoduje, że należałoby zrezygnować z tego kryterium jako podstawy odpowiedzialności.

---

[138] L. Series, A. Nilsson [w:] *The UN*..., s. 359.

[139] Zob. w szczególności C. Slobogin, *An End to Insanity: Recasting the Role of Mental Disability in Criminal Cases*, "Virginia Law Review" 2000, No. 6, Vol. 86, s. 1199; T. Minkowitz, *Rethinking criminal responsibility from a critical disability perspective: The abolition of insanity incapacity acquittals and unfitness to plead, and beyond*, "Griffith Law Review" 2014, Vol. 23, No. 3, s. 436 i n.

[140] T. Minkowitz, *Rethinking*..., s. 462.

[141] *Annual Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights and Reports of the Office of the High Commissioner and the Secretary General*,, A/HRC/10/48, 26.01.2009 r., cz. 47.

[142] B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *Poczytalność jako przesłanka winy* [w:] *Z zagadnień prawa cywilnego,* Białystok 1991, s. 97.

[143] B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *Poczytalność*... [w:] *Z zagadnień*..., s. 99.

Bez względu na to, jaką koncepcję winy by przyjąć (w cywilistyce wskazuje się na teorię[144] psychologiczną akcentowaną raczej we wcześniejszej literaturze[145] oraz teorię określaną jako normatywna[146]), wystąpienie zdolności do zawinienia (a więc konieczności osiągnięcia odpowiedniego poziomu intelektualnego oraz stanu poczytalności[147]) jest konieczne, aby winę można było przypisać. Jest to oczywiste zarówno w zakresie winy umyślnej (umyślności) zakładającej zamiar naruszenia normy postępowania[148] (dokonania czynu niedozwolonego czy wyrządzenia szkody[149]), jak i winy nieumyślnej (nieumyślności), której elementem jest brak zamiaru oraz naruszenie wzorca ostrożności. Trudno w ogóle konfrontować zachowanie osoby, która nawet w opinii obrońców ujęcia konwencyjnego wymaga wieloaspektowego wsparcia w wyrażeniu woli (lub czegoś, co chcieliby za tę wolę postrzegać) z abstrakcyjnym modelem starannego (ostrożnego) zachowania.

Podobne problemy będą dotyczyły również innych przypadków, gdy przesłanką zastosowania instytucji cywilnoprawnej jest pewien wzorzec zachowania. Jeżeli przyjąć, że każda osoba z niepełnosprawnościami ma bezwzględnie (w rozumieniu Konwencji) zdolność do czynności prawnych (co implikuje likwidację instytucji ubezwłasnowolnienia i wady oświadczenia woli w postaci braku świadomości albo swobody), a więc może samodzielnie składać oświadczenia woli, to otwiera się zagadnienie stosowania pozostałych wad. Przykładowo groźba, aby mogła się stać podstawą uchylenia od skutków prawnych oświadczenia woli (art. 87 k.c.), musi być poważna[150]. Z okoliczności musi więc wynikać, że składający oświadczenie mógł się obawiać, że jemu samemu lub innej osobie grozi poważne niebezpieczeństwo (osobiste lub majątkowe). Już pojęcie „poważnej groźby" (oceniane generalnie obiektywnie) nie przystaje do osoby z niepełnosprawnością psychiczną czy intelektualną, która postrzega rzeczywistość w sposób indywidualny i dla której pozornie nieistotne informacje mogą by odebrane jako zagrożenie.

Kontynuując powyższe rozważania, można dojść do wniosku, że także ograniczenie odpowiedzialności za czyn własny (np. art. 415 k.c.) uzależniające badanie przesłanek odpowiedzialności od przypisania pewnemu zachowaniu statusu czynu, ma też charakter dyskryminujący osoby z niepełnosprawnościami, a więc jest niezgodny z KPON. Pojęcie czynu zakłada bowiem pewien zakres świadomości i możliwości kierowania postępowaniem przez człowieka. Czynem nie jest np. zachowanie wywołane

[144] Z uwagi na brak pełnego logicznego uporządkowania wskazuje się, że z punktu widzenia metodologicznego poszczególne koncepcje winy nie mają charakteru teorii w sensie ścisłym (P. Machnikowski [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 6, *Prawo zobowiązań – część ogólna,* red. A. Olejniczak, Warszawa 2018, s. 441; Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej,* Warszawa 2019, s. 325).

[145] J. Krzywicki, *Wina i ryzyko jako podstawy odpowiedzialności cywilnej*, Warszawa 1931, s. 9; A. Ohanowicz, J. Górski, *Zarys prawa zobowiązań*, Warszawa 1970.

[146] B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *Wina jako podstawa odpowiedzialności z tytułu czynów niedozwolonych,* „Studia Prawno-Ekonomiczne" 1969/2, s. 87; A. Szpunar, *Czyny niedozwolone w kodeksie cywilnym,* „Studia Cywilistyczne" 1970, t. XV, s. 52; W. Czachórski [w:] *System prawa cywilnego*, t. III, *Prawo zobowiązań. Część ogólna*, cz. I, red. Z. Radwański, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1981, s. 540; P. Machnikowski [w:] *System*…, t. 6, s. 441.

[147] J. Lachowski [w:] *System Prawa Karnego*, t. 3, *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, red. R. Dębski, Warszawa 2017, s. 693.

[148] P. Machnikowski [w:] *System*..., t. 6, s. 451.

[149] Zagadnienie przedmiotu zawinienia budzi wątpliwości (M. Kaliński, *Szkoda*…, s. 97 i n. oraz cytowana tam literatura).

[150] M. Gutowski, Z. Radwański [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 2, *Prawo cywilne – część ogólna*, red. Z. Radwański, A. Olejniczak, Warszawa 2019, s. 536 i n.

odruchem bezwarunkowym czy przymusem fizycznym[151]. Brak odpowiedzialności odszkodowawczej na podstawie art. 415 k.c. z tytułu wybicia zęba pielęgniarzowi przez pacjenta, będącego w stanie ataku padaczki nie wynika z jego braku winy, ale w ogóle braku możliwości przypisania dokonania czynu, za który mógłby ponosić odpowiedzialność. Badanie możliwości uznania pewnego stanu faktycznego za czyn przypisywany sprawcy zakłada dokonanie, w minimalnym zakresie, kwestionowanego w Komentarzu testu funkcjonalnego i oceny *mental capacity*.

Jedynie sygnalizując zagadnienie, należy zauważyć, że kolejnym rozwiązaniem cywilnoprawnym, które po przyjęciu przedstawionych założeń można skutecznie kontestować jako dyskryminujące osoby z niepełnosprawnościami, jest koncepcja dobrej wiary. Dobra wiara (w znaczeniu subiektywnym) to, w uproszczeniu, stan psychiczny polegający na błędnym, choć usprawiedliwionym, przeświadczeniu o istnieniu prawa lub stosunku prawnego[152]. Istotą pojęcia dobrej wiary jest więc pewien stan świadomości lub też brak świadomości wynikający z niepodjęcia oczekiwanego zachowania mogącego prowadzić do uzyskania informacji. Możliwość przypisania złej wiary (zgodnie z art. 7 k.c. domniemywa się istnienie dobrej wiary) opiera się właśnie na kryterium odwołującym się do dyskryminującego testu *mental capacity*. Przyjęcie proponowanej przez Komitet do spraw praw osób niepełnosprawnych koncepcji powoduje tż, że należałoby rozważyć rezygnację konstrukcji uzależniających pewien skutek (np. możliwość nabycia prawa) od poziomu świadomości. Sytuacja ta mogłaby dotyczyć przykładowo terminów *a tempore scientiae* (np. art. 442 [1], art. 449 [8] k.c., art. 61 [13], art. 63 k.r.o.), tzn. rozpoczynających bieg wraz z uzyskaniem określonej wiedzy o pewnym zdarzeniu, co musi raczej zakładać pozostawanie w stanie umożliwiającym rozpoznanie znaczenia takiego faktu[153]. W takim ujęciu wskazany termin w stosunku do osoby z głęboką niepełnosprawnością psychiczną czy intelektualną, jak się wydaje, nie mógłby nigdy rozpocząć biegu[154]. Z kolei w zakresie przedawnienia rezygnacja z koncepcji *mental capacity*, jako podstawy różnicowania sytuacji prawnej, stanowiłaby istotny argument na rzecz rezygnacji z mechanizmu przewidzianego w art. 122 k.c. przewidującego wstrzymanie zakończenia biegu przedawnienia względem osoby, która nie ma pełnej zdolności do czynności prawnych (§ 1) czy też istnieje podstawa do jej całkowitego ubezwłasnowolnienia (§ 3). Rozwiązanie takie prowadziłoby więc do możliwości przedawnienia się roszczenia przysługującego osobie, która z powodu niepełnosprawności nie ma faktycznej możliwości jego dochodzenia.

5. Wnioski

Powyższe rozważania prowadzą do konkluzji, że postulaty sformułowane przez Komitet do spraw praw osób niepełnosprawnych w samych założeniach są nie

[151] P. Machnikowski [w:] *System*…, t. 6, s. 404.

[152] Przykładowo K. Przybyłowski, *Dobra wiara w polskim prawie cywilnym (ogólne uwagi o pojęciu)*, „Studia Cywilistyczne" 1970, t. XV, s. 7 i n.; A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo*…, s. 495; A. Zieliński [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 2, *Prawo cywilne – część ogólna*, red. Z. Radwański, A. Olejniczak, Warszawa 2019, s. 891.

[153] Zob. J. Ignatowicz [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. B. Dobrzański, J. Ignatowicz, Warszawa 1975, s. 497.

[154] W postulowanym przez Komitet modelu brak byłoby bowiem możliwości ustanowienia przedstawiciela, którego świadomość prawnie relewantnych faktów, zgodnie z teorią reprezentacji, miałaby skutek dla reprezentowanego, M. Pazdan [w:] *System*…, t. 2, s. 594.

do pogodzenia z fundamentalnymi rozwiązaniami i instytucjami prawa cywilnego, stanowiącymi efekt wielowiekowego rozwoju tej dyscypliny. W jego toku istotna rolę odgrywały elementy subiektywne (wolicjonalne)[155]. Należy zauważyć, że w uwagach do polskiego Sprawozdania dotyczącego środków podjętych w celu realizacji zobowiązań wynikających z Konwencji, Komitet wezwał Polskę do uchylenia wszystkich dyskryminujących rozwiązań zawartych w Kodeksie cywilnym i innych aktach prawnych, umożliwiających pozbawienie zdolności prawnej (*legal capacity*) osób z niepełnosprawnościami. Sformułowano również rekomendację rozwijania mechanizmów asystencyjnych, które respektują autonomię, wolę i preferencje tych osób[156]. Stwierdzona niezgodność, jak również stanowisko Komitetu ma bardzo szeroki zasięg i nie może być interpretowane jedynie jako postulat dotyczący likwidacji instytucji ubezwłasnowolnienia.

Realizacja postulatu pełnej zdolności prawnej wszystkich osób z niepełnosprawnościami oraz zerwanie jej powiązania z *mental capacity*, oznaczałaby konieczność znalezienia nowej formuły (czy też zastąpienia): czynności prawnych (z jej niezbędnym elementem – oświadczeniem woli), wad oświadczenia woli, koncepcji dobrej wiary, posiadania, czy winy jako podstawy odpowiedzialności cywilnej. Zabieg taki byłby właściwie „rewolucją" niezwykle trudną do przeprowadzenia. Nie wiadomo bowiem, czym te instytucje miałyby zostać zastąpione. Przykładowo, zarzucenie elementu woli (oświadczenia woli) dla bytu czynności prawnej i przyjęcie, że każda osoba może dokonywać czynności prawnych, oznaczałoby, że nie byłaby to już czynność prawna znana w cywilistyce, ale zdarzenie prawne oparte na całkowicie arbitralnym przypisaniu skutków prawnych zachowaniu oderwanemu od rzeczywistości społecznej[157]. Pomijając kwestie konstrukcyjne, które w cywilistyce mają niezwykle istotne znaczenie, powstaje pytanie o sens i korzyści płynące ze zburzenia obecnych podstaw prawa cywilnego.

VI. KONSEKWENCJE IMPLEMENTACJI ROZWIĄZAŃ PROPONOWANYCH PRZEZ KOMITET DO SPRAW PRAW OSÓB NIEPEŁNOSPRAWNYCH

Jak już wskazano wcześniej, konstrukcja oświadczenia woli i wad oświadczenia woli chroni autonomię jednostki kosztem bezpieczeństwa obrotu. Rozwiązanie przewidujące

[155] Zob. E. Łętowska [red.] *Tendencje rozwoju prawa cywilnego: zbiór studiów*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1983. Stopień uwzględnienia tych elementów w ramach różnych konstrukcji ulegał oczywiście zmianie. O ile w przypadku odpowiedzialności odszkodowawczej zasada winy od okresu rewolucji przemysłowej traciła na znaczeniu (zob. W. Warkałło, *Przemiany odpowiedzialności cywilnej* [w:] *Tendencje rozwoju prawa cywilnego: zbiór studiów*, red. E. Łętowska, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1983, s. 329), o tyle np. w zakresie biegu terminów przedawnienia można zauważyć tendencję do szerszego uwzględniania świadomości (wyrok Trybunału Konstytucyjnego [dalej TK] z 1.09.2006 r., SK 14/05, OTK-A 2006/8, poz. 97 i wprowadzenie art. 442 ust. 1 [1] k.c. ustawą z 16.02.2007 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny [Dz.U. z 2007 r. Nr 80, poz. 538]; wyrok TK z 16.05.2018 r., SK 18/17, OTK-A 2018, poz. 25).

[156] *Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Concluding observations on the initial report of Poland*, CRPD/C/POL/CO/1, 29.10.2018 r., par. 20.

[157] Oczywiście „oświadczenie" osoby dotkniętej głęboką niepełnosprawnością psychiczną czy intelektualną może pozostać aktem komunikacji, a więc realnym zdarzeniem społecznym. Przy dokonywaniu czynności prawnej nie chodzi jednak o jakikolwiek akt komunikacji czy fakt społeczny, ale o taki, z którym określone reguły znaczeniowe wiążą znaczenie ustanowienia normy, mającej doniosłość w obszarze prawa cywilnego (Z. Radwański, K. Mularski [w:] *System*…, t. 2, s. 35). Określenie tych reguł nie może całkowicie abstrahować od doświadczenia życiowego i realnych ograniczeń.

nieważność czynności prawnej dokonanej przez osobę, która nie ma zdolności do czynności prawnych czy też składała oświadczenie w stanie wyłączającym świadome albo swobodne powzięcie decyzji i wyrażenie woli chroni wartość – autonomię woli, bez której nie można budować konstrukcji prawa prywatnego[158]. Jeżeli modelowo skutki prawne mają odpowiadać intencjom podmiotów, to trudno uznać, że sankcja nieważności jest „wymierzona" przeciwko osobom z niepełnosprawnościami. W szczególności dotknie ona czynności dokonanych z kontrahentami chcącymi wykorzystać dysfunkcje osoby niepełnosprawnej czy też, przy udziale asystentów suflujących rozwiązania nierealizujące rzeczywistych jej intencji, w szczególności prowadzących do niekorzystnych dla nich konsekwencji. Podobnie należy ocenić rozwiązania przewidujące brak odpowiedzialności odszkodowawczej osób, które nie są w stanie sprostać standardom ostrożności czy staranności. Stanowi to raczej naruszenie pewności obrotu, poprzez ograniczenie możliwości indemnizacji pewnych szkód.

Wątpliwości budzi to, na ile koncepcje przyjęte w Komentarzu są zgodne z oczekiwaniami samych osób z niepełnosprawnościami. Przykładowo, osoba, która dokonała rażąco niekorzystnego rozporządzenia majątkiem albo swoim zachowaniem spowodowała szkodę w czasie zaostrzenia choroby, gdy nie mogła świadomie kierować postępowaniem, po przywróceniu stanu remisji, raczej będzie oczekiwać możliwości usunięcia skutków dokonanych rozporządzeń czy też nieponoszenia odpowiedzialności odszkodowawczej[159]. Proponowane rozwiązania mogą stanowić pułapkę dla osób z niepełnosprawnościami, jak również rodzić obawę o ich wykorzystanie. Przykładowo, zgodnie z art. 12 ust. 5 Konwencji, państwa strony podejmą wszelkie odpowiednie i efektywne środki, z uwzględnieniem postanowień tego artykułu, w celu zagwarantowania m.in. dostępu do pożyczek bankowych, hipotecznych i innych form kredytów. Jeżeli objąć zdolnością prawną absolutnie wszystkie osoby z niepełnosprawnością intelektualną i psychiczną (bez możliwości jakiegokolwiek ograniczenia) i przyjąć postulat zgłoszony w doktrynie, aby stworzyć szczególny podmiot (fundusz) publiczny, który miałby w ostateczności przejmować spłatę pożyczek czy kredytów zaciągniętych przez takie osoby[160], to buduje się mechanizm stanowiący właściwie zaproszenie do nadużyć i wyłudzania tych pożyczek przez podmioty mające wpływ na osoby z niepełnosprawnościami.

VII. UJĘCIE ALTERNATYWNE: PROPOZYCJA ODMIENNEJ WYKŁADNI ART. 12 KPON I JEJ UZASADNIENIE

1. Zakres uwzględnienia woli i preferencji osoby z niepełnosprawnościami

Analiza treści art. 12 KPON prowadzi do wniosku, że jego wykładnia przyjęta w Ogólnym komentarzu budzi poważne wątpliwości. W art. 12 ust. 2 KPON

[158] M. Safjan [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 1, *Prawo cywilne – część ogólna*, red. M. Safjan, Warszawa 2012, s. 329.

[159] Wprost obawę taką wyraziło Swedish National Association for Persons with Intellectual Disabilities (Riksförbundet för Social och Mental Hälsa) w uwagach do projektu Komentarza: *Reflections upon the Draft prepared by the Committee on the Rights of Persons with Disabilities in the form of General Comment on the Convention of Rights of Persons with Disabilities Article 12: Equal recognition before the law* z 19.02.2014 r.

[160] C.P. Guzelian, M.A. Stein, H.S. Akiskal, *Credit Scores, Lending, and Psychosocial Disability*, "Boston University Law Review" 2015, Vol. 95, s. 1866.

wprowadzono jako zasadę, że osoby niepełnosprawne mają zdolność prawną, na zasadzie równości z innymi osobami, we wszystkich aspektach życia. Jak wielokrotnie wskazano, nie budzi wątpliwości, że chodzi zarówno o zdolność bierną, jak i o zdolność czynną. Pojęcie *legal capacity* musi być wykładane autonomicznie, biorąc pod uwagę kontekst, przedmiot i cel traktatu (art. 31 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów[161]). Podkreślenie, że chodzi o „zdolność prawną we wszystkich aspektach życia" zdaje się potwierdzać, iż pojęcie to powinno być wykładane szeroko, jako zdolność do działań prawnych czy nawet zdolność do działań w sferze prawnej.

W ust. 3 analizowanego przepisu wskazano klarowną i niebudzącą wątpliwości zasadę (wynikającą logicznie z ust. 2), zgodnie z którą państwa strony podejmą odpowiednie środki w celu zapewnienia osobom niepełnosprawnym dostęp do wsparcia, którego mogą potrzebować przy korzystaniu ze zdolności prawnej.

Podstawowy problem interpretacyjny dotyczy ustępu 4 art. 12 KPON. Należy zauważyć, że zgodnie z art. 31 ust. 1 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów traktat należy interpretować w dobrej wierze, zgodnie ze zwykłym znaczeniem, jakie należy przypisywać użytym w nim wyrazom w ich kontekście, oraz w świetle jego przedmiotu i celu. W doktrynie prawa publicznego międzynarodowego podkreśla się prymat wykładni tekstualnej[162]. Analiza treści cytowanego ust. 4 nie jest łatwa, ponieważ, jak już wcześniej wskazano, pewna jego enigmatyczność i posłużenie się sformułowaniami eufemistycznymi wydaje się celowym zabiegiem, wynikającym z ujawnionych kontrowersji i sprzeczności stanowisk w toku tworzenia projektu Konwencji.

Powołany przepis musi być interpretowany jako wyjątek od zasady określonej w ust. 2. Jeżeli zdolność prawna wszystkich osób z niepełnosprawnościami miałaby być nieograniczona (i nieograniczalna), to przepis ust. 4 byłby właściwie zbędny. Czym bowiem innym są „środki związane z korzystaniem ze zdolności prawnej" niż ograniczeniami tej zdolności czy też ograniczeniami możliwości wykonywania zdolności (co właściwie w sensie realnym jest tym samym). Podstawowe pytanie dotyczy kwestii, czy środki te mogą być stosowane wbrew (lub przynajmniej bez wyrażenia) woli osoby z niepełnosprawnościami. Ponownie należy wskazać, że jeżeli rozwiązania służące wykonywaniu zdolności prawnej mogłyby być stosowane wyłącznie z woli osoby z niepełnosprawnościami, to nie byłoby sensu regulowania tej materii w ust. 4. Skoro jurydycznie każda osoba z niepełnosprawnościami ma zdolność prawną, to w ramach jej wykonywania może ustanowić pełnomocnika (czy skorzystać z posłańca), którego może też w dowolnym momencie i dowolnej formie odwołać[163]. Ustanowienie pełnomocnika nie stanowi ingerencji ani ograniczeń praw danej osoby, ale raczej stanowi emanację jej autonomii. Nie ma potrzeby

[161] Konwencja wiedeńska o prawie traktatów sporządzona w Wiedniu 23.05.1969 r. (Dz.U. z 1990 r. Nr 74, poz. 439) – dalej Konwencja wiedeńska.

[162] O. Dörr [w:] *Vienna Convention on the Law of Treaties A Commentary*, red. O. Dörr, K. Schmalenbach, Heidelberg 2012, s. 541; A. Wyrozumska, *Umowy międzynarodowe. Teoria i praktyka*, Warszawa 2006, s. 335.

[163] Pomijam sytuacje pełnomocnictwa nieodwołalnego. Oczywiście w innych systemach prawnych funkcjonują instytucje spełniające podobną rolę, przykładowo *agency* w prawie angielskim, zob. np. A. Burrows, *English Private Law*, Oksford 2013, s. 613 i n.

wprowadzania szczególnych gwarancji i zabezpieczeń, poza zapewnieniem odwołalności pełnomocnictwa.

W treści analizowanego przepisu wskazano, że środki związane z korzystaniem ze zdolności prawnej będą respektowały prawa, wolę i preferencje osoby (w tekście angielskim: *measures relating to the exercise of legal capacity respect the rights, will and preferences of the person*). Literalnie z cytowanego fragmentu nie wynika, że samo zastosowanie tych środków ma wynikać z woli osoby z niepełnosprawnościami, ale że zastosowane środki mają respektować jej wolę i preferencje. Ponadto, uwzględnienie tych elementów nie może być siłą rzeczy bezwzględne, aby nie wywołać sprzeczności z pozostałymi wymaganiami dotyczącymi przedmiotowych środków. Jeżeli niepełnosprawny umysłowo chce ustanowienia swojego brata asystentem i jednoznacznie wyraża taką wolę, to organ (sąd) stwierdzając, że kandydat na opiekuna jest alkoholikiem i manipulantem dążącym jedynie do wyprowadzenia majątku podopiecznego, i tak musiałby go bezwzględnie na asystenta powołać. Jednocześnie jednak naruszyłby nakaz zastosowania takich środków, które będą wolne od konfliktu interesów i bezprawnych nacisków. Wola osoby z niepełnosprawnościami ma znaczenie przesądzające przy udzieleniu pełnomocnictwa, jednak przy stosowaniu środków „przez bezstronne władze lub organ sądowy" nie może być kryterium bezwzględnym.

Samo pojęcie „woli" nie zostało w żaden sposób zdefiniowane. Należy jednak zauważyć, że wola jest nierozerwalnie powiązana ze zdolnością do rozumienia i przewidywania konsekwencji zachowania[164], a więc zdolnością umysłową. Po pierwsze, należy, jak się wydaje, przyjąć, że nie każda osoba ma wolę w takim znaczeniu. Nawet w Komentarzu przygotowanym przez Komitet stwierdzono, że mogą wystąpić przypadki, gdy ustalenie „woli i preferencji" nie będzie możliwe[165]. Należy przyjąć, że jeżeli istnienie woli zakłada występowanie pewnego poziomu świadomości i zdolności intelektualnych do przewidywania konsekwencji podjętych działań, to sytuacja „braku woli" nie będzie dotyczyła wyłącznie osób nieprzytomnych, ale również takich, których postrzeganie rzeczywistości jest w głębokim stopniu upośledzone. Powyższa obserwacja potwierdza, że z istoty rzeczy wola i preferencje nie zawsze mogą determinować zastosowanie środków, o których stanowi ust. 4. Po drugie, należy również zwrócić uwagę na posługiwanie się przez twórców Konwencji równolegle i niezależnie dwoma pojęciami: *will* oraz *preferences*. Zgodnie z zasadami wykładni prawa międzynarodowego użycie dwóch terminów oznacza zasadniczo konieczność nadania im różnych znaczeń[166]. Być może więc należy zakładać, że osoby z niepełnosprawnościami mogą nie być zdolne do posiadania woli, jednak nadal będą mogły wyrażać preferencje, które powinny być uwzględniane przy podejmowaniu decyzji[167]. Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że nie jest uprawnione przyjęcie stanowiska, zgodnie z którym o stosowaniu środków związanych z wykonywaniem zdolności prawnej musi bezwzględnie przesądzać wola osoby, której mają dotyczyć.

---

[164] Zob. G. Szmukler, *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: 'Rights, will and preferences' in relation to mental health disabilities*, "Int J Law Psychiatry" 2017/54, s. 93 i n.

[165] *General comment*…, par. 21.

[166] U. Lindefalk, *On The Interpretation of Treaties The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Dordrecht 2007, s. 111 i n.

[167] W kierunku rozdzielania pojęć: G. Szmukler, *The UN*…, s. 94 i n.

2. Dopuszczalność wyjątkowego stosowania rozwiązań substytucyjnych

Drugim kontrowersyjnym zagadnieniem jest dopuszczalność stosowania rozwiązań substytucyjnych, pozwalających na podejmowanie decyzji w imieniu osoby z niepełnosprawnościami przez ustanowionego opiekuna lub kuratora (wątpliwości oczywiście nie będą dotyczyły sytuacji pełnomocnika ustanowionego z woli tej osoby). Jak stwierdzono powyżej, Komitet przyjął, że rozwiązania substytucyjne, nawet stosowane w wąskim zakresie, są niezgodne z art. 12 KPON. Również ten pogląd nie znajduje oparcia w treści art. 12 ust. 4. Przepis – co prawda – *expressis verbis* nie odnosi się do mechanizmów substytucyjnych, jednak wydaje się, że trudno wskazać, o jakie rozwiązania miałoby chodzić, jeśli nie właśnie o substytucyjne (w szczególności w znaczeniu nadawanym w par. 27 Komentarza). Jeżeli stosowane środki miałyby być oparte na woli i preferencjach osoby, której dotyczą, i nie mieć charakteru substytucyjnego, to w jakim celu wprowadzane byłyby ograniczenia np. działań asystenta, które muszą obejmować zabezpieczenia w celu zapobiegania nadużyciom, być wolne od konfliktu interesów, proporcjonalne i dostosowane do sytuacji danej osoby oraz stosowane przez najkrótszy czas. Ponadto środki niesubstytucyjne *ex definitione* nie mogłyby wpływać na prawa i interesy danej osoby (ust. 4 *in fine*).

Analiza art. 12 ust. 4 KPON prowadzi do wniosku, że rozwiązania substytucyjne, jeśli są zgodne z pozostałymi wymaganiami określonymi w tym przepisie oraz nie mają charakteru dyskryminującego, nie są sprzeczne z Konwencją[168].

3. Niedyskryminujący charakter powiązania zdolności prawnej ze zdolnością umysłową

Stanowisko Komitetu do spraw praw osób niepełnosprawnych zakłada, że jakiekolwiek rozwiązania łączące zdolność prawną ze zdolnością umysłową (również oparte na testach funkcjonalnych) mają charakter dyskryminujący[169]. Takie jest też stanowisko znacznej części doktryny[170]. Zdaniem tych autorów chodzi o dyskryminację pośrednią, ponieważ pozornie niedyskryminujący test zdolności do podejmowania decyzji jest w rzeczywistości wymierzony przeciwko osobom z niepełnosprawnościami[171] (negatywne konsekwencje tego rozwiązania dotyczą głównie osób z pewnymi rodzajami niepełnosprawności).

Należy przy tym zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 2 KPON dyskryminacją ze względu na niepełnosprawność nie jest każde różnicowanie sytuacji osób z niepełnosprawnościami, ale tylko takie „którego celem lub skutkiem jest naruszenie lub zniweczenie uznania, korzystania z lub wykonywania wszelkich praw człowieka i podstawowych, wolności w dziedzinie polityki gospodarki, społecznej, kulturalnej, obywatelskiej lub w jakiejkolwiek innej, na zasadzie równości z innymi osobami".

---

[168] Za dopuszczalnością stosowania modelu substytucyjnego – J. Dawson, *A realistic*…, s. 74; M. Scholten, J. Gather, *Adverse*…, s. 231 i n.

[169] *General comment*…, par. 15 i 25.

[170] Zob. przykładowo E. Flynn, A. Arstein-Kerslake, *Legislating personhood: realising the right to support in exercising legal capacity*, "International Journal of Law in Context" Vol. 10, Issue 1, 2014 (March), Issue 01, March 2014, s. 87; T. Minkowitz, *CRPD*…, s. 82 i n.

[171] Zob. L. Series, A. Nilsson [w:] *The UN*…, s. 356.

Nie budzi wątpliwości, że wyłącznie możliwość dokonywania czynności prawnych z uwagi na pewną etykietę diagnostyczną (np. przepis uznający, że osoba dotknięta schizofrenią nie może sporządzić testamentu) należałoby uznać za dyskryminację (bezpośrednią). Podobna ocena rozwiązań opartych na analizie zdolności do podejmowania decyzji, świadomości, swobodzie, możliwości kierowania swoimi sprawami (np. art. 82 czy 42 k.c.) budzi już istotne wątpliwości.

Kryterium pośredniej dyskryminacji jest niezwykle nieostre oraz uzależnione od elementów ocennych. Definicyjnie przyjmuje się, że chodzi o wywołanie „nieproporcjonalnie negatywnych konsekwencji" dla pewnej grupy osób[172]. Również zgodnie z cytowanym art. 2 KPON skutkiem „różnicowania, wykluczania lub ograniczania" ma być „naruszenie lub zniweczenie uznania, korzystania z lub wykonywania wszelkich praw człowieka".

Poddane analizie rozwiązania zostały wprowadzone właśnie w celu uzależnienia możliwości dokonywania czynności prawnych czy też ponoszenia odpowiedzialności deliktowej od wskazanych elementów. Argumentacja, że dyskryminujące jest to, iż głównie osoby z powodu niepełnosprawności nie spełniają określonych kryteriów jest nieprawidłowa. Istotne jest bowiem to, czy te konsekwencje dotykają wskazanych osób w sposób nieproporcjonalny. Nie budzi (raczej) wątpliwości wymaganie od kierowcy, aby miał zdolność widzenia[173] (jak również rozumienia i przyswajania otrzymanych informacji, przewidywania sytuacji na drodze, rozumienia zasad ruchu drogowego). Zgodnie z przedstawionym powyżej podejściem, należałoby uznać je za dyskryminujące, ponieważ w grupie osób niekwalifikujących się do zdobycia prawa jazdy nadreprezentowani są niewidomi. Można ponadto argumentować, że skoro zgodnie z art. 27 KPON państwa strony uznają prawo osób niepełnosprawnych do pracy, na zasadzie równości z innymi osobami, co obejmuje w szczególności prawo zarabiania na życie poprzez pracę swobodnie wybraną, to uniemożliwienie zdobycia prawa jazdy narusza prawo do pracy w wybranym zawodzie kierowcy.

Pomijając zagadnienie zagrożenia bezpieczeństwa w ruchu drogowym należy zauważyć, że dobry wzrok jest (przy obecnie dostępnych środkach technicznych) immanentną cechą konieczną do prowadzenia samochodu. Posiadanie uprawnień do prowadzenia samochodu przez osobę niewidomą jest całkowitą fikcją, ponieważ taka osoba faktycznie nie może z niego korzystać. Przynajmniej częściowo podobna jest sytuacja z posiadaniem zdolności i dokonywaniem czynności prawnych. Nawet jeżeli formalnie przyznamy tę zdolność bez względu na ograniczenia wynikające z niepełnosprawności, stanie się to zabiegiem pustym, ponieważ nieodłącznym i konstrukcyjnym elementem czynności prawnej jest wola i zdolność intelektualna do podejmowania decyzji. Test świadomości i swobody powzięcia decyzji, i wyrażenia woli wynika ściśle z samej konstrukcji oświadczenia woli (a więc też czynności prawnej). Zabieg umożliwienia składania ważnych oświadczeń woli wszystkim osobom z niepełnosprawnościami po prostu przenosi problem z płaszczyzny przedstawicielstwa ustawowego na płaszczyznę asystencji, z fikcją złożenia oświadczenia woli przez niepełnosprawnego. Przyjmując powyższy punkt widzenia trudno uznać, że każde rozwiązanie wiążące zdolność dokonania czynności prawnej

[172] A. Krzywoń [w:] *Prawa człowieka*, W. Brzozowski, A. Krzywoń, M. Wiącek, Warszawa 2018, s. 272.
[173] Przykład ten wskazał J. Dawson, *A realistic*…, s. 73.

(innego działania w sferze prawnej) działaniem z rozeznaniem, świadomością („zdolnością umysłową") jest dyskryminujące.

4. Dopuszczalność różnicowania sytuacji osób ze względu na rodzaj niepełnosprawności

Analiza stanowiska Komitetu nakazuje również postawić pytanie, dlaczego pewne rozwiązania mają mechanicznie obejmować wszystkie osoby, bez względu na rodzaj niepełnosprawności. Zgodnie z pkt i Preambuły, państwa strony uznają różnorodność osób niepełnosprawnych. Jedną z zasad Konwencji jest poszanowanie odmienności i akceptacja osób niepełnosprawnych, będących częścią ludzkiej różnorodności i całej ludzkości (art. 3 pkt d). Ponadto Konwencja sama wyróżnia pewne grupy mające szczególne potrzeby czy będące w specyficznej sytuacji (art. 6 dotyczy niepełnosprawnych kobiet, a art. 7 – niepełnosprawnych dzieci). Różnicowanie sytuacji osób niepełnosprawnych przewiduje sam art. 12 KPON. Zgodnie z ust. 3 państwa mają zapewnić dostęp do wsparcia, którego osoby niepełnosprawne mogą potrzebować przy korzystaniu ze zdolności prawnej. Jest oczywiste, że różne rodzaje niepełnosprawności wymagają różnego wsparcia. Ponadto, zgodnie z ust. 4, środki związane z korzystaniem ze zdolności prawnej mają być proporcjonalne i dostosowane do sytuacji danej osoby, a zabezpieczenia w zakresie tych środków powinny być proporcjonalne do stopnia, w jakim środki wpływają na prawa i interesy danej osoby. W oczywisty sposób zakłada to różnicowanie środków i zabezpieczeń właśnie ze względu na potrzeby wynikające z niepełnosprawności.

Oczywiste jest założenie, że różne osoby z niepełnosprawnościami mają różne ograniczenia i różne potrzeby, a więc środki zapewniające korzystanie z poszczególnych praw będą się także różnić. O ile w przypadku osoby mającej problemy z komunikacją (niewidomej, niemej czy sparaliżowanej) odpowiednie środki korzystania ze zdolności prawnej będą obejmowały np. zapewnienie asystenta posługującego się językiem migowym, środków technicznych umożliwiających składanie oświadczeń w sądach czy przed notariuszem czy ewentualnie wprowadzenie ułatwień składania skutecznych oświadczeń woli w formach szczególnych[174], o tyle w przypadku osób dotkniętych głęboką niepełnosprawnością intelektualną lub psychiczną może się okazać się, że optymalnym (proporcjonalnym i dostosowanym do sytuacji danej osoby) środkiem będzie ustanowienie w pewnym zakresie przedstawiciela ustawowego.

5. Problem braku podstaw do przyjęcia wykładni zaproponowanej w Komentarzu – jednolite stanowisko państw związanych KPON

Jak już podkreślono, wykładnia przyjęta przez Komitet oraz część przedstawicieli doktryny może zostać określona jako radykalna. Najpoważniejszym zarzutem wydaje się jednak to, że nie wynika ona z treści art. 12 KPON, a stanowi raczej pewną projekcję oczekiwań i koncepcji wyznawanych przez członków Komitetu,

[174] Jako przykład można wskazać uchylenie ustawą z 8.01.2010 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2010 r. Nr 40, poz. 222), która weszła w życie 16.04.2010 r., art. 80 k.c., który przewidywał, że jeżeli osoba niemogąca czytać (np. niewidoma) ma złożyć oświadczenie woli na piśmie, będzie musiała tego dokonać w formie aktu notarialnego.

niejednokrotnie biorących również udział w pracach nad Konwencją. Należy powtórzyć, że podstawowym elementem wykładni prawa międzynarodowego jest wola państw, zgodnie z art. 31 Konwencji wiedeńskiej, w pierwszej kolejności wynikająca z tekstu traktatu[175]. Wykładnia przyjmująca całkowity zakaz rozwiązań substytucyjnych nie wynika ani z treści art. 12 KPON, ani z innych jej regulacji.

Posiłkowe znaczenie dla wykładni (gdy zastosowanie reguł z art. 31 Konwencji wiedeńskiej wymaga potwierdzenia, pozostawia niejasności lub wątpliwości[176]) mają uzupełniające środki interpretacji, w tym prace przygotowawcze i okoliczności zawarcia umowy (art. 32 Konwencji wiedeńskiej). Analiza *travaux préparatoires* Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych wskazuje, że treść ustępu 4 art. 12 była centralnym elementem spornym. W toku prac pojawiały się propozycje uściślające jego treść[177]. Stały się jednak przedmiotem ostrej krytyki i to głównie nie ze strony państw, lecz organizacji pozarządowych biorących udział w posiedzeniach[178]. Należy powtórzyć, że do końca prac podejmowane były próby dookreślenia, że zdolność prawną w rozumieniu art. 12 należy interpretować wyłącznie jako zdolność bierną[179]. Ostatecznie grupa państw złożyła oświadczenie, zgodnie z którym przyłączyły się one do konsensu dotyczącego Konwencji, jednak opartego na rozumieniu zdolności prawnej, o której stanowi art. 12 ust. 2, jako obejmującej wyłącznie zdolność bierną.

Ostatecznie oświadczenia interpretacyjne lub zastrzeżenia dopuszczające stosowanie mechanizmów substytucyjnych złożyły: Australia, Egipt, Estonia, Holandia, Irlandia, Kanada, Norwegia, Polska[180] i Singapur.

Po wejściu w życie Konwencji, państwa strony są zobowiązane do systematycznego (pierwsze w ciągu 2 lat, a kolejne co 4 lata) składania Komitetowi sprawozdań dotyczących środków podjętych w celu realizacji zobowiązań wynikających z Konwencji oraz postępu dokonanego w tym zakresie (art. 35 ust. 1 i 2 KPON). Właściwie wszystkie kraje raportowały stosowanie środków substytucyjnych. Dostrzegł to sam Komitet, stwierdzając (na podstawie wstępnych raportów) „ogólne nieporozumienie" co do właściwego rozumienia zakresu obowiązków wynikających z art. 12 KPON, tzn. państwa według Komitetu błędnie interpretowały ten przepis, jako dopuszczający stosowanie rozwiązań substytucyjnych.

Analiza prac przygotowawczych oraz sprawozdań krajów związanych KPON wskazuje, że wykładnia art. 12 przyjęta przez Komitet opierała się raczej na stanowisku i woli organizacji pozarządowych, które, co oczywiste, brały udział w procesie tworzenia Konwencji jedynie w charakterze doradczym. Truizmem jest stwierdzenie, że traktat to międzynarodowe porozumienie zawarte między państwami (art. 2 ust. 1 Konwencji wiedeńskiej) i ewentualnie innymi podmiotami prawa międzynarodowego, a nie organizacjami pozarządowymi, i ma wyrażać wolę tych podmiotów.

---

[175] A. Wyrozumska, *Umowy*…, s. 335 i n.; O. Dörr [w:] *Vienna Convention*…, s. 522.

[176] A. Wyrozumska, *Umowy*…, s. 351.

[177] Propozycja Kanady zgłoszona na 4. sesji tymczasowego komitetu przygotowującego projekt Konwencji, https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahcstata12fscomments.htm#canada (dostęp: 26.11.2019 r.), która wprost wskazywała na możliwość wprowadzenia rozwiązań substytucyjnych.

[178] Zob. L. Series, A. Nilsson [w:] *The UN*…, s. 345; A. Dhanda, *Legal Capacity*…, s. 447 i n.

[179] Propozycja przypisu o takiej treści w toku ostatniego posiedzenia tymczasowego komitetu.

[180] W zakresie polskiego oświadczenia i problemów związanych z jego kwalifikacją zob. M. Domański, *Ubezwłasnowolnienie*…, s. 38 i n. Treść zastrzeżeń jest dostępna na stronie: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4 (dostęp: 26.11.2019 r.).

Problemem jest jednak to, że przyjmowane rozwiązania, zgodne z oczekiwaniami niektórych organizacji społecznych, prowadzą do dekompozycji krajowych systemów prawnych. Trudno uznać, że państwa wyraziły wolę wprowadzenia takich rozwiązań, które właściwie oznaczają konieczność budowania od podstaw fundamentalnych instytucji stanowiących podstawę ich systemów prawnych. Ponadto, jak sygnalizowano, od momentu wejścia w życie Konwencji właściwie wszystkie sprawozdania państw złożone zgodnie z art. 35 KPON zawierały informację o stosowaniu mechanizmów substytucyjnych oraz zawierały stwierdzenie, że państwa te uznają taki stan za zgodny z Konwencją[181]. Powszechna praktyka państw stanowi niezwykle istotną dyrektywę interpretacji Konwencji międzynarodowych, ponieważ w sposób realny odzwierciedla ich intencje[182]. Biorąc pod uwagę treść art. 34 ust. 3 pkt b Konwencji wiedeńskiej, trudno określić jednolitą praktykę państw w zakresie interpretacji obowiązków wynikających z Konwencji jako „ogólne nieporozumienie".

Wątpliwości co do woli państw związania się Konwencją w interpretacji przyjmowanej przez Komitet były zgłaszane w literaturze[183]. Co zdecydowanie bardziej istotne, zastrzeżenia, i to o charakterze podstawowym, zgłosiły też państwa strony. Projekt Ogólnego komentarza nr 1 został przyjęty w toku 10. sesji Komitetu do spraw praw osób niepełnoprawnych[184]. Po jego opublikowaniu Komitet wystąpił do państw, organizacji pozarządowych i innych organizacji o przedstawienie uwag[185]. Jednoznacznie krytyczne stanowisko, w zakresie wyłączenia możliwości stosowania mechanizmów substytucyjnych, zgłosiły: Dania, Francja, Norwegia i Niemcy. Na marginesie można jedynie wyrazić rozczarowanie, że uwag do projektu komentarza nie przesłała Polska.

W swojej odpowiedzi na projekt komentarza[186] Dania zwróciła uwagę, że powinien on potwierdzać stanowisko zajęte w licznych oświadczeniach interpretacyjnych złożonych przez państwa do art. 12 KPON w toku procesu ratyfikacji Konwencji, wyrażających takie jej rozumienie, które zezwala na przymusowe ustanowienie (w wyjątkowych sytuacjach) przedstawiciela (substytuta) dla osoby z niepełnosprawnościami. Ponadto Dania uznała, że treść Komentarza powinna zostać tak skonstruowana, aby było jasne, iż art. 12 KPON dopuszcza zarówno rozwiązania asystencyjne, jak i substytucyjne. W konkluzji wyrażono silne oczekiwanie ponownego rozważenia projektu komentarza i wzięcia pod uwagę podniesionych wątpliwości.

W stanowisku Francji[187] stwierdzono, że nie można zgodzić się z projektem w zakresie wyłączenia możliwości stosowania rozwiązań substytucyjnych. Podkreślono również niedopuszczalność rozszerzania, poprzez twórczą wykładnię,

[181] Sprawozdania są dostępne na stronie: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=4&DocTypeID=29 (dostęp: 26.11.2019 r.).
[182] J.M. Sorel, V.B. Eveno [w:] *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary. Volume I*, red. O. Corten, P. Klein, Oksford 2011, s. 826.
[183] J. Dawson, *A realistic*…, s. 70; M.C. Freeman, K. Kolappa, J.M. Caldas de Almeida, A. Kleinman, N. Makhashvili, S. so Phakathi, B. Saraceno, G. Thornicroft, *Reversing*…, s. 848.
[184] Odbyła się w dniach 2–13.09.2013 r.
[185] Można było je składać do 28.02.2014 r.; lista zgłoszonych uwag jest dostępna na stronie: https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/DGCArticles12And9.aspx (dostęp: 26.11.2019 r.).
[186] https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/GC/DenmarkArt12.doc (dostęp: 26.11.2019 r.).
[187] https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/GC/France-DGC_Art12.doc (dostęp: 26.11.2019 r.).

zakresu obowiązków państw na niewynikające z Konwencji. Wskazano ponadto, że interpretacja zaproponowana w projekcie komentarza wykracza poza wspólną wolę państw wyrażoną przy przygotowywaniu tekstu Konwencji.

W uwagach Niemiec[188] podkreślono, że komentarz nie może wykraczać poza poszczególne zobowiązania wynikające z traktatu i zaznaczono, iż nie ma on wiążącej mocy dla państw. W oświadczeniu tym podkreślono, że rozumienie art. 12 KPON przez Komitet do spraw praw osób niepełnosprawnych rozmija się z jego interpretacją wspólną dla umawiających się państw. Potwierdzeniem tego są oświadczenia interpretacyjne złożone w toku procesu ratyfikacji Konwencji. Wykładnia zaproponowana przez Komitet jest nie tylko nie podzielana przez większość, ale nawet przez mniejszość. Z tego powodu podano w wątpliwość określenie zastosowane w projekcie Komentarza, jakoby odmienna od proponowanej w nim (a więc przyjęta przez państwa) wykładnia art. 12 była „nieporozumieniem". W konkluzji Niemcy stwierdziły, że nie uznają rozwiązań substytucyjnych, chroniących osoby z niepełnosprawnością za dyskryminujące. Podkreślono ponadto, że zawarcie w przedstawionym dokumencie stwierdzeń, że „państwa muszą" jest niestosowne. Dokument powinien być sformułowany jako zalecenia, a nie jako definitywne sformułowanie obowiązków prawnych.

Podobne stanowisko, spójne zresztą ze złożonym oświadczeniem interpretacyjnym, przedstawiła Norwegia[189]. W uwagach podkreślono, że złożenie kilku oświadczeń interpretacyjnych, jak również raportów z wdrażania Konwencji przez różne państwa, a ponadto aktualne (nowo przyjmowane) krajowe rozwiązania legislacyjne, które miały dostosowywać systemy krajowe do wymagań KPON, wskazują na ogólne rozumienie art. 12 przez państwa strony jako dopuszczające stosowanie rozwiązań substytucyjnych. Wskazano na konieczność uwzględnienia dominującej interpretacji Konwencji, wspieranej przez właściwie powszechną praktykę. Elementy te, zgodnie ze stanowiskiem Norwegii, powinny być przeważające nad własną interpretacją Komitetu. Taki model ma szczególnie istotne znaczenie przy wykładni relatywnie nowych konwencji, gdzie nie powstaje problem konfliktu interpretacji historycznej oraz dynamicznej.

Zgłoszone uwagi niestety nie zostały uwzględnione w ostatecznej wersji Komentarza. Przyjęty na 11. posiedzeniu Komitetu (w dniach 31.03.–11.04.2014 r.) dokument nie różni się znacząco od projektu, a pewne fragmenty zostały nawet „wyostrzone" w kierunku większego uwzględnienia kontestowanych powyżej koncepcji. Ostentacyjny właściwie brak uwzględniania stanowiska państw stron Konwencji należy ocenić zdecydowanie negatywnie.

6. Problem kompetencji Komitetu do spraw praw osób niepełnosprawnych i charakteru przyjmowanej interpretacji Konwencji

Komitet do spraw praw osób niepełnosprawnych został powołany do rozpatrywania sprawozdań dotyczących środków podjętych w celu realizacji zobowiązań

[188] https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/GC/FederalRepublicOfGermanyArt12.pdf (dostęp: 26.11.2019 r.).
[189] https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/GC/Norway_Art12.doc (dostęp: 26.11.2019 r.).

wynikających z Konwencji oraz postępu dokonanego w tym zakresie. Formułuje on uwagi i zalecenia ogólne w stosunku do tych sprawozdań (art. 36 ust. 1 KPON). Zgodnie z art. 37 ust. 2 KPON Komitet powinien poświęcić należytą uwagę metodom i sposobom zwiększenia zdolności krajów w zakresie wdrażania Konwencji, w tym poprzez współpracę międzynarodową. Ponadto, zgodnie z regulacjami Protokołu dodatkowego do KPON (którego Polska nie ratyfikowała), Komitet rozpoznaje zawiadomienia od indywidualnych osób (grup osób), twierdzących, że są ofiarami naruszenia Konwencji przez państwo stronę. Procedura kończy się sformułowaniem uwag i zaleceń oraz przekazaniem ich temu państwu (art. 6 protokołu). Komitet nie uzyskał jednak kompetencji do dokonywania wiążącej państwa strony wykładni KPON. Kompetencje Komitetu mają charakter sygnalizacyjny, a instytucja ta ma raczej współpracować z państwami i udzielać im pomocy we wdrażaniu Konwencji, a nie dokonywać jej reinterpretacji w opozycji do państw. W Konwencji nie przewidziano również uprawnienia Komitetu do opracowywania do niej abstrakcyjnych komentarzy, zmierzających do kreowania obowiązków nakładanych na państwa strony.

Kompetencja do przygotowywania komentarzy wynika jedynie z wewnętrznych regulacji Komitetu: Reguł postępowania[190] oraz Metod pracy[191]. Zgodnie z regułą 47. Komitet może przygotować ogólny komentarz oparty na artykułach i przepisach Konwencji w celu promowania dalszej implementacji oraz wsparciu państw stron w wypełnieniu ich obowiązku dokonywania sprawozdań Komitetowi. Stosownie do punktu III A (ust. 54 i n.), Metod pracy, Komitet może formułować ogólne komentarze do artykułów, spostrzeżeń albo szczególnych tematów dotyczących Konwencji, których celem jest wsparcie państw w jej implementacji oraz zachęcenie organizacji do aktywnego popierania realizacji praw ustanowionych w Konwencji. Pozostawiając na boku to, że wskazana formuła komentarzy nie ma zakorzenienia w treści Konwencji (a więc nie wynika z woli państw), komentarze Komitetu nie tylko nie są wiążące dla państw stron[192], lecz także, nawet zgodnie z wewnętrznymi regulacjami Komitetu, nie mają zmierzać ani do dokonywania reinterpretacji Konwencji, ani do autorytatywnego ustalania jej brzmienia. Również w tym zakresie Komitet powinien współpracować z państwami stronami, a całkowite zlekceważenie stanowiska części z nich nie wydaje się być dobrym przykładem takiej współpracy.

***

Konkludując powyższe rozważania, należy zauważyć, że przyjęta przez Komitet do spraw osób niepełnosprawnych wykładnia art. 12 KPON nie tylko stanowi nadinterpretacji Konwencji (a właściwie zmierza do nałożenia na państwa obowiązków niewynikających z jej treści), ale jest nie do pogodzenia z podstawowymi założeniami przynajmniej niektórych krajowych systemów prawnych. W związku z powyższym,

[190] https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/1/Rev.1&Lang=en (dostęp: 26.11.2019 r.).
[191] https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/5/4&Lang=en (dostęp: 26.11.2019 r.).
[192] Chociaż polski Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały z 21.12.2017 r., III CZP 66/17, OSNC 2018/6, poz. 61, określił ten dokument jako „oficjalny komentarz".

z uwagi na autorytet Komitetu oraz przyjętą praktykę działania wskazanej instytucji opartej na koncepcjach sformułowanych w Komentarzu, należałoby rozważyć podjęcie próby uściślenia treści art. 12 KPON poprzez przesądzenie, że w określonych warunkach i przy spełnieniu standardów wynikających z jego ust. 4, dopuszczalne jest stosowanie mechanizmów substytucyjnych. Należy przypomnieć, że zgodnie z art. 47 KPON każde z państw stron może zaproponować poprawkę do Konwencji i przedłożyć ją sekretarzowi generalnemu Organizacji Narodów Zjednoczonych[193].

Oczywiście przeprowadzenie zmiany Konwencji, a nawet wprowadzenie takiej propozycji na agendę konferencji państw stron wymaga zbudowania szerokiej koalicji. Być może jednak samo sformułowanie propozycji i dyskusja nad nią miałaby istotne znaczenie dla upowszechnienia informacji o zarysowanych w niniejszym opracowaniu problemach.

Abstract

Maciej Domański, *UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities as Interpreted by the Committee on the Rights of Persons with Disabilities in the Context of Basic Civil Law Institutions*

The article presents a critical analysis of the interpretation of Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) approved by the Committee on the Rights of Persons with Disabilities, according to which interpretation substitute decision-making regimes are excluded in all and every case. The above assumption, apart from major doubts as to its justifiability and expediency, has very far-reaching consequences from the point of view of the Polish civil law. The notion of legal capacity adopted in the Convention on the Rights of Persons with Disabilities resembles the approach found in common law systems. In continental legal systems (in particular those based on the German tradition, like the Polish system) it has a completely different character: a dogmatic one, whose construction is linked to the concept of a juridical act. It is one of the reasons why complete severing of the link between mental capacity (capacity to make decisions) and legal capacity (understood as the not only passive capacity, but also active capacity), postulated by the Committee on the Rights of Persons with Disabilities is very difficult, if not impossible, to introduce. Adopting the proposed conception leads to a decomposition of fundamental civil law institutions, such as juridical act and defects of a declaration of intention, while giving rise to doubts from the point of view of possession or fault-based civil liability. The article presents a competing model of interpretation of Article 12 CRPD, pursuant to which application of substitute decision-making, to a limited extent, while observing the safeguards provided for in para. 4 of said article, should be considered permissible.

Keywords: *disability, legal capacity, mental capacity, juridical act, incapacitation*

[193] Sekretarz generalny przekaże każdą zaproponowaną poprawkę państwom stronom, z prośbą o powiadomienie go, czy opowiadają się za zwołaniem konferencji państw stron w celu rozważenia propozycji i podjęcia decyzji w jej sprawie. Jeżeli w ciągu czterech miesięcy od daty takiego przekazania przynajmniej jedna trzecia państw stron wypowie się za zwołaniem konferencji, sekretarz generalny zwoła ją pod auspicjami ONZ. Każda poprawka przyjęta większością dwóch trzecich głosów państw stron obecnych i głosujących zostanie przedłożona przez sekretarza generalnego Zgromadzeniu Ogólnemu do zatwierdzenia, a następnie wszystkim państwom stronom do przyjęcia.

Streszczenie

Maciej Domański, *Konwencja ONZ o prawach osób niepełnosprawnych w interpretacji Komitetu do spraw praw osób niepełnosprawnych a podstawowe instytucje prawa cywilnego*

W artykule została przedstawiona krytyczna analiza wykładni art. 12 Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych, zaakceptowanej przez Komitet do spraw praw osób niepełnosprawnych, która bezwzględnie, we wszystkich przypadkach, wyklucza stosowanie mechanizmów substytucyjnych. Wskazane założenie, poza istotnymi wątpliwościami z punktu widzenia słuszności i celowości, ma niezwykle daleko idące konsekwencje z perspektywy polskiego prawa cywilnego. Pojęcie zdolności prawnej, przyjęte na gruncie Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych (KPON), nawiązuje do ujęcia charakteryzującego systemy prawne common law. W systemach prawnych kontynentalnych (w szczególności tak jak polski nawiązujących do tradycji germańskiej) ma ono zupełnie inny charakter: dogmatyczny i konstrukcyjnie powiązany z koncepcją czynności prawnej. Między innymi z tego powodu postulowane przez Komitet do spraw praw osób niepełnosprawnych całkowite rozerwanie powiązania między zdolnością umysłową (zdolnością do podejmowania decyzji) oraz zdolnością prawną (rozumianą jako zdolność nie tylko bierna, ale także czynna), jest niezwykle trudne, jeśli nie wręcz niemożliwe do wprowadzenia. Przyjęcie proponowanej koncepcji prowadzi bowiem do dekompozycji fundamentalnych instytucji prawa cywilnego takich jak czynność prawna i wady oświadczenia woli, a rodzi wątpliwości z perspektywy posiadania czy odpowiedzialności cywilnej opartej na zasadzie winy. W artykule zaprezentowano konkurencyjny model wykładni art. 12 KPON, zgodnie z którym, stosowanie w wąskim zakresie, z zachowaniem zabezpieczeń przewidzianych w jego ust. 4, rozwiązań substytucyjnych należy uznać za dopuszczalne.

Słowa kluczowe: *niepełnosprawność, zdolność prawna, zdolność umysłowa, czynność prawna, ubezwłasnowolnienie*

Literatura:

1. Appelbaum P.S., *Protecting the Rights of Persons With Disabilities: An International Convention and Its Problems*, Psychiatric Services, Vol. 67, Issue 4, April 2016;
2. Arstein-Kerslake A., *An empowering dependency: exploring support for exercise of legal capacity*, Scandinavian Journal of Disability Research 2016, No.1;
3. Arstein-Kerslake A., Flynn E., *The right to legal agency: domination, disability and the protections of Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, International Journal of Law in Context, Vol. 13, Special Issue 1, March 2017;
4. Arstein-Kerslake A., *Flynn E, The General Comment on Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: a roadmap for equality before the law*, The International Journal of Human Rights 2016, No. 4;
5. Banaszczyk Z., Granecki P., *O istocie należytej staranności*, Palestra 2002, nr 7–8;
6. Banner N.F., Szmukler G., *'Radical Interpretation' and the Assessment of Decision-Making Capacity*, Journal of Applied Philosophy 2013, No. 4;
7. Bartlett P., *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Mental Health Law*, The Modern Law Review 2012, No. 75(5);
8. Beatson J., Burrows A., Catwrights J., *Anson's Law of Contract*, Oksford 2010;
9. de Bhailís C., Flynn E., *Recognising legal capacity: commentary and analysis of Article 12 CRPD*, International Journal of Law in Context, Vol. 13, Special Issue 1, March 2017;
10. Błaszczak A., *Zastrzeżenia i oświadczenie interpretacyjne Polski do Konwencji o prawach osób z niepełnosprawnościami* [w:] *Prawa osób z niepełnosprawnością intelektualną lub psychiczną w świetle międzynarodowych instrumentów ochrony praw człowieka*, red. D. Pudzianowska, Warszawa 2014;

11. Borysiak W. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. IVA, *Spadki*, red. K. Osajda, Warszawa 2019;
12. Boyle S., *Determining Capacity: How Beneficence Can Operate in an Autonomy-Focused Legal Regime*, The Elder Law Journal 2018, No. 1;
13. Brosnan L., Flynn E., *Freedom to negotiate: a proposal extricating 'capacity' from 'consent'*, International Journal of Law in Context, Vol. 13, Special Issue 1, March 2017;
14. Browning M., Bigby C., Douglas J., *Supported Decision Making: Understanding How its Conceptual Link to Legal Capacity is Influencing the Development of Practice*, Research and Practice in Intellectual and Developmental Disabilities 2014, Vol. 1, No. 1;
15. Burrows A., *English Private Law*, Oksford 2013;
16. Carney T., *Supported Decision-making for People with Cognitive Impairments: An Australian perspective?*, Laws 2015, No. 1;
17. Cartwright J., *'Defects of Consent in Contract Law'* [w:] *Towards a European Civil Code*, red. A.S. Hartkamp, M.W. Hesselink, E.H. Hondius, C. Mak, C.E. du Perron, Warszawa 2011;
18. Craigie J., Bach M., Gurbai S., Kanter A., Kim S.Y.H., Lewis O., Morgan G., *Legal capacity, mental capacity and supported decision-making: Report from a panel event*, International Journal of Law and Psychiatry 2019 (January–February), Vol. 62;
19. Czachórski W. [w:] *System prawa cywilnego,* t. III, *Prawo zobowiązań. Część ogólna, cz. I*, red. Z. Radwański, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1981;
20. Czubala M., *Przymusowe leczenie psychiatryczne w świetle Konwencji ONZ o prawach osób niepełnosprawnych*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 2018, nr 3;
21. Dąbrowa J. [w:] *System prawa cywilnego*, t. III, cz. 1, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. Z. Radwański, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1981;
22. Dawson J., *A realistic approach to assessing mental health laws' compliance with the UNCRPD*, International Journal of Law and Psychiatry 2015, Vol. 40;
23. Davidson G., Brophy L., Campbell J., Farrell S.J., Gooding P., O'Brien A.M., *An international comparison of legal frameworks for supported and substitute decision-making in mental health services*, International Journal of Law and Psychiatry 2016, Vol. 44;
24. Dhanda A., *Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past or Lodestar for the Future?*, Syracuse Journal of International Law and Commerce 2007, Vol. 34:429;
25. Dhanda A., *Universal Legal Capacity as a Universal Human Right* [w:] *Mental Health and Human Rights; vison, praxis, and courage*, red. M. Duley, D. Silove, F. Gale, Oxford 2012;
26. Dhanda A., *Conversations between the proponents of the new paradigm of legal capacity*, International Journal of Law in Context, Vol. 13, Special Issue 1, March 2017;
27. Domański M., *Ubezwłasnowolnienie w prawie polskim a wybrane standardy międzynarodowej ochrony praw człowieka*, Prawo w Działaniu 2014, nr 17;
28. Dörr O. [w:] *Vienna Convention on the Law of Treaties A Commentary*, red. O. Dörr, K. Schmalenbach, Heidelberg 2012;
29. Dudley M. [red.] *Mental Health and Human Rights vision, praxis, and courage*, red. D. Silove, F. Gale, Oksford 2012;
30. Dybowski T. [w:] *System prawa cywilnego*, t. III, cz. 1, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. Z. Radwański, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1981;
31. Flynn E., Arstein-Kerslake A., *Legislating personhood: realising the right to support in exercising legal capacity*, International Journal of Law in Context, Vol. 10, Issue 1, 2014 (March); Issue 01, March 2014;
32. Flynn E., Arstein-Kerslake A., *State intervention in the lives of people with disabilities: the case for a disability-neutral framework*, International Journal of Law in Context, Vol. 13, Special Issue 1, March 2017;
33. Freeman M.C., Kolappa K., Caldas de Almeida J.M., Kleinman A., Makhashvili N., so Phakathi S., Saraceno B., Thornicroft G., *Reversing hard won victories in the name of human rights: a critique of the General Comment on Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, Lancet Psychiatry 2015 (Sep.), No. 9;

34. Giaro M., *Zawarcie umowy w trybie aukcji internetowej*, Warszawa 2014;
35. Glen K.B., *Changing Paradigms*: *Mental Capacity, Legal Capacity, Guardianship, and Beyond*, Columbia Human Rights Law Review 2012, Vol. 44;
36. Glen K.B., *Introducing a "New" Human Right: Learning from Others, Bringing Legal Capacity Home*, Columbia Human Rights Law Review 2018, Issue 3;
37. Głowacka A., *Odpowiedzialność opiekuna za szkody wyrządzone małoletniemu wskutek nienależytego sprawowania opieki*, Przegląd Sądowy 2016, nr 1;
38. Gooding P., Flynn E., *Querying the Call to Introduce Mental Capacity Testing to Mental Health Law: Does the Doctrine of Necessity Provide an Alternative?*, Laws 2015, No. 4;
39. Grzybowski S. [w:] *System prawa cywilnego*, t. 1, cz. ogólna, red. S. Grzybowski, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1985;
40. Gutowski M., Radwański Z. [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 2, *Prawo cywilne – część ogólna*, red. Z. Radwański, A. Olejniczak, Warszawa 2019;
41. Guzelian C.P., Stein M.A., Akiskal H.S., *Credit Scores, Lending, and Psychosocial Disability*, Boston University Law Review 2015, Vol. 95;
42. Gwiazdomorski J., *Zawarcie małżeństwa*, Państwo i Prawo 1949, nr 4;
43. Gwiazdomorski J., *Próba korektury pojęcia czynności prawnej*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego 1973, t. CCCXLVI;
44. Heldrich A., Steiner A.F. [w:] *International Encyclopedia of Comparative Law. Volume IV. Persons and Family*, red. A. Chloros, M. Rheinstein, M.A. Glendon, Tybinga 2007;
45. Hellwege P. [w:] *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law. Volume 1*, red. J. Basedow, K.J. Hopt, R. Zimmermann, A. Stier, Oksford 2012;
46. Hoffman I., Könczei G., *Legal Regulations Relating to the Passive and Active Legal Capacity of Persons with Intellectual and Psychosocial Disabilities in Light of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Impending Reform of the Hungarian Civil Code*, Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review 2010, No. 1;
47. Ignatowicz J. [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. B. Dobrzański, J. Ignatowicz, Warszawa 1975;
48. Ignatowicz J., *Ochrona posiadania* [w:] *Ochrona posiadania i inne wybrane prace*, Warszawa 2014;
49. Janiszewska B., *Zgoda na udzielenie świadczenia zdrowotnego. Ujęcie wewnątrzsystemowe*, Warszawa 2013;
50. Jędrzejewska A., *Koncepcja oświadczenia woli w prawie cywilnym*, Warszawa 1992;
51. Kaliński M., *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*, Warszawa 2014;
52. Kanter A.S., *The Law: What's Disability Studies Got to Do With It or An Introduction to Disability Legal Studies*, Columbia Human Rights Law Review 2011 (Winter), No. 2;
53. Kanter A.S., *The Promise and Challenge of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, Syracuse Journal of the International Law & Commerce 2007, No. 34;
54. Kanter A.S., *The Development of Disability Rights Under International Law*. *From Charity to Human Rights*, Londyn–Nowy Jork 2015;
55. Kanter A.S., Tolub Y., *The Fight for Personhood, Legal Capacity, and Equal Recognition Under Law for People with Disabilities in Israel and Beyond,* Cardozo Law Review 2017, Issue 2;
56. Keys M. [w:] *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A Commentary*, red. V.D. Fina, R. Cera, G. Palmisano, Cham 2017;
57. Kociucki L., *Zdolność do czynności prawnych osób dorosłych i jej ograniczenia*, Warszawa 2011;
58. Kocot W., *Wpływ Internetu na prawo umów*, Warszawa 2004;
59. Krajewski M., *Niedołożenie należytej staranności – problem bezprawności czy winy*, Państwo i Prawo 1997, nr 10;
60. Krajewski M., *Charakter prawny przeniesienia posiadania,* Studia Prawa Prywatnego 2013, nr 3;
61. Krzywicki J., *Wina i ryzyko jako podstawy odpowiedzialności cywilnej*, Warszawa 1931;

62. Krzywoń A. [w:] *Prawa człowieka*, W. Brzozowski, A. Krzywoń, M. Wiącek, Warszawa 2018;
63. Księżak P. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, Legalis 2019;
64. Lachowski J. [w:] *System Prawa Karnego*, t. 3, *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, red. R. Dębski, Warszawa 2017;
65. Łętowska E. [red.] *Tendencje rozwoju prawa cywilnego: zbiór studiów*, Wrocław –Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1983;
66. Lewaszkiewicz-Petrykowska B., *Poczytalność jako przesłanka winy* [w:] *Z zagadnień prawa cywilnego*, Białystok 1991;
67. Lewaszkiewicz-Petrykowska B. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*, red. M. Pyziak-Szafnicka, P. Księżak, Warszawa 2014;
68. Lewaszkiewicz-Petrykowska B., *Wady oświadczenia woli w polskim prawie cywilnym*, Warszawa 1973;
69. Lewaszkiewicz-Petrykowska B., *Wina jako podstawa odpowiedzialności z tytułu czynów niedozwolonych*, Studia Prawno-Ekonomiczne 1969, nr 2;
70. Lindefalk U., *On The Interpretation of Treaties The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Dordrecht 2007;
71. Longchamps de Berier R., *Zobowiązania*, Lwów 1938;
72. Machnikowski P., *Instytucja opieki nad pełnoletnim w pracach Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego w latach 2012–2015*, Państwo i Prawo 2019, nr 4;
73. Machnikowski P. [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 6, *Prawo zobowiązań – część ogólna,* red. A. Olejniczak, Warszawa 2018;
74. Machnikowski P., *O zdolności deliktowej*, Prawo 2008, nr 304;
75. Machnikowski P. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2017;
76. Majda R. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*, red. P. Księżak, M. Pyziak-Szafnicka, Warszawa 2014;
77. Martinez-Pujalte A., *Legal Capacity and Supported Decision-Making: Lessons from Some Recent Legal Reforms*, Laws 2019, No. 8;
78. McSherry B., *Legal Capacity Under the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, Journal of Law and Medicine 2012 (20);
79. Megret F., *The Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights?*, Human Rights Quarterly 2008, No. 30;
80. Minkowitz T., *Rethinking criminal responsibility from a critical disability perspective: The abolition of insanity incapacity acquittals and unfitness to plead, and beyond*, Griffith Law Review 2014, No. 3;
81. Minkowitz T., *CRPD and transformative equality*, International Journal of Law in Context, Vol. 13, Special Issue 1, March 2017;
82. Mularski K., *Czynności podobne do czynności prawnych*, Warszawa 2011;
83. Naffine N., *Who are Law's Persons? From Cheshire Cats to Responsible Subjects*, The Modern Law Review 2003 (May), Vol. 66;
84. Ohanowicz A., Górski J., *Zarys prawa zobowiązań*, Warszawa 1970;
85. Oleszko A., *Prawo o notariacie. Komentarz*, t. I, cz. II, *Art. 79–91*, Warszawa 2012;
86. Oliver M., *Understanding Disability. From Theory to Practice*, Nowy Jork 1996;
87. O'Shea T., *Disability and Domination: Lessons from Republican Political Philosophy,* Journal of Applied Philosophy 2018 (February), Issue 1;
88. Pajor T., *Odpowiedzialność dłużnika za niewykonanie zobowiązania*, Warszawa 1982;
89. Pazdan M. [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 20a, *Prawo Prywatne Międzynarodowe*, red. M. Pazdan, Warszawa 2014;
90. Pazdan M., *Zdolność do czynności prawnych osób fizycznych w polskim prawie prywatnym międzynarodowym*, Kraków 1967;
91. Pazdan M. [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 2, *Prawo cywilne – część ogólna*, red. Z. Radwański, A. Olejniczak, Warszawa 2019;
92. Pohl Ł., *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2019;
93. Popiołek W. [w:] *Kodeks cywilny*, t. II, *Komentarz. Art. 450–1088*, red. K. Pietrzykowski, Legalis 2018;

94. Przybyłowski K., *Dobra wiara w polskim prawie cywilnym (ogólne uwagi o pojęciu)*, Studia Cywilistyczne 1970, t. XV;
95. Radwański Z., Gutowski M. [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 2, *Prawo cywilne – część ogólna*, red. Z. Radwański, A. Olejniczak, Warszawa 2019;
96. Radwański Z., Olejniczak A., *Prawo cywilne. Część ogólna*, Warszawa 2015;
97. Radwański Z., Olejniczak A., *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2016;
98. Radwański Z., *Teoria umów*, Warszawa 1977;
99. Richardson G., *Mental Disabilities and the Law: From Substitute to Supported Decision-Making?*, Current Legal Problems 2012, Vol. 65;
100. Rozwadowski W., *Spory wokół definicji czynności prawnej w polskim prawie cywilnym*, Państwo i Prawo 2014, nr 9;
101. Rudnicki S., aktualizacja Trzaskowski R. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*, red. J. Gudowski, Warszawa 2014;
102. Safjan M. [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 1, *Prawo cywilne – część ogólna*, red. M. Safjan, Warszawa 2012;
103. Safjan M. [w:] *Kodeks cywilny*, t. I, *Komentarz. Art. 1–449[10]*, red. K. Pietrzykowski, Legalis 2018;
104. Safjan M. [w:] *Kodeks cywilny*, t. II, *Komentarz. Art. 450–1088*, red. K. Pietrzykowski, Legalis 2019;
105. Schmidt J.P. [w:] *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law. Volume 2*, red. J. Basedow, K.J. Hopt, R. Zimmermann, A. Stier, Oksford 2012;
106. Scholten M., Gather J., *Adverse consequences of article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities for persons with mental disabilities and an alternative way forward*, Journal of Medical Ethics 2018, Issue 4;
107. Series L., *Relationships, autonomy and legal capacity: Mental capacity and support paradigms,* International Journal of Law and Psychiatry 2015 (May–June), Vol. 40;
108. Series L., Nilsson A. [w:] *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A Commentary*, red. I. Bantekas, M.A. Stein, D. Anastasiou, Oksford 2018;
109. Slobogin C., *An End to Insanity: Recasting the Role of Mental Disability in Criminal Cases*, Virginia Law Review 2000 (Sep.), No. 6;
110. Smits J.M., *Contract Law. A Comparative Introduction*, Cheltenham 2017;
111. Sobolewski P. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, Legalis 2019;
112. Sorel J.M., Eveno V.B. [w:] *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary. Volume I*, red. O. Corten, P. Klein, Oksford 2011;
113. Sośniak M., *Klauzula porządku publicznego w prawie międzynarodowym prywatnym*, Warszawa 1961;
114. Szeroczyńska M., *Ubezwłasnowolnienie i alternatywne formy pomocy w realizowaniu zdolności do czynności prawnych osób z niepełnosprawnością intelektualną w regulacjach międzynarodowych oraz w prawie obcym, na przykładzie Estonii, Niemiec, Szwecji, Wielkiej Brytanii i Kanady (stanu Manitoba)* [w:] *Jeśli nie ubezwłasnowolnienie, to co? Prawne formy wsparcia osób z niepełnosprawnością intelektualną*, red. K. Kędziora, Warszawa 2012;
115. Szmukler G., *Submission to Committee on the Rights of Persons with Disabilities on the Draft General Comment on Article 12, 19 Feb 2014*, https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/GC/GeorgeSzmuklerArt12.doc;
116. Szmukler G., *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: 'Rights, will and preferences' in relation to mental health disabilities,* International Journal of Law and Psychiatry 2017 (June), 54;
117. Szmukler G., Daw R., Callard F., *Relationships, autonomy and legal capacity: Mental capacity and support paradigms*, International Journal of Law and Psychiatry 2015 (May–June), Vol. 40;
118. Szpunar A., *Czyny niedozwolone w kodeksie cywilnym*, Studia Cywilistyczne 1970, t. XV;
119. Szwed M., *Likwidacja konstrukcji ubezwłasnowolnienia w Gruzji po wyroku Sądu Konstytucyjnego z 8 października 2014 r.*, Przegląd Legislacyjny 2017, nr 1;
120. Trzaskowski R., *Wady oświadczenia woli w perspektywie kodyfikacyjnej*, Studia Prawa Prywatnego 2008, nr 3;

121. Weller P., *Legal Capacity and Access to Justice: The Right to Participation in the CRPD*, Laws 2016, No. 5;
122. Whittaker S.J. [w:] *Chitty on Contracts. Volume I, General Pronciples*, red. H.G. Beale, Londyn 2012;
123. Wilejczyk M., *Zagadnienia etyczne części ogólnej prawa cywilnego*, Warszawa 2014;
124. Wolter A., Ignatowicz J., Stefaniuk K., *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2018;
125. Wolter A., *Zdolność osób fizycznych do działań prawnych*, Przegląd Notarialny 1947, z. VII–VIII;
126. Wyrozumska A., *Umowy międzynarodowe. Teoria i praktyka*, Warszawa 2006;
127. Zaradkiewicz K., *Romańska teoria posiadania a kodeks cywilny*, Studia Iuridica 2016, t. LXIV;
128. Zieliński A. [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 2, *Prawo cywilne – część ogólna*, red. Z. Radwański, A. Olejniczak, Warszawa 2019;
129. Zima-Parjaszewska M., *Artykuł 12 konwencji o prawach osób z niepełnosprawnościami a ubezwłasnowolnienie w Polsce*, Studia Prawnicze 2013, nr 2;
130. Zubik M., *„Wolność" a „prawo" (pięć hipotez o stosowaniu pojęć konstytucyjnych dotyczących praw człowieka)*, Państwo i Prawo 2015, nr 9.

PRAWO W DZIAŁANIU
SPRAWY CYWILNE
40/2019
DOI: 10.32041/pwd.4005

Jędrzej Maksymilian Kondek*

Umowa przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie i jej praktyka w świetle wizytacji i lustracji kancelarii notarialnych w latach 2013–2017**

1. WSTĘP

Umowy przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie nie są umowami masowo zawieranymi w obrocie. W 2015 r. dla którego istnieją publicznie dostępne dane[1], 3 343 notariuszy w Polsce sporządziło łącznie 1 410 umów przewłaszczenia na zabezpieczenie na 2 002 651 aktów notarialnych sporządzonych ogółem. Oznacza to, że umowa przewłaszczenie na zabezpieczenie stanowiła ok. 0,07% wszystkich aktów notarialnych sporządzonych w 2015 r. Należy także zauważyć, że liczba takich umów istotnie spada, pomimo ciągłego wzrostu liczby aktów notarialnych. W porównaniu z rokiem 2014, liczba aktów notarialnych wzrosła o 27,5%, podczas gdy w tym samym okresie liczba umów przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie spadła o 57,9%. Wydaje się jednak, że zbyt wcześnie jest orzekać o zmierzchu przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie jako środku zabezpieczenia wierzytelności. Dane za lata 2014–2018 prezentuje poniższa tabela 1.

Pomimo spadku liczby umów przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie, mają one nadal istotne znaczenie społeczne. Ich przedmiotem jest bowiem rozporządzenie nieruchomością, a zatem tym składnikiem mienia, który – zwłaszcza dla osób fizycznych – stanowi zazwyczaj znaczący element ich majątku. Innymi słowy, bardzo często osoby przewłaszczające nieruchomość na zabezpieczenie zaciągniętej przez siebie (lub kogoś innego) wierzytelności, ryzykują utratę nieruchomości, na którą pracowali niejednokrotnie wiele lat i która stanowi często ich miejsce zamieszkania. Osoby te zawierają umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie w celu uzyskania pożyczki lub kredytu, których by inaczej nie uzyskały.

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

** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 7.08.2019 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 2.10.2019 r.

[1] Akty notarialne w 2015 r. według okręgów, Ministerstwo Sprawiedliwości, https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-jednoroczne/rok-2015/download,3169,0.html (dostęp: 12.07.2019 r.).

Tabela 1					
Rok	**Liczba aktów notarialnych**	**Liczba umów przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie**	**Odsetek umów przewłaszczenia na zabezpieczenie**	**Zmiana liczby aktów notarialnych (rok 2014=100)**	**Zmiana liczby umów przewłaszczenia na zabezpieczenie (rok 2014=100)**
2014	1849987	1374	0,074%		
2015	2002651	1410	0,070%	108,25	102,62
2016	2139488	1169	0,055%	115,65	85,08
2017	2225642	919	0,041%	120,31	66,89
2018	2358733	579	0,025%	127,50	42,14

Źródło: opracowanie własne na podstawie danych Ministerstwa Sprawiedliwości z ankiet MS-Not 24 Sprawozdanie notariusza z czynności notarialnych.

Umowa przewłaszczenia na zabezpieczenie nieruchomości, jak każda inna umowa przenosząca własność nieruchomości, musi być ona zgodnie z art. 158 zd. 1 Kodeksu cywilnego[2], dokonana w formie atu notarialnego. Pozwala to poddać treść takich umów kontroli czynnika profesjonalnego i bezstronnego, jakim jest notariusz. Zarazem jednak nakłada to na notariuszy konieczność dochowania szeregu obowiązków, w celu zapewnienia zgodności umowy z prawem oraz zapewnienia ochrony słusznych interesów stron.

Przedmiotem niniejszego opracowania są uchybienia w praktyce notarialnej stwierdzone przez wizytatorów sądów apelacyjnych oraz w orzecznictwie sądów dyscyplinarnych izb notariuszy i Sądu Najwyższego (dalej SN). Celem analizy jest wskazanie, czy rzeczywiście stwierdzoną praktykę należy uznać za nieprawidłową, a jeśli tak, to jaki jest właściwy wzorzec staranności. Poza zakresem opracowania są uchybienia teoretyczne, które – co prawda – mogą powstawać przy sporządzaniu umów przewłaszczenia na zabezpieczenie, jednak nie zostały potwierdzone w praktyce. Pominięto też wytknięte uchybienia w zakresie niedotyczącym ściśle umów przewłaszczenia na zabezpieczenie takich jak zastrzeganie odsetek przekraczających odsetki maksymalne lub kary umownej za niespełnienie świadczenia pieniężnego, które dotyczyły zabezpieczanych pożyczek oraz zarzuty dotyczące formalnej nieprawidłowości aktów notarialnych.

Opracowanie zaczyna się od przedstawienia treści umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie i jej konstrukcji prawnej, oraz ustalenia obowiązków notariuszy przy sporządzaniu aktów notarialnych. Te części niniejszej pracy nie aspirują do miana wyczerpujących studiów, lecz są jedynie streszczeniem stanu prawnego, orzecznictwa i nauki prawa w zakresie, w jakim jest to konieczne dla dalszej analizy praktyki notarialnej. Nie jest bowiem możliwe ani analizowanie praktyki dotyczącej określonej umowy, ani tworzenie szczegółowych zasad staranności notariusza przy jej sporządzaniu, bez przyjęcia określonych założeń odnośnie do jej konstrukcji. Ma to szczególnie istotne znaczenie przy umowach, które nie zostały kompleksowo uregulowane w przepisach prawa. Następnie omówiono poszczególne zagadnienia występujące w przebadanym materiale. Ocenie zostało poddane to, czy w przedstawionych przypadkach można rzeczywiście mówić o uchybieniach z podaniem przy tym, jakie powinno być prawidłowe zachowanie się notariusza. Wreszcie, w zakończeniu podsumowano wyniki badań.

[2] Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz. U. z 2019 r. poz. 1145) – dalej k.c.

2. MATERIAŁ BADAWCZY

Badanie praktyki notarialnej nie jest łatwym zadaniem. Akty notarialne nie są bowiem jawne. W związku z tym niniejsze badanie zostało oparte ma dwóch podstawowych kategoriach materiałów.

Po pierwsze, zwrócono się do prezesów wszystkich sądów apelacyjnych z prośbą o przesłanie protokołów wizytacji i lustracji kancelarii notarialnych, przeprowadzonych przez sędziów-wizytatorów w tych sądach, w których objęto badaniem praktykę sporządzania przez notariuszy umów przewłaszczenia na zabezpieczenie. Otrzymano 26 protokołów lustracyjnych: trzy protokoły lustracji działalności notariuszy z Sądu Apelacyjnego w Katowicach, jeden z Sądu Apelacyjnego w Rzeszowie, jeden z Sądu Apelacyjnego w Gdańsku, cztery z Sądu Apelacyjnego w Lublinie, trzy z Sądu Apelacyjnego w Szczecinie, siedem z Sądu Apelacyjnego w Łodzi, dwa z Sądu Apelacyjnego w Warszawie, pięć wyciągów z protokołów z wizytacji i lustracji z Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu oraz analizę praktyki notarialnej z Sądu Apelacyjnego w Łodzi. Nie otrzymano odpowiedzi z Sądu Apelacyjnego w Poznaniu, zaś z pozostałych sądów apelacyjnych otrzymano odpowiedź o braku wizytacji lub lustracji kancelarii notarialnych, dotyczących sporządzania przewłaszczenia na zabezpieczenie. Materiał ten uzupełniono dwoma protokołami lustracji z Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu otrzymanymi z Ministerstwa Sprawiedliwości. Jak pokazuje poniższa tabela 2, materiał badawczy nie pokrywał się z częstotliwością zawierania na terenie konkretnych obszarów apelacji umów przewłaszczenia na zabezpieczenie:

Tabela 2

L.p.	Apelacja	Liczba umów przewłaszczenia na zabezpieczenie w 2015 r.	Odsetek umów przewłaszczenia na zabezpieczenie w skali kraju	Liczba protokołów wizytacji bądź lustracji
1.	warszawska	364	25,82%	2
2.	katowicka	220	15,60%	3
3.	gdańska	171	12,13%	1
4.	lubelska	141	10,00%	4
5.	krakowska	132	9,36%	0
6.	wrocławska	132	9,36%	7
7.	poznańska	91	6,45%	0
8.	szczecińska	67	4,75%	3
9.	łódzka	46	3,26%	7
10.	białostocka	36	2,55%	0
11.	rzeszowska	10	0,71%	1
	RAZEM	**1410**		**28**

Źródło: opracowanie własne z wykorzystaniem danych zawartych w: Akty notarialne w 2015 r. według okręgów, Ministerstwo Sprawiedliwości, https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-jednoroczne/rok-2015/download,3169,0.html (dostęp: 12.11.2019 r.).

Trzeba tu nadmienić, że protokoły lustracyjne wykazują pewne zróżnicowanie. Są bowiem protokoły bardziej i mniej szczegółowe. Wydaje się zatem, że treść

protokołów oraz stawianych zarzutów wynikają nie tylko z różnic dzielących analizowane umowy, ale także ze zróżnicowanych poglądów prawnych wizytatorów na konieczną i prawidłową treść przewłaszczenia na zabezpieczenie.

Ponadto, zwrócono się do Prezesów Rad Izb Notarialnych z prośbą o informacje na temat postepowań dyscyplinarnych z lat 2013–2017, w których zarzucano notariuszom uchybienia przy sporządzaniu umów przewłaszczenia na zabezpieczenie. Z odpowiedzi otrzymanych z Rad Izb Notarialnych w Białymstoku, w Gdańsku, w Katowicach, w Krakowie, w Lublinie, w Łodzi, w Rzeszowie i w Warszawie wynika, że jedno takie postępowanie toczyło się przed Sądem Dyscyplinarnym Izby Notarialnej w Gdańsku (bez sprecyzowania rozstrzygnięcia), trzy toczyły się przed Sądem Dyscyplinarnym Izby Notarialnej w Katowicach (jedno w 2013 r., które zakończyło się uznaniem za winnego, i dwa w 2016 r., w którym jedno zakończyło się uznaniem za winnego, a jedno uniewinnieniem – wyroki z 2016 r. są nieprawomocne). Ponadto, Prezes Rady Izby Notarialnej w Katowicach przesłał zanonimizowane kopie wniosków o ukaranie i orzeczeń w tych sprawach. Również i ten materiał uzupełniono wnioskami o wszczęcie postępowań dyscyplinarnych i orzeczeniami sądów dyscyplinarnych otrzymanymi z Ministerstwa Sprawiedliwości.

Wreszcie podstawą analizy były orzeczenia dyscyplinarne Sądu Najwyższego opublikowane w ogólnodostępnych bazach.

Wykorzystane materiały zostały powołane w przypisach. Z uwagi na zróżnicowaną formę tych dokumentów oraz różny stopień ich anonimizacji, odesłania zawarte w przypisach nie są jednakowe pod względem formalnym. Nie stosowano też skrótów tytułów raz powołanych dokumentów, gdyż zmniejszałoby to czytelność zawartych w tekście odwołań.

3. KONSTRUKCJA PRAWNA PRZEWŁASZCZENIA NA ZABEZPIECZENIE

Przewłaszczenie na zabezpieczenie jest jedną z umów, które nie zostały uregulowane w Kodeksie cywilnym jako odrębna umowa nazwana. Jej podstawowe elementy zostały ukształtowane przez praktykę[3]. Dopuszczono również możliwość przewłaszczenia na zabezpieczenie nieruchomości, mimo początkowych oporów związanych z wątpliwościami, czy przewłaszczenie na zabezpieczenie nieruchomości nie stoi w sprzeczności z zakazem przenoszenia własności nieruchomości pod warunkiem lub z zastrzeżeniem terminu[4].

[3] Umowa przewłaszczenia na zabezpieczenie została wymieniona jako sposób zabezpieczenia wierzytelności banku w art. 101 ust. 1 ustawy z 29.08.1997 r. – Prawo bankowe (tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r. poz. 2187 ze zm.). Regulacja ta jest jednak fragmentaryczna (E. Gniewek [w:] *System prawa prywatnego*, t. 3, *Prawo rzeczowe*, red. E. Gniewek, Warszawa 2013, s. 565) oraz ograniczona wyłącznie do przewłaszczenia rzeczy ruchomych i papierów wartościowych. Nie można więc, moim zdaniem, tego przepisu uznać za ustawowe, kompleksowe uregulowanie umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie.

[4] Dyskusja ta wydaje się obecnie przebrzmiała. Argumenty obu stron wyrażane w okresie, gdy problem ten był w nauce prawa żywy omawiają m.in. J. Pazdan, *Przewłaszczenie na zabezpieczenie*, „Rejent" 1994/1, s. 20–23; A. Szlęzak, *Przewłaszczenie na zabezpieczenie rzeczy przyszłych, rzeczy oznaczonych co do gatunku oraz nieruchomości*, „Rejent" 1995/2, s. 125–130; R. Rykowski, *Dopuszczalność przewłaszczenia na zabezpieczenie nieruchomości*, „Przegląd Prawa Handlowego" 1995/6, s. 14–26; A. Bieranowski, *Spór o dopuszczalność przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie*, cz. 1, „Radca Prawny" 1999/3, s. 53–62; A. Bieranowski, *Spór o dopuszczalność przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie*, cz. 2, „Radca Prawny" 1999/4, s. 86–93. Jednym z ostatnich zdecydowanych głosów przeciwko dopuszczalności przewłaszczenia na zabezpieczenie nieruchomości jest stanowisko wyrażone w: E. Majwald-Lasota, *Przewłaszczenie nieruchomości na zabezpieczenie*, „Rejent" 2003/3, s. 140–143.

Istotą przewłaszczenia na zabezpieczenie nieruchomości jest rozporządzenie nią przez właściciela (dalej przewłaszczający lub dotychczasowy właściciel) na rzecz innej osoby (dalej także wierzyciel) w celu zabezpieczenia określonej wierzytelności. Oznacza to, że przyczyną prawną (kauzą) tego rozporządzenia nie jest *causa solvendi*, czyli spełnienie świadczenia polegającego (w tym przypadku) na definitywnym przeniesienu własności nieruchomości, lecz zagwarantowanie wierzycielowi możliwości zaspokojenia się z tej nieruchomości w przypadku niespełnienia przez dłużnika (którym zazwyczaj jest przewłaszczający, aczkolwiek teoretycznie można sobie wyobrazić, iż przewłaszczający zabezpiecza przewłaszczeniem na zabezpieczenie cudzy dług) spłatę cudzego długu. Umowa przewłaszczenia na zabezpieczenie nie jest więc dokonywana ani w celu nabycia przez wierzyciela przewłaszczanej nieruchomości, ani w celu zaciągnięcia przez dłużnika zobowiązania (*causa obligandi vel acquirendi*), ani w celu zwolnienia się przez dłużnika ze zobowiązania (*causa solvendi*), ani w celu bezpłatnego przysporzenia na rzecz wierzyciela (*causa donandi*), lecz w celu zabezpieczenia zobowiązania (*causa cavendi*)[5].

Ten cel umowy jest kluczowy dla całej jej konstrukcji[6]. Jeżeli umowa przewłaszczenia na zabezpieczenie w swojej konstrukcji nie służy zabezpieczeniu, lecz wzbogaceniu wierzyciela, to jest ona pozbawiona przyczyny prawnej. Zgodnie z art. 156 k.c., jeżeli zawarcie umowy przenoszącej własność następuje w wykonaniu zobowiązania wynikającego z uprzednio zawartej umowy zobowiązującej do przeniesienia własności, to z zapisu zwykłego, z bezpodstawnego wzbogacenia lub z innego zdarzenia, ważność umowy przenoszącej własność zależy od istnienia tego zobowiązania. W przypadku umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie tym zobowiązaniem będzie zobowiązanie się dłużnika do zabezpieczenia swojego długu. Zgodnie zaś z art. 158 *in fine* k.c. zobowiązanie to powinno być wymienione w akcie notarialnym dokumentującym umowę przewłaszczenia na zabezpieczenie. Oznacza to, że w tym akcie notarialnym musi być wprost wskazane, iż przeniesienie własności nieruchomości następuje w celu zabezpieczenia określonej wierzytelności. Powoduje to, że nieistnienie wierzytelności (najczęściej z powodu nieważności umowy kredytu lub pożyczki) powoduje nieważność umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie[7].

Umowa przewłaszczenia na zabezpieczenie ma więc charakter akcesoryjny wobec zabezpieczanej wierzytelności[8]. W umowie powinna być zatem wskazana

[5] J. Skąpski, *Przewłaszczenie na zabezpieczenie*, „Studia Cywilistyczne" 1969, t. 13/14, s. 317; J. Pazdan, *Przewłaszczenie*..., s. 26; A. Bieranowski, *Spór*..., cz. 1, s. 57; R. Rykowski, *Dopuszczalność*..., s. 15; M. Orlicki, *Przewłaszczenie na zabezpieczenie*, Warszawa 1996, s. 23–24; A. Konon, *Przewłaszczenie nieruchomości na zabezpieczenie* [w:] *Prace z prawa cywilnego*, red. E. Skowrońska-Bocian, W. Borysiak, Warszawa 2010, s. 184; E. Gniewek [w:] *System*..., t. 3, s. 566–567. Istnieje jednak pogląd, że kauzą umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie jest *causa obligandi*, polegająca na tym, iż przewłaszczający chce uzyskać zobowiązania drugiej strony do udzielenia mu kredytu (por. szerzej rozważania w: J. Gołaczyński, *Przewłaszczenie na zabezpieczenie*, Warszawa 2004, s. 48–50; do tego poglądu przychyla się A. Szlęzak w: *Przewłaszczenie*..., s. 116–117). Słusznie jednak J. Gołaczyński zauważa, że nie zawsze przewłaszczenie na zabezpieczenie będzie dokonywane w celu uzyskania kredytu i pożyczki, gdyż można zabezpieczyć także istniejący dług. Poza tym pogląd taki sugeruje, że kredyt jest udzielany w zamian za zabezpieczenie, co jest nieprawdą, gdyż zabezpieczenie nie jest świadczeniem wzajemnym wobec zabezpieczanej wierzytelności.

[6] Por. wyrok SN z 13.05.2011 r., V CSK 360/10, Legalis nr 440139.

[7] Por. wyrok SN z 13.05.2016 r., III CSK 247/15, Legalis nr 1488819. Teza tego wyroku wskazana w systemie Legalis stwierdza co innego, ale wynika to z konkretnego stanu faktycznego, gdzie umowa przewłaszczenia na zabezpieczenie nie zabezpieczała zobowiązania wynikającego z umowy pożyczki, lecz zobowiązanie wynikające z bezpodstawnego wzbogacenia.

[8] E. Gniewek [w:] *System*..., t. 3, s. 568. Oczywiście jest to akcesoryjność specyficzna. Jak zostanie wyjaśnione poniżej, samo wygaśnięcie wierzytelności nie będzie powodować zwrotnego przeniesienia własności nieruchomości, a jedynie zobowiązanie wierzyciela do zwrotnego przeniesienia własności (zwraca na to uwagę M. Orlicki w: *Przewłaszczenie*..., s. 56).

zabezpieczana wierzytelność w swojej maksymalnej wysokości[9]. W praktyce zdarza się, że umowa pożyczki jest zawierana w tym samym akcie, w jakim jest zawierana umowa przewłaszczenia na zabezpieczenie[10].

Powyżej opisany cel i przyczyna prawna przewłaszczenia na zabezpieczenie determinują kolejne konieczne postanowienia umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie, które można uznać za *essentialia negotii* tej umowy. Abstrahuję tu od dyskusji, czy umowy nienazwane mają swoje *essentialia negotii*; w tym miejscu chodzi jedynie o to, jakie są konieczne postanowienia umowy, by uznać ją za umowę zawartą w celu przewłaszczenia na zabezpieczenie. Brak tych elementów będzie powodował, że umowy takiej nie będzie można uznać za umowę zawartą „na zabezpieczenie", a zatem *cavendi causa*. To będzie z kolei oznaczać, że umowa taka nie będzie miała swojej przyczyny prawnej, a zatem będzie nieważna, chyba że *in concreto* możliwa będzie jej kwalifikacja jako innej umowy.

Najważniejszym postanowieniem umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie, poza samym przeniesieniem własności nieruchomości na wierzyciela, jest zobowiązanie tegoż wierzyciela do zwrotnego przeniesienia własności nieruchomości w przypadku spełnienia świadczenia albo wygaśnięcia zabezpieczanej wierzytelności z innej przyczyny (*pactum fiduciae*)[11]. Będzie to zatem zobowiązanie do przeniesienia własności nieruchomości zawarte pod warunkiem (ale teoretycznie może być to też termin), co – w przeciwieństwie do samego przeniesienia własności nieruchomości, jest – zgodnie z art. 157 § 2 k.c. – dopuszczalne[12]. Tylko bowiem takie postanowienie będzie czyniło z umowy przewłaszczenia umowę dokonaną na zabezpieczenie, a nie w celu definitywnego rozporządzenia własnością nieruchomości. Umowa, która nie zawiera takiego zobowiązania, nie będzie zatem umową przewłaszczenia na zabezpieczenie[13].

Należy postulować, by w umowie przewłaszczenia na zabezpieczenie został uregulowany również sposób zaspokojenia się wierzyciela z przewłaszczanej nieruchomości[14]. Skoro bowiem przeniesienie na niego własności nieruchomości nie ma służyć przysporzeniu na jego rzecz, lecz wyłącznie zabezpieczeniu wierzytelności, wierzyciel może skorzystać z przysługującego prawa własności wyłącznie w celu zaspokojenia przysługującej mu wierzytelności. Może to być zarówno sprzedaż nieruchomości i wówczas uzyskane środki finansowe wierzyciel powinien zaliczyć na poczet zabezpieczanej wierzytelności, jak i definitywne przejęcie nieruchomości[15]

---

[9] E. Gniewek [w:] *System*…, t. 3, s. 570; H. Zbrzeżna-Cąkała, *Kilka uwag na temat umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie,* „Nowy Przegląd Notarialny" 2016/1, s. 44.

[10] Praktykę taką stwierdziła SSA E.K., wizytator ds. cywilnych Sądu Apelacyjnego (dalej SA) w Katowicach, w protokole lustracji działalności notariusza M.W. z 4.07.2014 r. oraz SSA M.L., wizytator ds. cywilnych i notarialnych SA we Wrocławiu, w protokole wizytacji Kancelarii Notarialnej Notariusza E.W. z 26.10.2016 r.

[11] Por. A. Bieranowski, *Spór*…, cz. I, s. 60–61; A. Konon, *Przewłaszczenie*… [w:] *Prace*…, s. 176, 180; E. Gniewek [w:] *System*…, t. 3, s. 571.

[12] Por. J. Pazdan, *Przewłaszczenie*…, s. 24; J. Górecki, *Niektóre następstwa i skutki umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie,* „Rejent" 1997/4, s. 169–171; J. Gołaczyński, *Przewłaszczenie*…, s. 146–152; zob. wyroki SN: z 19.11.1992 r., II CRN 87/92, OSNCP 1993/5, poz. 89 oraz z 26.09.2007 r., IV CSK 118/07, OSP 2008/12, poz. 125.

[13] Por. J. Gołaczyński, *Przewłaszczenie*…, s. 201.

[14] SN uznał takie postanowienia za „pożądane" (por. postanowienie SN z 23.09.2016 r., SDI 45/16, Legalis nr 1507537).

[15] Rozróżnienia pomiędzy „wstępnym" a „definitywnym" nabyciem nieruchomości przy umowie przewłaszczenia na zabezpieczenie dokonał SN w wyroku z 27.06.1995 r., I CR 7/95, OSNC 1995/12, poz. 183. Por. też wyrok SN z 13.05.2011 r., V CSK 360/10.

przez wierzyciela, co nastąpi z chwilą, z którą wygaśnie jego zobowiązanie do zwrotnego przeniesienia własności. Jeżeli strony nic nie postanowią w tym przedmiocie, to zaspokojenie będzie następować właśnie poprzez wygaśnięcie zobowiązania do zwrotnego przeniesienia własności.

Jednak wszystkie te sposoby powodują konieczność rozliczenia przewłaszczenia na zabezpieczenie. Wyjątkowo bowiem jedynie (i – dodajmy – raczej przypadkowo) wartość przewłaszczanej nieruchomości będzie odpowiadać wysokości wierzytelności. Należy zatem postulować, by postanowienia takie znalazły się w umowie, jednak nie jest to konieczne. Jak bowiem stwierdził zasadnie Sąd Najwyższy: „[o]kreślone w umowie przewłaszczenia rzeczy na zabezpieczenie wierzytelności, sposób i warunki zaspokojenia się wierzyciela z przewłaszczonej rzeczy wiążą strony. W razie braku postanowień umownych w tym względzie wierzyciel może zaspokoić się – według swego wyboru – w każdy sposób, który nie jest sprzeczny z treścią stosunku prawnego łączącego strony, umową lub zasadami współżycia społecznego”[16]. Jeżeli wartość nieruchomości (w przypadku definitywnego przejęcia jej na własność przez wierzyciela) albo suma uzyskana ze sprzedaży będzie niższa niż wysokość zabezpieczanej wierzytelności, to wierzytelność ta wygaśnie jedynie w części. Jeżeli z kolei wartość nieruchomości lub cena uzyskana z jej sprzedaży będzie wyższa, to wierzyciel powinien zwrócić przewłaszczającemu powstałą różnicę. Raz jeszcze należy bowiem podkreślić, że umowa przewłaszczenia na zabezpieczenie nie ma bowiem służyć wzbogaceniu wierzyciela, lecz jedynie zabezpieczeniu wierzytelności i – ewentualnie – zaspokojeniu tej wierzytelności. Na takim, słusznym, stanowisku stanął Sąd Najwyższy[17].

4. OBLIGACYJNY CZY RZECZOWY CHARAKTER PRZEWŁASZCZENIA NIERUCHOMOŚCI NA ZABEZPIECZENIE

Z powyżej nakreślonej konstrukcji przewłaszczenia na zabezpieczenie wyłania się problem, czy jest ona umową prawa rzeczowego czy też umową obligacyjną. Ma to istotne znaczenie chociażby dla możliwości stosowania względem niej norm z art. 353^1 czy 388 k.c. Fakt, że umowa przewłaszczenia na zabezpieczenie jest dziełem praktyki, a nie woli ustawodawcy utrudnia to zadanie. W istocie bowiem to, co nazywamy umową przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie jest w istocie stosunkiem prawnym obejmującym zarówno elementy prawnorzeczowe, jak i obligacyjne. Elementem prawnorzeczowym będzie przeniesienie na wierzyciela własności nieruchomości *causae cavendi*. Elementem obligacyjnym będzie zaś zobowiązanie do przeniesienia własności nieruchomości na zabezpieczenie. Przewłaszczenie na zabezpieczenie *de lege lata* przyjmuje najczęściej formę umowy o podwójnym skutku: zawierającej w sobie zarówno zobowiązanie do przeniesienia własności nieruchomości w celu zabezpieczenia określonej wierzytelności, jak i rozporządzenie tą nieruchomością[18]. Oczywiście zobowiązanie może się znajdować w innej umowie, np. już w samej umowie tworzącej zabezpieczaną wierzytelność. E. Gniewek uważa, że w praktyce rzadkie jest zawieranie tej umowy w wykonaniu

[16] Wyrok SN z 27.06.1995 r., I CR 7/95.
[17] Wyrok SN z 13.05.2011 r., V CSK 360/10.
[18] A. Szlęzak, *Przewłaszczenie*…, s. 113–115; A. Bieranowski, *Konstrukcja prawna przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie*, „Rejent” 2003/7–8, s. 83–84; A. Konon, *Przewłaszczenie*… [w:] *Prace*…, s. 175.

uprzedniego zobowiązania[19], jednak należy zauważać, iż w umowach kredytu czy pożyczki niejednorodnie zdarza się zobowiązanie się dłużnika do ustanowienia takiego właśnie zabezpieczenia[20].

Umowa przewłaszczenia na zabezpieczenie nie polega jednak wyłącznie na przeniesieniu własności nieruchomości na wierzyciela. Aby w istocie stało się to *causae cavendi*, potrzebne jest zobowiązanie wierzyciela do zwrotnego przeniesienia własności nieruchomości po spełnieniu świadczenia przez dłużnika. Jak widać, to zobowiązanie do zwrotnego przeniesienia własności ma charakter warunkowy, a zatem nie może mieć charakteru rzeczowego (art. 157 § 1 k.c.) i do jej wykonania jest potrzebna odrębna umowa o charakterze rzeczowym (art. 157 § 2 k.c.).

Umowa przewłaszczenia na zabezpieczenie, w swoim aspekcie obligacyjnym, jest umową dwustronnie zobowiązującą. Właściciel nieruchomości zobowiązuje się przenieść na wierzyciela własność tej nieruchomości w celu zabezpieczenia swojego lub cudzego długu, a wierzyciel zobowiązuje się (warunkowo) do zwrotnego przeniesienia własności tej nieruchomości na przewłaszczającego. Nie jest to jednak umowa wzajemna. Zobowiązanie do zwrotnego przeniesienia nieruchomości nie jest bowiem zaciągane „w zamian za" zobowiązanie się właściciela nieruchomości do przeniesienia jej własności na zabezpieczenie. Świadczenie jednej ze stron (przeniesienie własności na zabezpieczenie) nie jest odpowiednikiem świadczenia drugiej strony (zwrotne przeniesienie własności), lecz to drugie jest konsekwencją pierwszej. Podobną konstrukcję spotkamy przy pożyczce – obowiązek zwrotu przedmiotu pożyczki nie jest ekwiwalentem jej udzielenia (czyli przeniesienia własności pieniędzy lub rzeczy na pożyczkobiorcę).

W konsekwencji, należy stwierdzić, że umowa przewłaszczenia na zabezpieczenie, jako umowa obligacyjna, będzie podlegała miernikowi dopuszczalności swobody umów wskazanemu w art. 353^1 k.c. Nie będzie się natomiast stosowało do niej normy z art. 388 k.c. dotyczącej wyzysku, jako że nie jest ona umową wzajemną[21].

5. ZAKRES OBOWIĄZKÓW NOTARIUSZA

Zgodnie z art. 80 ust. 2 ustawy z 14.02.1991 r. – Prawo o notariacie[22] przy dokonywaniu czynności notarialnych notariusz jest obowiązany czuwać nad należytym zabezpieczeniem praw i słusznych interesów stron oraz innych osób, dla któ-

[19] E. Gniewek [w:] *System*..., t. 3, s. 568.

[20] Zasadą jest, że umowa przewłaszczenia na zabezpieczenie przenosi własność rzeczy na wierzyciela. Jest ona zatem skonstruowana jako umowa o podwójnym, zobowiązująco-rozporządzającym skutku (art. 155 § 1 k.c.). Teoretycznie jest możliwe, by umowa przewłaszczenia na zabezpieczenie zawierała wyłącznie element obligacyjny, tj. zobowiązanie dłużnika do przeniesienia własności rzeczy, jednak w praktyce takie umowy raczej nie występują.

[21] Kwestia, czy przepis o wyzysku znajduje zastosowanie jedynie do umów wzajemnych jest w nauce prawa kontrowersyjny i przekracza ramy niniejszego opracowania (za dopuszczalnością stosowania art. 388 k.c. do umów niebędących wzajemnymi opowiadali się A. Cisek, J. Kremis, *Z problematyki wyzysku w ujęciu Kodeksu cywilnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 1979/3, s. 62; M. Gutowski [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1, red. M. Gutowski, Warszawa 2019, s. 291–292; P. Horosz [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Załucki, Warszawa 2019, komentarz do art. 388, nb 2. Za stosowaniem art. 388 k.c. wyłącznie do umów wzajemnych wypowiedział się W. Popiołek [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2017, s. 1318. Należy jednak zwrócić uwagę, że art. 388 k.c. posługuje się pojęciem „w zamian". W przypadku umów niebędących umowami wzajemnymi nie można się domagać równoważności świadczeń.

[22] Tekst jedn.: Dz.U. z 2017 r. poz. 2291 ze zm. – dalej pr. not.

rych czynność ta może powodować skutki prawne. Wynikają z niego standardy staranności notariusza, które muszą być postrzegane w świetle szczególnej staranności, do jakiej notariusz jest zobligowany na podstawie art. 49 pr. not. Norma ta ma charakter blankietowy i musi być reinterpretowana na gruncie każdej konkretnej czynności notarialnej, w celu zapewnienia efektywnej realizacji przez strony czynności notarialnej ich interesów[23]. Na notariuszu spoczywa obowiązek dbałości o interesy i słuszne prawa zarówno stron, jak i innych osób, na których sferę praw i interesów może oddziaływać czynność notarialna. Notariusz nie może jednak odmówić dokonania czynności z tej przyczyny, że grozi ona interesom lub prawom jakiejś osoby, lecz powinien zwrócić uwagę na jej skutki[24]. Z kolei § 3 art. 80 pr. not. nakłada na notariusza obowiązek udzielania odpowiednich wyjaśnień, ostrzeżeń i rad związanych z dokonywaną czynnością[25]. Ich nieudzielenie może oznaczać niewykonanie obowiązku prawnego i skutkować odpowiedzialnością notariusza z tytułu czynu niedozwolonego (art. 415 k.c.)[26]. Chodzi tu o wyjaśnienia konieczne, a zatem nieodzowne na gruncie konkretnej czynności prawnej i nie mogą one mieć charakteru porady prawnej[27]. Jak wyjaśnił Sąd Apelacyjny w Łodzi: „staranność zawodowa notariusza – poparta odpowiednim wykształceniem i fachowym przygotowaniem – odnosi się również do analizy oświadczeń wiedzy stron transakcji, o ile dotyczą rzeczy istotnych z punktu widzenia bezpieczeństwa i ryzyka transakcji oraz analizy stanu prawnego nieruchomości w kontekście wpisów i wzmianek o wpisach w księdze wieczystej (tym bardziej jeśli chodzi o wpis ostrzeżeń) tak aby zapewnić stronom należyte pouczenia i zapewnić w miarę możliwości najpełniejszą ochronę ich interesów”[28]. Z kolei Sąd Apelacyjny we Wrocławiu zasadnie zauważył, że: „[o]dpowiedzialność notariusza nie ogranicza się tylko do zawarcia umowy nieważnej, tj. sprzecznej z obowiązującym prawem. Hipoteza normy art. 49 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 2291) jest szersza, obejmując każde bezprawne i zawinione działanie notariusza przy wykonywaniu czynności notarialnych, prowadzące do powstania szkody u strony tej czynności lub osoby trzeciej. Notariusz ponosi odpowiedzialność także za szkodę wyrządzoną przy sporządzaniu aktu notarialnego na skutek niedopełnienia obowiązków informacyjnych o wszystkich konsekwencjach składanych przez klientów oświadczeń”[29].

Obowiązek udzielania odpowiednich pouczeń ma więc charakter bezwzględny i jest niesłychanie istotny, zwłaszcza dla zabezpieczenia ochrony słusznych praw i interesów słabszej ekonomicznie strony czynności prawnej. W kontekście umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie będzie się to przekładać na konkretne obowiązki informacyjne, o których będzie mowa poniżej.

Należy się zgodzić z poglądem, że udzielone pouczenia powinny zostać zawarte w treści aktu notarialnego[30].

[23] M. Grochowski [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1, red. K. Osajda, Warszawa 2017, s. 1174–1175.
[24] A.J. Szereda, *Czynności notarialne. Komentarz do art. 79–112 Prawa o notariacie*, Warszawa 2018, s. 93–94.
[25] A.J. Szereda, *Czynności*…, s. 95.
[26] Wyrok SN z 12.06.2002 r., III CKN 694/00, OSNC 2003/9, poz. 124.
[27] A.J. Szereda, *Czynności*…, s. 95–96.
[28] Wyrok SA w Łodzi z 9.10.2014 r., I ACa 241/14, Legalis nr 1163415.
[29] Wyrok SA we Wrocławiu z 28.10.2016 r., I ACa 1107/16, Legalis nr 1789078.
[30] A. J. Szereda, *Czynności*…, s. 97.

Powyższe obowiązki aktualizują się w sytuacji dokonywania przez notariusza czynności prawnie dopuszczalnej, lecz mającej swoje kompetencje dla sfery praw i interesów stron czynności i innych osób. W sytuacji zaś, w której strony chcą dokonać czynności, która w ocenie notariusza jest sprzeczna z prawem, ma on obowiązek odmówić jej dokonania na podstawie art. 81 pr. not. Chodzi tu o sprzeczność czynności z prawem materialnym, a nie tylko z Prawem o notariacie[31]. Czynność sprzeczna z prawem, to nie tylko czynność sprzeczna z ustawą, ale także sprzeczna z zasadami współżycia społecznego lub mająca na celu obejście prawa, a nawet sprzeczna z orzeczeniem sądowym kształtującym prawa i obowiązki stron[32].

6. ZAUWAŻONE KONTROWERSJE PRZY SPORZĄDZANIU UMÓW PRZEWŁASZCZENIA NIERUCHOMOŚCI NA ZABEZPIECZENIE

6.1. Określenie wartości nieruchomości

Pierwszym zastrzeżeniem wskazywanym zarówno w protokołach z wizytacji i lustracji kancelarii notarialnych[33], jak i pojawiającym się w orzecznictwie sądów dyscyplinarnych i Sądu Najwyższego, jest kwestia obowiązku wskazania w umowie przewłaszczenia na zabezpieczenie wartości przewłaszczanej nieruchomości. Należy zatem ustalić, po pierwsze, jakie znaczenie ma wskazanie tej wartości w akcie notarialnym i jakie są konsekwencje braku takiego wskazania, oraz, po drugie, w jaki sposób taka wartość powinna być określona.

Wskazuje się, że określenie wartości przewłaszczanej nieruchomości ma zapobiegać zjawisku nadzabezpieczenia[34]. Głosy takie nie precyzują jednak, w jaki sposób ma to nastąpić. Należy bowiem zauważyć, że jest przesadnym wymaganiem, by wartość przewłaszczanej nieruchomości odpowiadała kwocie zabezpieczanej w ten sposób wierzytelności[35]. W istocie eliminowałby on taką instytucję z obrotu, bo rzadko kiedy dłużnik byłby właścicielem nieruchomości, której wartość odpowiadałaby zabezpieczanej wierzytelności. Będzie to raczej przypadek o charakterze wyjątku, a nie reguła.

---

[31] A.J. Szereda, *Czynności*..., s. 114.

[32] A.J. Szereda, *Czynności*..., s. 115–116; uchwała SN z 18.12.2013 r., III CZP 82/13, OSNC 2014/10, poz. 101.

[33] Por. sprawozdanie z lustracji Kancelarii Notarialnej z kwietnia 2017 r. przeprowadzonej przez SSA w st. spocz. T.S., wizytatora ds. cywilnych, notarialnych, komorniczych i egzekucyjnych SA w Gdańsku oraz protokół z wizytacji przeprowadzonej przez SSA M.L., wizytatora ds. cywilnych SA we Wrocławiu w dniach 17.04., 10.05. i 25.06.2013 r., a także wyciąg z protokołu wizytacji przeprowadzonej przez tę samą sędzię w dniach 14.11., 17.11. i 15.12.2014 r. Zarzut taki postawiono też w sprawie dyscyplinarnej toczącej się przed Sądem Dyscyplinarnym Izby Notarialnej w Katowicach, zakończonej orzeczeniem z 19.04.2017 r. (sygn. akt zanonimizowana) – notariusz został uniewinniony od tego zarzutu oraz w sprawie dyscyplinarnej toczącej się przed Sądem Dyscyplinarnym Izby Notarialnej w Katowicach, zakończonej orzeczeniem z 14.12.2016 r. (sygn. akt zanonimizowana) – notariusz został uznany za winnego, a także we wniosku ministra sprawiedliwości z 30.10.2013 r. o wszczęcie postępowania dyscyplinarnego skierowanym do Sądu Dyscyplinarnego Izby Notarialnej we Wrocławiu (znak DZP-IV-625–34/13) oraz we wniosku o wszczęcie postępowania dyscyplinarnego zawartym w Uchwale nr VIIII/374/2014 Rady Izby Notarialnej we Wrocławiu z 9.07.2014 r.

[34] Por. postanowienie SN z 23.09.2016 r., SDI 45/16; wyrok SN z 5.04.2018 r., SDI 130/17, Legalis nr 1749339 oraz wyrok SN z 12.10.2011 r., II CSK 690/10, OSNC – Zb. dodatkowy 2012/D, poz. 83, a także stanowisko wizytatora zawarte w analizie dotyczącej praktyki notarialnej w zakresie prawidłowości sporządzania umów przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie sporządzonej przez SSA A.M., wizytatora ds. cywilnych i notarialnych SA w Łodzi.

[35] Wątpliwości takie zgłoszono też w wyroku SN z 18.12.2015 r., SDI 55/15, Legalis nr 1370954 oraz w protokole z lustracji przeprowadzonej w lutym i 21.03.2014 r., sporządzonym przez SSA M.L., wizytatora ds. cywilnych i notarialnych SA we Wrocławiu.

W istocie – o czym jeszcze będzie mowa poniżej – zjawisku nadzabezpieczenia powinien przeciwdziałać mechanizm ewentualnego zaspokojenia się wierzyciela z przedmiotu zabezpieczenia. Nadzabezpieczenie nie polega bowiem na tym, że wartość przewłaszczanej nieruchomości jest wyższa niż wysokość zabezpieczanej wierzytelności, lecz na tym, iż wierzyciel będzie mógł uzyskać z przedmiotu zabezpieczenia więcej, niż wynosi jego wierzytelność. Należy tu (nie uprzedzając analizy kwestii zaspokojenia się wierzyciela z przedmiotu przewłaszczenia na zabezpieczenie) rozważyć, jaka jest konsekwencja wskazania w umowie przewłaszczenia na zabezpieczenie wartości nieruchomości.

Umowa przewłaszczenia na zabezpieczenie nie jest umową sprzedaży, nie jest też jakąkolwiek umową wzajemną. Właściciel nieruchomości nie przenosi jej własności na wierzyciela w zamian za jego świadczenie (*causa obligandi vel acquirendi*), lecz w celu zabezpieczenia swojego długu (*causa cavendi*). Oznacza to, że pojawiające się czasem w praktyce oświadczenia stron o ekwiwalentności wartości nieruchomości i wysokości wierzytelności nie mają znaczenia[36]. Nie czynią bowiem z umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie umowy wzajemnej. Ponieważ przewłaszczenie na zabezpieczenie ma służyć wyłącznie zabezpieczeniu wierzytelności, wierzyciel może skorzystać z przedmiotu przewłaszczenia wyłącznie w tym celu, co wynika z powierniczego charakteru przeniesienia własności w przypadku omawianej umowy[37]. Konsekwencją jest powszechnie przyjęte i zasadne stanowisko, że w przypadku braku ustaleń stron co do sposobu zaspokojenia się wierzyciela, znajdują zastosowanie przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu[38]. Wydaje się jednak, że pogląd ten należy rozszerzyć – nawet w przypadku umownego ustalenia sposobu zaspokojenia się wierzyciela, wierzyciel nie może zostać wzbogacony. Sprzeciwiałoby się to *casuae* umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie. Jak zauważył Sąd Najwyższy: „[k]onstrukcja praw zabezpieczających nie może służyć przejmowaniu przez wierzyciela przedmiotu zabezpieczenia na własność, w celu uzyskania zysku na jego sprzedaży, względnie zachowaniu jego własności za znacznie niższą od rynkowej wartość przejęcia. Taka postawa wierzyciela musiałaby zostać oceniona, jako naganna z punktu widzenia zasad uczciwego obrotu, skoro zmierza do uzyskania nieusprawiedliwionych zysków kosztem dłużnika, który znajduje się w sytuacji ekonomicznej zmuszającej go do korzystania z pozabankowej pożyczki, przy wykorzystaniu zabezpieczenia rzeczowego w postaci zamieszkiwanego przez niego lokalu. Nie ma wprawdzie przeszkód, by podmioty prawa cywilnego w obrocie kredytowym zawierały umowy, będące odpowiedzią na pilne potrzeby jednej z nich, granicą ich akceptacji jest jednak sprzeczność czynności kreującej zabezpieczenie z zasadami współżycia społecznego. System prawny nie powinien bowiem tolerować nadużycia konstrukcji prawa zabezpieczającego (art. 58 § 2 k.c.). Zabezpieczenie powinno, służyć wyłącznie umożliwieniu wierzycielowi zaspokojenia w przypadku niewykonania przez dłużnika zobowiązania, do wysokości przysługującej mu

[36] Na takie postanowienia zwrócono uwagę w wyciągu z protokołu lustracji z 6.08.2015 r., sporządzonego przez SSA M.L., wizytatora ds. cywilnych i notarialnych, w wyciągu z protokołu wizytacji przeprowadzonej przez tę samą sędzię w dniach 14.11., 17.11. i 15.12.2014 r. oraz w wyciągu z protokołu wizytacji przeprowadzonej przez tę samą sędzię 26.03.2013 r.

[37] E. Gniewek [w:] *System*…, t. 3, s. 570.

[38] Por. H. Zbrzeżna-Cąkała, *Kilka uwag*…, s. 45.

wierzytelności, a nie nieuzasadnionemu przysporzeniu zabezpieczającemu na rzecz wierzyciela"[39]. Z poglądem tym należy się zgodzić. Przewłaszczenie na zabezpieczenie nie służy uzyskaniu przez wierzyciela korzyści czy nabycia własności nieruchomości, lecz zabezpieczeniu jego roszczenia. Zabezpieczenie to polega na możliwości zaspokojenia się z przedmiotu przewłaszczenia. Zaspokojenie się, prowadzące do wygaśnięcia zabezpieczanej wierzytelności w całości lub w części, jest zaś kategorią obiektywną. Nie chodzi tu bowiem o wycenę wartości przedmiotu zabezpieczenia (jak w przypadku sprzedaży), lecz o wartość tego przedmiotu (jako kategorii obiektywnej). Nie o ekwiwalentność świadczeń w rozumieniu stron (gdyż jak wspomniano umowa przewłaszczenia na zabezpieczenie nie jest umową wzajemną), lecz o relację w jakiej ma się otrzymana przez wierzyciela korzyść do wysokości zabezpieczanej wierzytelności. Chociaż do przewłaszczenia na zabezpieczenie nie będzie znajdował zastosowania art. 388 k.c., można odwołać się do pojęć, jakimi się ten przepis posługuje. W zaspokojeniu się z przedmiotu zabezpieczenia chodzi o obiektywną wartość nieruchomości[40], gdyż chodzi o obiektywny skutek, jakim jest wygaśnięcie zabezpieczanej wierzytelności w całości lub w części. Należy też zauważyć, że w przypadku innych praw mających na celu zaspokojenie roszczeń, ustawodawca ściśle określił, kiedy istnieje możliwość zaspokojenia się wierzyciela przez przejęcie własności przedmiotu zabezpieczenia i jak w takiej sytuacji określił sposoby ustalenia wartości przedmiotu zabezpieczenia[41]. Możliwość wiążącego ustalenia wartości przedmiotu zabezpieczenia przez strony przewidziano w art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy o zastawie rejestrowym. Wydaje się, że przepis ten należy rozumieć jako szczególny, wyjątkowo dopuszczający możliwość wiążącego określenia przez same strony wartości przejmowanego na własność przez wierzyciela przedmiotu zabezpieczenia. W przeciwnym razie przepis ten stanowiłby *superfluum*. Oczywiście w przypadku przewłaszczenia na zabezpieczenie, własność przedmiotu zabezpieczenia od razu przechodzi na wierzyciela, odpowiednikiem więc przejęcia przedmiotu zastawu na własność w przypadku przewłaszczenia na zabezpieczenie będzie wygaśnięcie roszczenia przewłaszczającego o zwrotne przeniesienie własności nieruchomości. Tym samym zawsze też, gdy wierzyciel na skutek zaspokojenia się z przedmiotu przewłaszczenia na zabezpieczenie uzyskuje korzyść przekraczającą wysokość jego wierzytelności – jest bezpodstawnie wzbogacony.

Należy bowiem zauważyć, że bezpodstawne wzbogacenie jest pozaumownym źródłem zobowiązania. Roszczenie o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia powstaje niezależnie od woli zaangażowanych w bezpodstawne wzbogacenie podmiotów. Źródłem roszczenia o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia nie jest czynność prawna, lecz zdarzenie o charakterze faktycznym. Prowadzi to do wniosku, że wskazanie w umowie przewłaszczenia na zabezpieczenie wartości nieruchomości nie przesądza jeszcze tego, czy w przypadku zaspokojenia się przez wierzyciela z przedmiotu

[39] Wyrok SN z 31.03.2016 r., IV CSK 372/15, OSP 2019/4 poz. 35. Por. też wyrok SN z 13.05.2011 r., V CSK 360/10 oraz uchwałę SN z 5.05.1993 r., III CZP 54/93, Legalis nr 28079.

[40] Co do rozróżnienia między subiektywną a obiektywną wartością por. np. W. Popiołek [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2018, s. 114–115; M. Gutowski [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1, red. M. Gutowski, Warszawa 2019, s. 282; P. Mikłaszewicz [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3A, red. K. Osajda, Warszawa 2017, s. 291 czy wyrok SA w Białymstoku z 27.10.2014 r., I ACa 530/04, „Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych" 2005/9, poz. 37.

[41] Por. art. 22 ustawy z 6.04.1996 r. o zastawie rejestrowym (tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r. poz. 2017) i art. 313 k.c.

przewłaszczenia dojdzie do jego bezpodstawnego wzbogacenia czy też nie[42]. Skoro bowiem źródłem bezpodstawnego wzbogacenia jest zdarzenie o charakterze faktycznym, zaś przewłaszczenie na zabezpieczenie nie jest ekwiwalentem świadczenia wierzyciela, to wskazanie w umowie wartości nieruchomości, dla ustalenia czy doszło do bezpodstawnego wzbogacenia, jest irrelewantne. Bezpodstawne wzbogacenie jest bowiem okolicznością obiektywną i polega na tym, że określona osoba uzyskuje kosztem drugiej korzyść bez podstawny prawnej. Nie ma więc tu znaczenia świadomość i wola stron. Jeżeli zatem strony w umowie o przewłaszczenie nieruchomości na zabezpieczenie roszczenia o zapłatę 100 000 zł ustalą wartość nieruchomości na 100 000 zł, zaś w rzeczywistości nieruchomość ta jest warta 1 000 000 zł i zarazem ustalą, że w przypadku braku zwrotu długu w terminie wygaśnie prawo dłużnika do żądania zwrotnego przeniesienia wartości tej nieruchomości, to wierzyciel taki będzie i tak bezpodstawnie wzbogacony, gdyż otrzymał rzecz o wartości dziesięciokrotnie przekraczającej wysokość swojej wierzytelności. Okoliczność, że strony w umowie ustaliły niższą wartość nieruchomości, nie ma tu więc znaczenia, gdyż o bezpodstawnym wzbogaceniu decydują okoliczności faktyczne, a nie wola stron. Ponadto, należy podkreślić, że strony w umowie wskazują wartość nieruchomości na dzień zawarcia umowy, zaś kwestie zaspokojenia się wierzyciela należy rozpatrywać na dzień, w którym roszczenie dotychczasowego właściciela nieruchomości (przewłaszczającego) wygaśnie. Kwoty te mogą się od siebie różnić, i to bardzo istotnie, zwłaszcza że oba te momenty może dzielić wiele lat.

Czym innym jest oczywiście to, że strony mogą w granicach przysługującej im swobody umówić się o zwolnienie osoby bezpodstawnie wzbogaconej z tego długu. Należy jednak przyjąć, że zawarte w umowie przewłaszczenia na zabezpieczenie postanowienie mówiące o tym, iż strony zwalniają wierzyciela z ewentualnego długu o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia z tytułu zaspokojenia się z nieruchomości o wartości wyższej niż kwota zabezpieczonej wierzytelności byłoby nieważne, jako sprzeczne z zasadami współżycia społecznego (art. 58 § 2 k.c.), a ponadto przeciwstawiałoby się ono celowi i naturze umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie, a dokładnie jej funkcji zabezpieczenia roszczenia wierzyciela, a nie dokonania nieodpłatnego przysporzenia na jego rzecz.

Ponieważ – jak wyjaśniono w pkt 5 powyżej – umowa przewłaszczenia na zabezpieczenie nie jest umową wzajemną, to nie ma znaczenia, że strony uzgodniły, iż wartość nieruchomości jest ekwiwalentna do wartości zabezpieczanego zobowiązania. W umowie przewłaszczenia na zabezpieczenie własność nieruchomości nie jest bowiem przenoszona w zamian za zabezpieczone świadczenia, lecz w celu ich

[42] Przypadki, w którym strony umawiały się, że w przypadku braku spłaty zabezpieczonej wierzytelności, wierzyciel będzie uprawniony do zatrzymania nieruchomości i zwrotu różnicy pomiędzy kwotą niespłaconej wierzytelności a wartością nieruchomości wskazaną w umowie, stwierdzono w protokole z lustracji z 25.10.2017 r., dokonanej przez wizytatora SA w Warszawie. Wizytator słusznie zwraca tu uwagę na konieczność zwrócenia przez notariusza stronom uwagi na potrzebę rozliczenia nadwyżki wartości nieruchomości nad kwotę udzielanej pożyczki. Nie precyzuje on jednak, czy chodzi o wartość nieruchomości wskazaną w umowie czy też o rzeczywistą wartość nieruchomości. Zauważa jednak swoje wątpliwości, co do sposobu ustalenia wartości nieruchomości w umowie przewłaszczenia na zabezpieczenie. Zarzut nieustalenia wartości nieruchomości znalazł się we wniosku Ministra Sprawiedliwości z 30.10.2013 r. o wszczęcie postępowania dyscyplinarnego, skierowanym do Sądu Dyscyplinarnego Izby Notarialnej we Wrocławiu (znak DZP-IV-625–34/13).

uzyskania. Świadczenia stron umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie (przeniesienie własności nieruchomości przez dotychczasowego właściciela na wierzyciela oraz zwrotne przeniesienie własności z wierzyciela na poprzedniego właściciela) nie są swoimi ekwiwalentami.

Powyższe rozważania prowadzą zatem do wniosku, że wskazanie w umowie wartości przewłaszczanej nieruchomości nie ma istotnego znaczenia dla ważności[43] i treści umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie[44]. Brak takiego wskazania nie czyni umowy nieważną, zaś zaniżona wycena nie będzie ograniczać praw dotychczasowego właściciela przewłaszczanej nieruchomości do podnoszenia roszczeń wobec wierzyciela z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia[45]. Nie oznacza to jednak, że nie należy postulować, by wartość nieruchomości była w umowach przewłaszczenia na zabezpieczenie podawana.

Trzeba bowiem zauważyć, że w umowach przewłaszczenia na zabezpieczenie przewłaszczający jest zazwyczaj osobą mającą słabszą pozycję ekonomiczną niż nabywający własność. Konieczność wskazania wartości nieruchomości w akcie notarialnym może więc służyć uświadomieniu stronom tej umowy (a zwłaszcza jej słabszej stronie) tego, że wartość nieruchomości nie odpowiada (czyli zazwyczaj przewyższa) wysokość zabezpieczanej wierzytelności. Zawarcie więc w umowie przewłaszczenia na zabezpieczenie wskazania wartości nieruchomości powinno być sygnałem dla przewłaszczającego, że nawet w przypadku zaspokojenia się z nieruchomości przez wierzyciela należy mu się różnica między wartością nieruchomości a wysokością jego długu. Innymi słowy, chociaż – jak wspomniano wcześniej – sama rozbieżność między wartością nieruchomości a zabezpieczaną wierzytelnością nie powoduje nieważności umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie, to jednak strony (a zwłaszcza dotychczasowy właściciel przewłaszczanej nieruchomości) powinny sobie z tej okoliczności zdawać sprawę. Notariusz nie może zatem odmówić sporządzenia aktu notarialnego niezawierającego wskazania wartości nieruchomości, jednak powinien strony do tego zachęcać, udzielając im odpowiednich pouczeń dotyczących sposobu zaspokojenia się wierzyciela i jego ewentualnego bezpodstawnego wzbogacenia zgodnie z art. 80 ust. 2 i 3 pr. not.[46]

Trzeba mieć też na uwadze, że wskazanie wartości przewłaszczanej nieruchomości może mieć znaczenie w kontekście prawidłowej oceny nie tylko samej umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie, lecz całego stosunku prawnego, obejmującego także zabezpieczaną wierzytelność (zazwyczaj wynikającą z umowy pożyczki) z punktu widzenia pozorności czynności prawnej lub obejścia prawa. Chodzi tu np. o przypadek, w którym strony pod pozorem przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie relatywnie niewysokiej wierzytelności, dokonują przewłaszczenia bardzo wartościowej nieruchomości, by ukryć rzeczywistą wolę zawarcia umowy sprzedaży. Innym przykładem będzie sytuacja, w której dysproporcja pomiędzy

[43] Nie ma więc racji SN, gdy twierdzi, że brak wskazania wartości nieruchomości będzie skutkować nieważnością umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie (por. postanowienie SN z 23.09.2016 r., SDI 45/16).

[44] Na decydujące znaczenie wskazania wartości rzeczy w umowie wskazuje J. Górecki, *Niektóre następstwa…*, s. 175.

[45] Zwrócono na to uwagę w sprawozdaniu z lustracji działalności notariusza R.R. dokonanej przez SSA E.K., wizytatora ds. cywilnych SA w Katowicach.

[46] Na udzielanie takich pouczeń wskazał SSA K.R., wizytator ds. notarialnych SA w Rzeszowie, w protokole lustracji przeprowadzonej 26.06.2017 r. w Kancelarii Notarialnej W.N.

zabezpieczaną wierzytelnością a wartością nieruchomości będzie miała na celu obejście przepisów o odsetkach maksymalnych albo o zakazie zastrzegania kary umownej za niewykonanie zobowiązania o charakterze pieniężnym. Wskazywanie wysokości zabezpieczanej wierzytelności lub algorytmu umożliwiającego ustalenie tej wysokości może ułatwiać wykrywanie takich praktyk, które mogą być ukierunkowane na obejście ustawy. Dysproporcja pomiędzy wartością nieruchomości a wysokością zobowiązania powinna skłonić notariusza do przeanalizowania dokonywanej czynności z punktu widzenia pozorności lub obejścia prawa i – w odpowiednich przypadkach – skłonić do dokonania adekwatnych pouczeń na podstawie art. 80 ust. 2 i 3 pr. not. lub wręcz do odmowy sporządzenia aktu notarialnego na podstawie art. 81 pr. not. Raz jeszcze należy podkreślić, że zasadniczo dysproporcja między wysokością wierzytelności a wartością nieruchomości nie jest niczym nadzwyczajnym, jednak powyżej opisane wątpliwości powinny wzbudzić dodatkowe postanowienia umowy (lub ich brak) albo dodatkowe okoliczności wskazujące, iż strony biorą pod uwagę, że wierzyciel będzie mógł zaspokoić się w większym zakresie niż to wynika z wysokości zabezpieczanej wierzytelności.

Kolejnym zagadnieniem wartym analizy jest sposób, w jaki wartość nieruchomości powinna zostać ustalona. Wydaje się, że znaczenie wskazania wartości nieruchomości w umowie przewłaszczenia na zabezpieczenie – z jednej strony – powinno powodować, iż nie powinno być wystarczające oświadczenie jej właściciela, zwłaszcza że może on nie być zainteresowany w podaniu jej rzeczywistej wartości, lecz – z drugiej strony – nie jest uzasadnione prowadzenie przez notariusza nadmiernego „dochodzenia" w celu ustalenia jej wartości, zwłaszcza że notariusz nie ma co do tego odpowiednich instrumentów (nie może zlecić wykonania wyceny przez biegłego rzeczoznawcę). Należy jednak przyjąć, że w większości przypadków wiedzę o cenach transakcyjnych nieruchomości będzie miał sam notariusz z urzędu, skoro wszystkie umowy przeniesienia własności nieruchomości muszą być sporządzone w formie aktu notarialnego. Notariusz, zwłaszcza doświadczony, powinien więc móc ocenić (w większości przypadków), czy wskazywana wartość rażąco odbiega od wartości rynkowej czy też nie.

W podsumowaniu należy stwierdzić, że zasadniczo rozbieżność pomiędzy wartością nieruchomości a zabezpieczaną wierzytelnością nie czyni umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie nieważną i jest dopuszczalne, a nawet w praktyce konieczne. Rozbieżność taka wraz z odpowiednimi okolicznościami towarzyszącymi może jednak świadczyć o woli ukrycia innej czynności prawnej lub obejścia prawa. Wskazanie wartości nieruchomości w umowie przewłaszczenia na zabezpieczenie nie jest konieczne i nie czyni takiej umowy nieważną. Nie wpływa również na możliwość późniejszego podniesienia przez byłego właściciela przewłaszczonej nieruchomości roszczeń z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia wobec nabywcy nieruchomości, nawet gdy jego wierzytelność odpowiada wartości nieruchomości wskazanej w umowie przewłaszczenia na zabezpieczenie, jeśli tylko wartość nieruchomości wskazana w umowie przewłaszczenia była niższa od rzeczywistej wartości tej nieruchomości. Wskazanie wartości nieruchomości jest jednak zalecane z przyczyn informacyjnych dla stron oraz w celu zbadania, czy strony nie dążą do obejścia prawa lub ukrycia innej czynności prawnej. Notariusz nie może jednak odmówić sporządzenia aktu notarialnego dokumentującego umowę przewłaszczenia

na zabezpieczenie, nawet jeśli strony odmówią wskazania wartości przewłaszczanej nieruchomości. Powinien je jednak do tego zachęcać i odpowiednio pouczać. Jeżeli strony wskażą tę wartość, to wydaje się, że wystarczające jest, by notariusz ocenił wiarygodność podanej wartości na podstawie swojego doświadczenia zawodowego i wiedzy urzędowej, jedynie w miarę potrzeby posiłkując się innymi źródłami.

6.2. Ustalenie sposobu zaspokojenia się wierzyciela

Jak już wspomniano wyżej, ustalenie sposobu zaspokojenia się wierzyciela z przedmiotu przewłaszczenia na zabezpieczenie nie stanowi *essentialium negotii* umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie. W przypadku braku postanowień umownych w tej kwestii, rozliczenie powinno nastąpić – jak słusznie zauważył Sąd Najwyższy – na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu.

Taka sytuacja naraża jednak na niedogodności obie strony umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie. Pozostawia również potencjalnie pole do sporu pomiędzy nimi w kwestii sposobu zaspokojenia się wierzyciela. W przebadanych sprawach występowały dwa sposoby regulowania omawianej kwestii:

a) definitywne wygaśnięcie obowiązku zwrotnego przeniesienia nieruchomości,
b) sprzedaż nieruchomości.

Pierwszy przypadek można nazwać sytuacją naturalną. Wierzyciel staje się właścicielem nieruchomości z chwilą zawarcia umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie. Nie oznacza to jeszcze, że w tym momencie następuje jego zaspokojenie. Jednak zaspokojenie – jak się wskazuje – następuje z chwilą, w której jego wierzytelność stanie się wymagalna i wygaśnie roszczenie dotychczasowego wierzyciela do zwrotnego przeniesienia jej własności[47]. W takiej sytuacji pozostaje cały czas aktualny problem wartości nieruchomości, a zatem tego, czy z chwilą zaspokojenia wierzyciela jego wierzytelność w całości wygasła, a jeżeli tak, to z kolei, czy nie nastąpiło jego bezpodstawne wzbogacenia. Powstaje zatem omawiany już wyżej problem ustalenia wartości nieruchomości. Była już o tym mowa, że nie jest wystarczające oparcie się w tej mierze na woli stron umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie[48]. Powstanie stanu bezpodstawnego wzbogacenia jest bowiem okolicznością obiektywną. Tym bardziej że pomiędzy zabezpieczaną wierzytelnością a przeniesieniem własności nieruchomości na zabezpieczenie nie zachodzi ekwiwalentność, gdyż (jak już była o tym mowa) przewłaszczenie nie jest dokonywane w zamian za świadczenie wierzyciela, lecz na zabezpieczenie zwrotu tego świadczenia. W przypadku więc, w którym strony postanawiają, że w sytuacji niespełnienia przez dłużnika świadczenia na rzecz wierzyciela w terminie prawo do żądania zwrotnego przeniesienia własności przewłaszczanej nieruchomości wygaśnie, notariusz powinien na podstawie art. 80 ust. 2 i 3 pr. not. pouczyć o tym, iż w takim razie zastosowanie mogą

[47] Por. wyrok SN z 27.06.1995 r., I CR 7/95.

[48] W praktyce występują przypadki, w których zaspokojenie ma nastąpić wyłącznie poprzez wygaśnięcie roszczenia o zwrotne przeniesienie nieruchomości. W takich przypadkach w umowie wskazano wartość nieruchomości odpowiadającą kwocie zabezpieczanej wierzytelności lub nieznacznie ją przewyższającą. Por. analizę dotyczącą praktyki notarialnej w zakresie prawidłowości sporządzania umów przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie sporządzoną przez SSA A.M., wizytatora ds. cywilnych i notarialnych SA w Łodzi.

znaleźć przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu i może się okazać, że wierzyciel będzie musiał zwrócić pewną część wartości nieruchomości na rzecz dotychczasowego właściciela. Z drugiej strony, notariusz powinien też ostrzec przewłaszczającego, że może się okazać, iż nieruchomość będzie mniej warta niż zabezpieczana wierzytelność, w związku z czym jego dług nie wygaśnie w całości.

Należy w tym miejscu rozważyć dopuszczalność postanowień umowy stwierdzających, że w przypadku przejęcia przez wierzyciela definitywnie nieruchomości na własność (tj. wygaśnięcia roszczenia o zwrotne przeniesienie własności nieruchomości) przewłaszczający zrzeka się wobec wierzyciela roszczeń o zwrot nadwyżki[49]. Trzeba tu zauważyć, że postanowienie takie stoi w sprzeczności z *causae* umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie. Przyczyną prawną tej czynności jest bowiem zabezpieczenie długu, a nie nabycie przez wierzyciela własności nieruchomości (*causa acquirendi*), a tym bardziej jego wzbogacenie pod tytułem darmnym (*causa donandi*). Analiza granic swobody kontraktowej stron przekracza jednak ramy niniejszego opracowania. Należy jednak wskazać, że sytuacja, w której strony umawiają się, iż wierzyciel nabędzie własność nieruchomości o wartości wyższej niż zabezpieczany dług, czyni taką umowę przewłaszczenia na zabezpieczenie (w jej aspekcie obligacyjnym) sprzeczną z właściwością i naturą tego stosunku zobowiązaniowego (art. 353^1 k.c.). Można oczywiście także bronić tezy, że w zakresie, w jakim wartość nieruchomości przekracza wartość zabezpieczonej wierzytelności, omawiane postępowanie umowne stanowi w istocie nie umowę przewłaszczenia na zabezpieczenie, lecz umowę darowizny. O tym jednak, jak również o wynikających z tego konsekwencjach, np. w zakresie prawa spadkowego czy podatkowego, notariusz powinien pouczyć strony.

Wykracza poza analizę praktyki notarialnej, lecz wymaga wspomnienia kwestia ustalenia, kiedy następuje bezpodstawne wzbogacenie wierzyciela. Wszakże nabywa on własność nieruchomości z chwilą zawarcia umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie. Dopóki jednak może się zaktualizować obowiązek zwrotnego przeniesienia własności nieruchomości na poprzedniego właściciela (przewłaszczającego), trudno jest mówić o efektywnym wzbogaceniu. Wzbogacenie następuje dopiero, gdy wygasa ewentualny obowiązek zwrotnego przeniesienia własności nieruchomości, a sama własność nieruchomości przestaje służyć zabezpieczeniu roszczenia, a zaczyna służyć jego zaspokojeniu. Dlatego też dla ustalenia, czy doszło do bezpodstawnego wzbogacenia (a także – w jakim zakresie została zaspokojona zabezpieczana wierzytelność) należy brać pod uwagę wartość nieruchomości z chwili, w której wygasło roszczenie dotychczasowego właściciela o zwrotne przeniesienie własności[50], a nie z chwili zawarcia umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie (ani także wartość wskazaną w tej umowie przez strony). Po pierwsze bowiem, dopiero w tym momencie można

[49] Taka praktyka została stwierdzona we wniosku Ministra Sprawiedliwości z 30.10.2013 r. o wszczęcie postępowania dyscyplinarnego, skierowanym do Sądu Dyscyplinarnego Izby Notarialnej we Wrocławiu (znak DZP-IV-625–34/13) oraz w protokole z wizytacji przeprowadzonej przez SSA M.L., wizytatora ds. cywilnych SA we Wrocławiu, w dniach 17.04., 10.05. i 25.06.2013 r., a także w wyciągu z protokołu lustracji sporządzonym przez tę samą sędzię 6.08.2015 r. Inny notariusz ujmował to jako uznanie, że przejęcie nieruchomości stanowi *datio in solutum* w rozumieniu art. 453 k.c. (z wyciągu z protokołu wizytacji przeprowadzonej przez tę samą sędzię 26.03.2013 r.).

[50] Podobnie J. Gołaczyński, *Przewłaszczenie*…, s. 223–224. SSA M.L. w wyciągu z protokołu lustracji z 6.08.2015 r. pisze o „uczciwej wycenie". Słusznie za błędne zostało uznane postanowienie uprawniające wierzyciela do sprzedaży nieruchomości za 50% jej wartości (z wyciągu z protokołu wizytacji przeprowadzonej przez tę samą sędzię w maju 2014 r.).

ustalić rzeczywistą wysokość niespełnionego zabezpieczanego długu. Dopiero w tym momencie wiadomo, ile dłużnik zapłacił, jaka jest wysokość należnych odsetek, czy innych zabezpieczonych przewłaszczeniem świadczeń ubocznych czy też kosztów. Dopiero również w chwili wygaśnięcia roszczenia o zwrot przewłaszczanej nieruchomości, wzbogacenie wierzyciela ma charakter definitywny.

Dlatego też należy postulować, by notariusze zachęcali do regulowania w umowach kwestii zaspokojenia się wierzyciela z przedmiotu przewłaszczenia[51]. Wprowadzenie umownego mechanizmu rozliczenia się stron z pewnością zwiększy bowiem poziom ochrony interesów obu stron.

W praktyce regulacje, o których mowa polegają na tym, że wierzyciel w sytuacji, w której wygaśnie jego roszczenie o zwrotne przeniesienie własności nieruchomości, ma prawo (lub nawet obowiązek) sprzedać nieruchomość, z uzyskanej ceny zatrzymać część odpowiadającą jego wierzytelności, zaś nadwyżkę zwrócić dotychczasowemu właścicielowi nieruchomości[52]. Rozwiązanie takie zasadniczo jest bardzo korzystne dla stron. Eliminuje bowiem ryzyko bezpodstawnego wzbogacenia się wierzyciela oraz wprowadza czytelne zasady wzajemnych rozliczeń. W praktyce mogą się jednak pojawiać pewne trudności. Umowy zazwyczaj nie przewidują sposobu znalezienia nabywcy na nieruchomość. Tymczasem wierzyciel, jako sprzedający, nie ma interesu w tym, aby nieruchomość sprzedać jak najdrożej (byleby oczywiście cena przewyższała wysokość jego wierzytelności). W skrajnych przypadkach może dochodzić do sytuacji, w której wierzyciel będzie celowo sprzedawał nieruchomość po zaniżonej cenie osobie przez siebie podstawionej, w celu jej przejęcia bez obowiązku rozliczenia albo dalszej sprzedaży po cenie rynkowej, ale już bez obowiązku zwrotu nadwyżki. Zabezpieczeniem przed takim działaniem może być przewidzenie w umowie prawa dotychczasowego właściciela do znalezienia nabywcy[53], ustalenie, że cenę nieruchomości ustali

[51] Podkreślił to SN w wyroku z 5.04.2018 r., SDI 130/17, oraz sędzia wizytator w analizie dotyczącej praktyki notarialnej w zakresie prawidłowości sporządzania umów przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie, sporządzonej przez SSA A.M., wizytatora ds. cywilnych i notarialnych SA w Łodzi. Na zawieranie takich postanowień pozwalających przewłaszczającemu wskazanie nabywcy lokalu oraz zapewniające mu zwrot ewentualnej nadwyżki (acz bez szczegółów) zwrócili uwagę SSA K.R., wizytator ds. notarialnych SA w Rzeszowie, w protokole lustracji przeprowadzonej 26.06.2017 r. w Kancelarii Notarialnej W.N. oraz SSA M.L., wizytator ds. cywilnych i notarialnych SA we Wrocławiu, w protokole wizytacji Kancelarii Notarialnej Notariusza E.W. z 26.10.2016 r. O uregulowaniu sposobu zaspokojenia się wierzyciela oraz rozliczeń nadwyżki, acz bez szczegółów (m.in. co do tego, jak określono wartość nieruchomości) wspomina się też w analizie dotyczącej praktyki notarialnej w zakresie prawidłowości sporządzania umów przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie, sporządzonej przez SSA A.M., wizytatora ds. cywilnych i notarialnych SA w Łodzi. Taki postulat zgłoszono też w protokole lustracji przeprowadzonej przez SSA M.L., wizytatora ds. cywilnych i notarialnych SA we Wrocławiu, w lutym i 21.03.2014 r., w wyciągu z protokołu lustracji sporządzonym przez tę samą sędzię 6.08.2015 r. oraz w wyciągu z protokołu wizytacji przeprowadzonej przez tę samą sędzię w dniach 14.11., 17.11. i 15.12.2014 r. Z kolei zarzut braku takich postanowień postawiono we wniosku o wszczęcie postępowania dyscyplinarnego, zawartym w uchwale nr VIIII/374/2014 Rady Izby Notarialnej we Wrocławiu z 9.07.2014 r. Zarzut braku takich postanowień przedstawiono też we wniosku o wszczęcie postępowania dyscyplinarnego, zawartym w uchwale nr VIIII/374/2014 Rady Izby Notarialnej we Wrocławiu z 9.07.2014 r. H. Zbrzeżna-Cąkała przedstawia całą procedurę, w jakiej powinno następować zaspokojenie się wierzyciela (H. Zbrzeżna-Cąkała, *Kilka uwag*…, s. 45–46).

[52] Podobnie, A. Konon, *Przewłaszczenie*… [w:] *Prace*…, s. 195. Stwierdzono także postanowienie, że w przypadku zatrzymania nieruchomości przez wierzyciela, gdy dłużnik spełnił częściowo świadczenie, powinien on zwrócić dłużnikowi spełnioną część świadczenia (wyciąg z protokołu lustracji sporządzonego przez SSA M.L., wizytatora ds. cywilnych i notarialnych SA we Wrocławiu z 6.08.2015 r.).

[53] W protokole lustracji Kancelarii Notarialnej D.K., sporządzonym przez SSA B.O. wizytatora ds. cywilnych SA w Lublinie, zauważono, że w jednej z umów strony zobowiązały się do wspólnego „zaakceptowania" nabywcy nieruchomości. Słusznie jednak pani wizytator wątpi w efektywność takiego postanowienia. W innym akcie umówiono się, że sprzedaż nieruchomości zostanie powierzona „renomowanemu" biuru pośrednictwa (wyciąg z protokołu wizytacji przeprowadzonej przez SSA M.L., wizytatora ds. cywilnych i notarialnych SA we Wrocławiu, w dniach 14.11., 17.11. i 15.12.2014 r.).

rzeczoznawca[54] albo umówienie się, iż sprzedaż nieruchomości nastąpi w drodze licytacji nadzorowanej przez komornika na podstawie art. 3 ust. 4 pkt 3 ustawy z 22.03.2018 r. o komornikach sądowych[55]. Trzeba jednak pamiętać, że, zgodnie z zasługującym na aprobatę stanowiskiem Sądu Najwyższego, na wierzycielu ciąży obowiązek dochowania należytej staranności przy sprzedaży przewłaszczonej rzeczy[56], zaś w przypadku jej niedochowania (sprzedaży po cenie niższej niż była możliwa do uzyskania), przewłaszczającemu przysługuje roszczenie z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania (art. 471 k.c.), które będzie mógł potrącić z długiem zabezpieczonym przewłaszczeniem na zabezpieczenie[57]. Nie wydaje się natomiast właściwe uznanie, że strony same mogą ustalić cenę, za jaką wierzyciel sprzeda nieruchomość[58], gdyż może to doprowadzać do istotnego pokrzywdzenia przewłaszczającego, który, ustalając wartość nieruchomości w chwili zawierania umowy, nie będzie działał zupełnie swobodnie w sensie ekonomicznym. Jak była już o tym mowa powyżej, ustalenie w akcie notarialnym wartości nieruchomości należy uznać za pozbawione większego znaczenia.

Trzeba jednak zwrócić uwagę, że odpowiednie ukształtowanie sposobu zaspokojenia się wierzyciela i rozliczenia przewłaszczenia na zabezpieczenie zależy od poziomu świadomości prawnej stron i przekracza możliwości urzędowe notariusza. Notariusz nie może odmówić sporządzenia umowy, która nie będzie zawierała takich postanowień, gdyż nie wpływają one na jej ważność. Również i obowiązek pouczeń zgodnie z art. 80 ust. 2 i 3 pr. not.[59] nie będzie wystarczający. Notariusz powinien bowiem pouczyć strony, iż w braku ustalenia w umowie zasad zaspokojenia się wierzyciela i wzajemnych rozliczeń (a czasem i mimo takich postanowień) zastosowanie znajdą przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu, i że wierzyciel w zakresie, w jakim nabywa nieruchomość o wartości wyższej niż zaspakajana wierzytelność, jest bezpodstawnie wzbogaconym i powinien tę różnicę dotychczasowemu właścicielowi nieruchomości zwrócić. Wydaje się jednak, że przekroczeniem kompetencji notariusza będzie pouczenie – w przypadku gdy strony umówią się, iż to wierzyciel ma sprzedać nieruchomość – że dotychczasowy właściciel powinien uważać, aby sprzedający starał się uzyskać rynkową cenę nieruchomości i aby nieruchomości po zaniżonej cenie nie nabyła osoba podstawiona.

Z omawianych przyczyn trudno wskazywać *in abstracto*, jaki powinien być wzorzec działania starannego notariusza w zakresie uregulowania sposobu rozliczenia się stron. Notariusz powinien w sporządzanych przez siebie projektach aktów notarialnych zawierać postanowienia dotyczące sposobu rozliczenia i pouczać

[54] H. Zbrzeżna-Cąkała, *Kilka uwag*…, s. 46.

[55] Dz.U. poz. 771 ze zm. Na to, że forma przetargu jest jedyną, „która nie wzbudza wątpliwości" zwracał uwagę J. Górecki w: *Niektóre następstwa*…, s. 175.

[56] M. Orlicki, *Przewłaszczenie*…., s. 57–59. Jak zauważył Sąd Najwyższy: „[w] płaszczyźnie obligacyjnej jest on [wierzyciel] zobowiązany postąpić z rzeczą, tak by został zaspokojony jego słuszny interes, ale i by ewentualna nadwyżka wartości prawa zabezpieczającego została przekazana dłużnikowi" (wyrok SN z 13.05.2011 r., V CSK 360/10).

[57] Uzasadnienie wyroku z 27.06.1995 r., I CR 7/95.

[58] J. Gołaczyński, *Przewłaszczenie*…, s. 220.

[59] H. Zbrzeżna-Cąkała stwierdza, że w przypadku „eskalacji" żądań wierzyciela notariusz „ma obowiązek dostrzec i zabezpieczyć prawa i słuszne interesy obu stron" (H. Zbrzeżna-Cąkała, *Kilka uwag*…, s. 47). Wydaje się jednak, że notariusz nie ma uprawnienia do zabezpieczenia interesów stron, jeśli nie chcą one zawrzeć umowy sprzecznej z prawem. Notariusz może pouczać strony i w ten sposób starać się wpłynąć na ich wolę, ale nie może tej woli zastąpić.

strony o korzyściach płynących z jak najbardziej szczegółowego ustalenia kwestii rozliczenia się stron, jednak nie może odmówić sporządzenia aktu notarialnego, jeśli strony postanowią, by w umowie przewłaszczenia na zabezpieczenie nie zawierać takich postanowień. Wyjątkowo tylko notariusz powinien odmówić sporządzenia aktu notarialnego na podstawie art. 81 pr. not., jeżeli postanowienia dotyczące sposobu zaspokojenia się wierzyciela mogą z dużym prawdopodobieństwem być krzywdzące dla przewłaszczającego. Takie postanowienia mogą być bowiem uznane za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, a tym samym nieważne (art. 58 § 2 i 3 k.c.). Ponieważ jednak przewłaszczający najczęściej będzie chroniony możliwością powołania się na bezpodstawne wzbogacenie się wierzyciela, przypadki, w których postanowienia umowy dotyczące zaspokojenia się wierzyciela rzeczywiście będą rażąco niekorzystne (niesprawiedliwe) dla przewłaszczającego należy uznać za niezmiernie rzadkie.

6.3. Wpis roszczenia do księgi wieczystej i inne zabezpieczenia zwrotnego przeniesienia własności nieruchomości

W umowie przewłaszczenia na zabezpieczenie przeniesienie własności nieruchomości ma – zgodnie z art. 155 § 1 k.c. – charakter konsensualny, a zatem wywiera skutek z chwilą zawarcia umowy. Z kolei zobowiązanie do zwrotnego przeniesienia własności nieruchomości przez wierzyciela na przewłaszczającego ma charakter obligacyjny, a zatem skuteczny wyłącznie pomiędzy stronami w umowie przewłaszczenia na zabezpieczenie. Powoduje to istotne ryzyko po stronie dotychczasowego właściciela nieruchomości. Jeżeli bowiem nabywca nieruchomości przeniesie własność nieruchomości na inną osobę, to jego zobowiązanie do zwrotnego przeniesienia nieruchomości w przypadku spełnienia świadczenia przez przewłaszczającego będzie w istocie nieskuteczne. Oczywiście możliwe jest zawarcie w umowie zobowiązania nabywcy do niezbywania nieruchomości w okresie, w jakim dotychczasowy właściciel będzie mógł spełnić zabezpieczone przewłaszczeniem świadczenie[60] i niewykonanie obowiązku obwarować karą umowną, jednak w praktyce takie postanowienia się nie zdarzają.

Stosowanym w praktyce zabezpieczeniem jest wpisanie roszczenia o zwrotne przeniesienie własności nieruchomości do księgi wieczystej przewłaszczanej nieruchomości[61]. Zgodnie z art. 16 ust. 1 ustawy z 6.07.1982 r. o księgach wieczystych i hipotece[62] w przypadkach przewidzianych w przepisach ustawowych w księdze wieczystej, poza prawami rzeczowymi mogą być ujawnione prawa osobiste i roszczenia. W szczególności może to być roszczenie o przeniesienie własności nieruchomości (art. 16 ust. 2 pkt 2 u.k.w.h.). Ponieważ zgodnie z art. 31 ust. 1 u.k.w.h.

[60] J. Gołaczyński uważa takie zobowiązanie za *implicite* wynikające z warunkowego charakteru zobowiązania do zwrotnego przeniesienia własności, przyznaje jednak, że sankcją za jego niewypełnienie jest tylko odpowiedzialność odszkodowawcza (J. Gołaczyński, *Przewłaszczenie*…, s. 149 i 210).

[61] Por. analizę dotyczącą praktyki notarialnej w zakresie prawidłowości sporządzania umów przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie sporządzoną przez SSA A.M., wizytatora ds. cywilnych i notarialnych SA w Łodzi, a także protokół lustracji przeprowadzonej przez SSA M.L., wizytatora ds. cywilnych i notarialnych SA we Wrocławiu, w lutym i 21.03.2014 r. W tym protokole stwierdzono jednak, że zdarzają się od tej reguły wyjątki, co należy uznać za nieprawidłowość.

[62] Tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r. poz. 1916 – dalej u.k.w.h.

wpis może być dokonany na podstawie dokumentu z podpisem notarialnie poświadczonym, jeśli przepisy szczególne nie przewidują innej formy dokumentu, podstawą takiego wpisu może być akt notarialny dokumentujący umowę przewłaszczenia na zabezpieczenie. Przewłaszczający ma więc prawo, na podstawie zawartego w umowie przewłaszczenia na zabezpieczenie zobowiązania wierzyciela do zwrotnego przeniesienia własności nieruchomości, ujawnić swoje roszczenie w dziale III księgi wieczystej prowadzonej dla tej nieruchomości. W myśl art. 92 § 4 zd. 2 pr. not. na żądanie strony wniosek taki składa za pośrednictwem systemu teleinformatycznego notariusz sporządzający akt notarialny. Wpis roszczenia do działu III księgi wieczystej będzie powodować zgodnie z art. 17 u.k.w.h., że roszczenie o zwrotne przeniesienie własności nieruchomości stanie się skuteczne względem praw nabytych przez czynność prawną po jego ujawnieniu. W przeciwnym razie przewłaszczającemu pozostanie możliwość żądania orzeczenia bezskuteczności tej ostatniej czynności względem niego na podstawie art. 59 k.c.[63] Trzeba jednak pamiętać, że warunkiem zastosowania dyspozycji z art. 59 k.c. jest, aby obie strony wiedziały o roszczeniu. W braku wzmianki w księdze wieczystej, to na przewłaszczającym będzie spoczywał ciężar wykazania, że nabywca nieruchomości wiedział o roszczeniu o zwrotne przeniesienie nieruchomości, co zazwyczaj będzie dowodem bardzo trudnym, jeśli nie wręcz niemożliwym. Wydaje się zatem, że jest obowiązkiem notariusza, by w ramach pouczeń udzielanych na podstawie art. 80 ust. 2 i 3 pr. not. poinformował strony o zagrożeniach płynących z obligacyjnego charakteru zobowiązania do zwrotnego przeniesienia własności nieruchomości oraz o prawie przewłaszczającego do żądania ujawnienia swojego roszczenia w księdze wieczystej, a także o prawie do żądania, by wniosek taki złożył notariusz[64]. Zaniechanie takiego pouczenia należy uznać za uchybienie obowiązkom staranności notariusza. Nie można natomiast stawiać notariuszowi zarzutu, że dokonał aktu notarialnego zawierającego umowę przewłaszczenia na zabezpieczenie bez wniosku o wpis roszczenia o zwrotne przeniesienie własności nieruchomości do księgi wieczystej, jeśli udzielił odpowiednich pouczeń, a mimo to przewłaszczający z uprawnienia tego nie skorzystał, gdyż brak żądania wpisu tego roszczenia do księgi wieczystej nie czyni umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie nieważną[65].

Zawarcie w umowie zobowiązania do zwrotnego przeniesienia własności nieruchomości (co zresztą stanowi *essentialium negotii* umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie) oraz wniosku o jego ujawnienie w księdze wieczystej nie wyczerpuje jednak zagadnienia zapewnienia przewłaszczającemu odpowiedniej ochrony jego praw. Zrzeczenie się prawa do żądania zwrotnego przeniesienia własności nieruchomości należy uznać za niedopuszczalne, jako sprzeczne z właściwością i naturą

[63] Na możliwości zastosowania art. 59 k.c. zwraca uwagę J. Górecki, *Niektóre następstwa*…, s. 172–173.

[64] Zwraca na to uwagę H. Zbrzeżna-Cąkała, *Kilka uwag*…, s. 43. O udzielaniu pouczeń o możliwości ujawnienia roszczenia o zwrotne przeniesienie własności nieruchomości wspomina protokół z lustracji z 25.10.2017 r., dokonanej przez wizytatora SA w Warszawie.

[65] Dlatego zbyt daleko, moim zdaniem, posuwa się SSA M.L., wizytator ds. cywilnych i notarialnych SA we Wrocławiu w protokole wizytacji Kancelarii Notarialnej Notariusza E.W. z 26.10.2016 r., która stwierdza, że wpis roszczenia o zwrotne przeniesienie własności nieruchomości jest istotnym postanowieniem umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie; w protokole lustracji przeprowadzonej w lutym i 21.03.2014 r., w wyciągu z protokołu wizytacji przeprowadzonej w dniach 14.11., 17.11. i 15.12.2014 r. oraz w wyciągu z protokołu wizytacji przeprowadzonej w maju 2014 r. Taki zarzut postawiono też we wniosku o wszczęcie postępowania dyscyplinarnego zawartym w uchwale nr VIIII/374/2014 Rady Izby Notarialnej we Wrocławiu z 9.07.2014 r.

umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie jako umowy zabezpieczającej dług, a nie rozporządzającej nieruchomością (art. 353^1 k.c.). Inną podstawę może stanowić sprzeczność takiej czynności z zasadami współżycia społecznego (art. 58 § 2 k.c.). Prowadzi to bowiem nie tylko do rażącego pokrzywdzenia przewłaszczającego, ale wręcz do unicestwienia samej konstrukcji prawnej przewłaszczenia na zabezpieczenie. Skoro bowiem nabywca nie będzie miał obowiązku prawnego (umownego) zwrotnego przeniesienia własności nieruchomości, to cała umowa przewłaszczenia na zabezpieczenie utraci swoją zabezpieczającą funkcję, a zatem przestanie być czynnością prawną dokonywaną *causae cavendi*. Skoro natomiast nie jest ona dokonywana z jakiejkolwiek innej przyczyny prawnej, stanie się ona nieważna jako pozbawiona kauzy. Notariusz ma więc obowiązek odmowy na podstawie art. 81 pr. not. sporządzenia aktu notarialnego zawierającego zrzeczenie się prawa do żądania zwrotnego przeniesienia własności nieruchomości, niezależnie od tego, czy ma być ono zawarte w samej umowie przewłaszczenia na zabezpieczenie czy też w odrębnym akcie notarialnym, także sporządzonym przez innego notariusza.

Trochę inaczej wygląda sytuacja ze zrzeczeniem się prawa do ujawnienia roszczenia o zwrotne przeniesienie własności nieruchomości[66]. Wykracza jednak poza ramy opracowania analiza, czy zrzeczenie się takiego prawa, jako uprawnienia o charakterze procesowym, jest w ogóle dopuszczalne[67]. Możliwy jest jednak również wariant, w którym przewłaszczający najpierw wnosi o ujawnienie swojego roszczenia o zwrotne przeniesienie własności nieruchomości, a następnie składa oświadczenie wyrażające zgodę na wykreślenie tego uprawnienia z księgi wieczystej. Teoretycznie bowiem prawo do zrzeczenia się takiego prawa mieści się w zakresie swobody czynności prawnych i autonomii jednostki. Ujawnienie roszczenia w księdze wieczystej jest bowiem prawem, a nie obowiązkiem uprawnionego i może on wyrazić zgodę na jego wykreślenie. Notariusz, który przyjmuje którekolwiek z takich oświadczeń (może to być przecież inny notariusz niż ten, który sporządził akt dokumentujący umowę przewłaszczenia na zabezpieczenie), powinien zatem dokładnie pouczyć stronę w trybie art. 80 ust. 2 i 3 pr. not. o konsekwencjach takiego działania. Wydaje się, że można się posunąć dalej i uznać, że zrzeczenie się prawa do ujawnienia roszczenia o zwrotne przeniesienie własności nieruchomości, jeśli w ogóle dopuszczalne, jest w sytuacji umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie czynnością prawną sprzeczną z zasadami współżycia społecznego i jako taka nieważną. Chociaż formalnie nie unicestwia ona konstrukcji przewłaszczenia na zabezpieczenie, to pozbawia ona słabszą stronę umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie instrumentu, który gwarantuje efektywne wykonanie jej praw.

Ciekawym zabezpieczeniem wykonania roszczenia o zwrotne przeniesienie własności nieruchomości było udzielenie przez wierzyciela nieodwołalnego

[66] Taką praktykę stwierdzono w protokole lustracji przeprowadzonej przez SSA M.L., wizytatora ds. cywilnych i notarialnych SA we Wrocławiu, w lutym i 21.03.2014 r. oraz w wyciągu z protokołu lustracji sporządzonego przez tę samą sędzię 6.08.2015 r. Zdarzało się też, że takie oświadczenie było składane do depozytu notarialnego, a jego wydanie wierzycielowi mogło nastąpić po upływie terminu na spłatę wierzytelności. Zarzut taki postawiono też notariuszowi we wniosku o wszczęcie postępowania dyscyplinarnego, zawartym w uchwale nr VIIII/374/2014 Rady Izby Notarialnej we Wrocławiu z 9.07.2014 r. Uchwała ta była konsekwencją wspomnianej wyżej lustracji.

[67] Chodzi oczywiście o zrzeczenie się uprawnienia prowadzące do jego wygaśnięcia. Możliwe jest bowiem zobowiązanie się do nieskorzystania z przysługującego prawa.

pełnomocnictwa przewłaszczającemu do zawarcia w jego imieniu umowy o zwrotne przeniesienie własności nieruchomości, w przypadku spełnienia przez przewłaszczającego zabezpieczonego przewłaszczeniem świadczenia[68]. Zgodnie z art. 101 § 1 k.c. pełnomocnictwo może być w każdym czasie odwołane, chyba że mocodawca zrzekł się odwołania pełnomocnictwa z przyczyn uzasadnionych treścią stosunku prawnego będącego podstawą pełnomocnictwa. Zgodnie zaś z art. 108 zd. 1 k.c. pełnomocnik nie może być drugą stroną czynności prawnej, której dokonuje w imieniu mocodawcy, chyba że co innego wynika z treści pełnomocnictwa albo iż ze względu na treść czynności prawnej jest wyłączona możliwość naruszenia interesów mocodawcy. Konstrukcja prawna i cel przewłaszczenia na zabezpieczenie uzasadnia zarówno nieodwołalność takiego pełnomocnictwa, jak i uprawnienie przewłaszczającego do zawarcia jako pełnomocnik takiej umowy z samym sobą. W praktyce może być jednak trudne wykazanie przez niego, że ziścił się warunek w postaci spełnienia zabezpieczonej wierzytelności w całości. Chodzi tu rzecz jasna nie o zapłatę kwoty głównej, lecz o to, czy spełnił on również wszelkie należności uboczne, przede wszystkim w zakresie odsetek. Ich suma nie może być bowiem w umowie przewłaszczenia na zabezpieczenia określona kwotowo.

6.4. Zabezpieczenie zwrotnego wydania nieruchomości

Zasadą przewłaszczenia na zabezpieczenie jest to, że posiadanie nieruchomości pozostaje w rękach dotychczasowego jej właściciela, który stanie się wówczas posiadaczem zależnym nieruchomości[69]. Celem przewłaszczenia jest bowiem zabezpieczenie określonej wierzytelności, nie zaś korzystanie z niej przez nabywcę. Jednak teoretycznie można sobie wyobrazić i inne rozwiązanie. Rodzi się zatem pytanie, czy w przypadku umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie można umówić się, że na nabywcę przejdzie także posiadanie przewłaszczonej nieruchomości? Nie można takiej możliwości *a limine* wykluczyć[70]. Może się bowiem zdarzyć, że przedmiotem przewłaszczenia będzie nieruchomość zbędna przewłaszczającemu albo przynajmniej taka, której utrata posiadania nie będzie godziła w jego żywotne interesy. Będzie tak np., gdy przedmiotem przewłaszczenia nie będzie lokal, w którym przewłaszczający zamieszkuje, lecz inny lokal, który przewłaszczający wynajmuje w celu uzyskania dodatkowego przychodu. Można sobie wreszcie wyobrazić sytuację, w której strony umawiają się, że wierzyciel, jako nabywca nieruchomości będzie z niej korzystał, zaś jej przychody naturalne, czy – częściej – cywilne, będzie zaliczał na poczet zabezpieczanej wierzytelności. Taka konstrukcja będzie się zbliżać

[68] Por. analizę dotycząca praktyki notarialnej w zakresie prawidłowości sporządzania umów przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie, sporządzoną przez SSA A.M., wizytatora ds. cywilnych i notarialnych SA w Łodzi.

[69] E. Gniewek [w:] *Kodeks*…, s. 569. Potwierdza to materiał badawczy. Por. sprawozdanie z lustracji działalności notariusza R.R. dokonanej przez SSA E.K., wizytatora ds. cywilnych SA w Katowicach, a także analizę dotyczącą praktyki notarialnej w zakresie prawidłowości sporządzania umów przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie sporządzoną przez SSA A.M., wizytatora ds. cywilnych i notarialnych SA w Łodzi oraz protokół z lustracji z 25.10.2017 r. dokonanej przez wizytatora SA w Warszawie.

[70] Por. J. Górecki, *Niektóre następstwa*…, s. 165. Tymczasem J. Gołaczyński uznaje uprawnienie dłużnika do korzystania z rzeczy za jego podstawowe prawo; wierzyciel, zdaniem tego autora, może przejąć posiadanie przewłaszczonej rzeczy dopiero po wygaśnięciu roszczenia o zwrotne przeniesienie własności (J. Gołaczyński, *Przewłaszczenie*…, s. 142).

do znanej dawnemu prawu polskiemu instytucji zastawu do wydzierżenia (ekstenuacji)[71]. Możliwość taka została dopuszczona w orzecznictwie Sądu Najwyższego[72].

Dlatego też za zasadniczo dopuszczalne należy uznać postanowienia umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie przewidujące przeniesienie posiadania nieruchomości na wierzyciela, chociaż, oczywiście, należy je w każdym przypadku badać z punktu widzenia ich zgodności z zasadami współżycia społecznego. Mogą bowiem nie być *in concreto* zgodne z tymi zasadami np. postanowienia umowy uprawniającej wierzyciela do objęcia w posiadanie lokalu mieszkalnego będącego przedmiotem przewłaszczenia na zabezpieczenie, w którym przewłaszczający zamieszkuje i którego z racji wieku lub niepełnosprawności nie może opuścić albo nie posiada on środków finansowych na nabycie lub najem innego lokalu.

W przypadku, gdy to wierzyciel obejmuje przedmiot przewłaszczenia na zabezpieczenie w posiadanie, samo roszczenie o zwrotne przeniesienie własności tej nieruchomości w przypadku spełnienia zabezpieczonego świadczenia (lub wygaśnięcia wierzytelności z innej przyczyny) nie będzie wystarczające dla odpowiedniego zabezpieczenia praw przewłaszczającego. Pozostaje bowiem nadal problem zwrotnego przeniesienia posiadania tej nieruchomości. Instytucją, która będzie zwalniać przewłaszczającego z konieczności wytaczania powództwa windykacyjnego jest poddanie się przez wierzyciela w akcie notarialnym egzekucji, w zakresie zwrotnego wydania nieruchomości przewłaszczającemu. Podstawą prawną jest tu art. 777 § 1 pkt 4 Kodeksu postępowania cywilnego[73], zgodnie z którym tytułem egzekucyjnym jest akt notarialny, w którym dłużnik poddał się egzekucji i który obejmuje obowiązek zapłaty sumy pieniężnej lub wydania rzeczy oznaczonych co do gatunku ilościowo określonych w akcie albo też wydania rzeczy indywidualnie oznaczonej, gdy w akcie wskazano termin wykonania obowiązku lub zdarzenie, od którego uzależnione jest wykonanie.

Notariusz powinien pouczyć stawających do umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie o takiej możliwości i o brzmieniu art. 777 § 1 pkt 4 k.p.c.[74]

W praktyce spotyka się takie postanowienia umów przewłaszczenia na zabezpieczenie[75]. Zdarzyło się jednak, że notariuszom stawiano zarzut niewłaściwego sformułowania aktu notarialnego poprzez takie sfomułowanie klauzuli z art. 777 § 1 pkt 4 k.p.c., że przewłaszczający mógł wystąpić o nadanie klauzuli wykonalności temu postanowieniu aktu notarialnego dopiero po jakimś czasie od wygaśnięcia wierzytelności. Innymi słowy, chodziło o dopuszczenie sytuacji, w której dotychczasowy

[71] Por. J. Bardach, B. Leśnodorski, M. Pietrzak, *Historia ustroju i prawa polskiego*, Warszawa 2001, s. 144. Podobnie w doktrynie dopuszczono możliwość oddania nieruchomości do odpłatnego korzystania osobie trzeciej i zaliczania przychodu na poczet spłaty zabezpieczonego długu (A. Konon, *Przewłaszczenie*… [w:] *Prace*…, s. 194–195).

[72] Por. wyrok SN z 27.06.1995 r., I CR 7/95.

[73] Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2019 r. poz. 1460 ze zm.) – dalej k.p.c.

[74] W dwóch sprawach dyscyplinarnych postawiono notariuszowi zarzut, że sporządził akt, w którym przewłaszczający poddał się egzekucji w zakresie wydania nieruchomości, zaś nie zabezpieczono w ten sposób ewentualnego roszczenia przewłaszczającego o zwrotne przeniesienie jej posiadania (sprawa dyscyplinarna tocząca się przed Sądem Dyscyplinarnym Izby Notarialnej w Katowicach, zakończona orzeczeniem z 19.04.2017 r. (sygn. akt zanonimizowana) – notariusz został uniewinniony od tego zarzutu oraz sprawa dyscyplinarna tocząca się przed Sądem Dyscyplinarnym Izby Notarialnej w Katowicach, zakończona orzeczeniem z 14.12.2016 r. (sygn. akt zanonimizowana) – notariusz został uznany za winnego. Podobny zarzut postawiono we wniosku ministra sprawiedliwości z 30.10.2013 r. o wszczęcie postępowania dyscyplinarnego, skierowanego do Sądu Dyscyplinarnego Izby Dyscyplinarnej we Wrocławiu (znak DZP-IV-625–34/13) oraz we wniosku o wszczęcie postępowania dyscyplinarnego, zawartym w uchwale nr VIIII/374/2014 Rady Izby Notarialnej we Wrocławiu z 9.07.2014 r.

[75] Nie jest to jednak regułą, na co wskazano w protokole z lustracji z 25.10.2017 r. dokonanej przez wizytatora SA w Warszawie.

wierzyciel był zobowiązany do zwrotu posiadania przewłaszczonej nieruchomości dopiero po kilku, kilkunastu dniach od dnia wygaśnięcia wierzytelności[76].

Zarzut ten należy jednak uznać za zbyt daleko idący. Skoro strony postanowiły o tym, że posiadanie nieruchomości przejdzie na wierzyciela, i postanowienie to nie było sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, a zatem nie było nieważne, to oczywiste jest, iż wierzyciel może posiadać nieruchomość aż do momentu wygaśnięcia wierzytelności. Nie można natomiast stawiać mu wymagania, by zawsze wydawał on zwrotnie posiadanie tej nieruchomości w dniu wygaśnięcia wierzytelności. Wykonanie takiego obowiązku może być bowiem niemożliwe w praktyce, chociażby z uwagi na nieobecność wierzyciela w miejscu położenia nieruchomości albo konieczność dokonania odpowiednich czynności faktycznych (np. sporządzenie odpowiedniego protokołu itp.). Tym samym więc zrozumiałe jest pewne opóźnienie w wykonaniu tego obowiązku. Za niedopuszczalne należy więc uznać dopiero takie postanowienia umowy, które by opóźniały zwrot posiadania nieruchomości w sposób nieuzasadniony. Byłyby one bowiem sprzeczne z zasadami współżycia społecznego oraz z celem, jakiemu ma służyć posiadanie nieruchomości przez wierzyciela (a celem tym jest – przypomnijmy – zabezpieczenie wierzytelności, a nie samodzielne przyznanie wierzycielowi prawa do korzystania z nieruchomości lub pobierania z niej pożytków). Jeżeli jednak termin na wydanie nieruchomości jest uzasadniony, czyli z reguły nie będzie przekraczał kilku, kilkunastu dni (ale wskazanie konkretnego terminu musi następować osobno dla każdego przypadku), to trudno jest uznać go za niesłuszny.

7. ZAKOŃCZENIE

Powyższa analiza pozwala na stwierdzenie, że w omówionych przypadkach notariusz w niewielkim zakresie mógł i powinien był odmówić sporządzenia aktu notarialnego dokumentującego umowę przewłaszczenia na zabezpieczenie. Omówione uchybienia (właściwie poza praktyką polegającą na pozbawianiu umowy jej zabezpieczającego charakteru, przez zrzekanie się prawa do zwrotnego przeniesienia nieruchomości na przewłaszczającego) nie stanowią naruszenia prawa umożliwiającego zastosowanie normy z art. 81 pr. not. Stanowią one jedynie zagrożenia dla interesów stron (przede wszystkim interesów przewłaszczającego), wymagające udzielenia przez notariusza odpowiednich pouczeń. Jeżeli jednak strony po pouczeniach nadal chcą zawrzeć umowę o wcześniej uzgodnionym brzmieniu, to notariusz nie będzie miał podstaw do odmowy sporządzenia dokumentującego ją aktu.

Spośród omawianych zarzutów stawianych notariuszom, jak zostało to wyjaśnione powyżej w pkt 6.1., przeceniane jest znaczenie braku wskazania w umowie wartości przewłaszczanej nieruchomości lub zaniżenie tej wartości, gdyż nie ma to większego (poza informacyjnym) znaczenia. W istocie bowiem decydujące znaczenie będzie miała rzeczywista wartość nieruchomości i wynikające z tego saldo rozliczeń między przewłaszczającym a wierzycielem. Nie jest również uchybieniem ze strony notariusza sporządzenie

[76] Zarzut taki postawiono też w sprawie dyscyplinarnej toczącej się przed Sądem Dyscyplinarnym Izby Notarialnej w Katowicach, zakończonej orzeczeniem z 19.04.2017 r. (sygn. akt zanonimizowana) – notariusz został uniewinniony od tego zarzutu oraz w sprawie dyscyplinarnej toczącej się przed Sądem Dyscyplinarnym Izby Notarialnej w Katowicach, zakończonej orzeczeniem z 14.12.2016 r. (sygn. akt zanonimizowana) – notariusz został uznany za winnego, a także we wniosku ministra sprawiedliwości z 30.10.2013 r. o wszczęcie postępowania dyscyplinarnego skierowanym do Sądu Dyscyplinarnego Izby Dyscyplinarnej we Wrocławiu (znak DZP-IV-625–34/13).

umowy, w której wierzyciel (jeśli wejdzie w posiadanie przewłaszczonej nieruchomości) będzie zobowiązany do zwrotu posiadania dopiero po jakimś rozsądnym czasie od momentu wygaśnięcia zabezpieczenia wierzytelności. Względy praktyczne mogą bowiem uniemożliwiać, by stało się to dokładnie w dniu wygaśnięcia wierzytelności.

Ważne jest natomiast zapewnienie stronom (czyli przewłaszczającemu) odpowiednich informacji co do tego, w jaki sposób wierzyciel może zaspokoić się z przedmiotu przewłaszczenia. Chodzi o poinformowanie, że w przypadku, gdy wartość nieruchomości lub cena uzyskana z jej sprzedaży przekracza wysokość wierzytelności, przewłaszczającemu należy się zwrot tej różnicy, a także o poinformowanie o prawie wpisania do księgi wieczystej roszczenia o zwrotne przeniesienie nieruchomości oraz o korzyściach związanych z takim wpisem i ryzykach, jeśli taki wpis nie zostanie dokonany.

Niezależnie od powyższych ustaleń, z uwagi na omówione powyżej uchybienia, swobodę pozostawioną stronom w kształtowaniu umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie oraz znaczenie ekonomiczno-społeczne tej umowy, uzasadniają postulat jej skodyfikowania, w tym sprecyzowania sposobów zaspokojenia się wierzyciela (oraz związanych z tym praw i obowiązków stron) oraz dokonywania rozliczeń między stronami.

Abstract

Jędrzej Maksymilian Kondek, *Transfer of Ownership of Immovable Property by Way of Security for Debt and its Practice in the light of Reports of Inspections of Notarial Offices in 2013–2017*

Transfer of ownership of immovable property by way of security for debt is not a popular means of securing debt repayment. Nevertheless, such agreements are of great social importance, because they regard a significant asset. The goal of this article is to analyse the notarial practice which was revealed in the reports of inspections of notarial offices. The analysis demonstrates that the most important part of an agreement of transfer of the ownership of immovable property by way of security for debt should be proper regulation of how the parties should settle claims in case of the debtor's failure to repay the secured debt. In the absence of such regulations the notary is obliged to instruct both parties about the legal risks and consequences. The notary should refuse to prepare an agreement in which parties want to deprive an agreement relating to transfer of ownership of immovable property by way of security for debt of its security function, i.e. when they include provisions whereby the debtor gives up his/her right to claim back ownership of the immovable property once the debt has been repaid.

Keywords: *transfer of ownership of immovable property by way of security for debt, [civil law] notaries, security for debts*

Streszczenie

Jędrzej Maksymilian Kondek, *Umowa przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie i jej praktyka w świetle wizytacji i lustracji kancelarii notarialnych w latach 2013–2017*

Umowy przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie nie są masowym sposobem zabezpieczania wierzytelności. Mają one jednak istotne znaczenie społeczne, gdyż dotyczą rozporządzeniem zazwyczaj wartościowym składnikiem mienia. Przedmiotem niniejszego

artykułu jest analiza praktyki notarialnej ujawnionej przede wszystkim w protokołach lustracji i wizytacji kancelarii notarialnych. W wyniku dokonanej analizy wskazano, że najistotniejszym elementem umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie powinno być odpowiednie uregulowanie rozliczenia się stron na wypadek niespełnienia przez dłużnika zabezpieczanej wierzytelności. W braku takich uregulowań, notariusz powinien udzielić stronom odpowiednich pouczeń. Notariusz powinien natomiast odmówić sporządzenia umowy, której postanowienia zmierzają do pozbawienia jej zabezpieczającego charakteru, np. zawierają postanowienia o zrzeczeniu się przez przewłaszczającego prawa do żądania zwrotnego przeniesienia własności nieruchomości.

Słowa kluczowe: *umowa przewłaszczenia na zabezpieczenie, notariusze, zabezpieczenie wierzytelności*

Literatura:

1. Bardach J., Leśnodorski B., Pietrzak M., *Historia ustroju i prawa polskiego*, Warszawa 2001;
2. Bieranowski A., *Konstrukcja prawna przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie*, Rejent 2003, nr 7–8;
3. Bieranowski A., *Spór o dopuszczalność przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie*, cz. 1, Radca Prawny 1999, nr 3;
4. Bieranowski A., *Spór o dopuszczalność przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie*, cz. 2, Radca Prawny 1999, nr 4;
5. Cisek A., Kremis J., *Z problematyki wyzysku w ujęciu Kodeksu cywilnego*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 1979, nr 3;
6. Gniewek E. [w:] *System prawa prywatnego*, t. 3, *Prawo rzeczowe*, red. E. Gniewek, Warszawa 2013;
7. Gołaczyński J., *Przewłaszczeniem na zabezpieczenie*, Warszawa 2004;
8. Górecki J., *Niektóre następstwa i skutki umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie,* Rejent 1997, nr 4;
9. Grochowski M. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz,* t. 1, red. K. Osajda, Warszawa 2017;
10. Gutowski M. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1, red. M. Gutowski, Warszawa 2019;
11. Horosz P. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Załucki, Warszawa 2019;
12. Konon A., *Przewłaszczenie nieruchomości na zabezpieczenie* [w:] *Prace z prawa cywilnego*, red. E. Skowrońska-Bocian, W. Borysiak, Warszawa 2010;
13. Majwald-Lasota E., *Przewłaszczenie nieruchomości na zabezpieczenie*, Rejent 2003, nr 3;
14. Mikłaszewicz P. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3A, red. K. Osajda, Warszawa 2017;
15. Orlicki M., *Przewłaszczenie na zabezpieczenie*, Warszawa 1996;
16. Pazdan J., *Przewłaszczenie na zabezpieczenie*, Rejent 1994, nr 1;
17. Popiołek W. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2017;
18. Popiołek W. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2018;
19. Rykowski R., *Dopuszczalność przewłaszczenia na zabezpieczenie nieruchomości*, Przegląd Prawa Handlowego 1995, nr 6;
20. Skąpski J., *Przewłaszczenie na zabezpieczenie*, Studia Cywilistyczne 1969, t. 13/14;
21. Szereda J., *Czynności notarialne. Komentarz do art. 79–112 Prawa o notariacie*, Warszawa 2018;
22. Szlęzak A., *Przewłaszczenie na zabezpieczenie rzeczy przyszłych, rzeczy oznaczonych co do gatunku oraz nieruchomości*, Rejent 1995, nr 2;
23. Zbrzeżna-Cąkała H., *Kilka uwag na temat umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie*, Nowy Przegląd Notarialny 2016, nr 1.

PRAWO W DZIAŁANIU
SPRAWY CYWILNE
40/2019
DOI: 10.32041/pwd.4006

Ewelina Kajkowska*

Mechanizmy sprzyjające koncentracji materiału procesowego na gruncie angielskiej procedury cywilnej**

1. WSTĘP

Zasada koncentracji materiału procesowego, będąca przedmiotem poniższych rozważań nakazuje, aby zebranie wszystkich faktów i dowodów niezbędnych do rozstrzygnięcia sprawy odbyło się szybko i sprawnie[1], w sposób umożliwiający efektywne rozpatrzenie sprawy. Znajduje ona swoje umocowanie m.in. w gwarancji sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd, stanowiącej fundament współczesnych systemów prawnych[2]. Funkcją rozwiązań zmierzających do zapewnienia koncentracji materiału procesowego jest m.in. zapobieganie przewlekłości postępowania, umożliwienie prawidłowego rozwiązania sprawy oraz ograniczenie kosztów postępowania.

Niniejsze opracowanie ma na celu m.in. przedstawienie rozwiązań sprzyjających koncentracji materiału procesowego, przyjętych na gruncie angielskiej procedury cywilnej wraz z porównaniem ich do instytucji uregulowanych w polskim Kodeksie postępowania cywilnego[3]. Jako pierwsze analizie poddane będą ogólne założenia angielskiego systemu procedury cywilnej, nakierowane na zwiększenie efektywności postępowania. Następnie zostaną omówione szczegółowe rozwiązania realizujące postulat koncentracji materiału procesowego na poszczególnych etapach postępowania cywilnego według angielskiej ustawy procesowej: *Civil Procedure Rules*[4]. Opracowanie zamknie rozdział poświęcony porównaniu rozwiązań przyjętych

* Autorka jest doktorem nauk prawnych oraz prawnikiem wykwalifikowanym w Anglii i Walii. Obecnie praktykuje w londyńskim biurze kancelarii Norton Rose Fulbright, Anglia, ORCID 0000–0001–5898–9366, e-mail: Ewelina.Kajkowska@nortonrosefulbright.com

** Data zgłoszenia tekstu przez autorkę: 6.03.2019 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 4.09.2019 r.

1 H. Dolecki, *Postępowanie cywilne. Zarys wykładu*, Warszawa 2007, s. 56.

2 Art. 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzonej w Rzymie 4.11. 1950 r., zmienionej następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełnionej Protokołem nr 2, ratyfikowanej przez Polskę 19.01.1993 r. (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.) oraz przyjętej do angielskiego porządku prawnego na mocy Human Rights Act 1998 – dalej EKPC.

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

4 Dalej także CPR, https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules (dostęp: 5.12.2019 r.). Normy CPR dzielą się na reguły (*Rules*) oraz dyrektywy (*Practice Directions*) zawierające interpretacje reguł.

w Anglii z tymi, które obecne są na gruncie polskiego Kodeksu postępowania cywilnego, wraz ze wskazaniem potencjalnego kierunku zmian polskiego ustawodawstwa w omawianym zakresie.

2. OGÓLNE ZAŁOŻENIA ANGIELSKIEJ PROCEDURY CYWILNEJ SPRZYJAJĄCE KONCENTRACJI MATERIAŁU PROCESOWEGO

2.1. Reformy angielskiej procedury cywilnej zmierzające do zwiększenia efektywności postępowania: *Woolf i Jackson*

Choć angielska procedura cywilna nie definiuje zasady koncentracji materiału procesowego i pojęcie to nie jest używane w doktrynie i w judykaturze, instytucje prawne związane z zapewnieniem sprawności postępowania są w prawie angielskim szczególnie rozbudowane, a efektywne jego prowadzenie jest wpisane w nadrzędny cel postępowania cywilnego, unormowany w CPR (*overriding objective*). Na współczesny kształt angielskiego prawa procesowego największy wpływ miały dwie wielkie reformy: reforma Lorda Woolfa, która zaowocowała uchwaleniem jednolitego Kodeksu postępowania cywilnego w 1998 r., oraz – wprowadzona w życie w 2013 r. – reforma Sir Ruperta Jacksona, pod wpływem której dokonano implementacji dalszych rekomendacji sprzyjających ograniczeniu kosztów i zwiększeniu efektywności postępowania. Poniżej zostaną podsumowane najistotniejsze zmiany wprowadzone w wyniku wyżej wskazanych reform, ze szczególnym uwzględnieniem instytucji sprzyjających koncentracji materiału procesowego.

Reforma Lorda Woolfa w sposób radykalny zmieniła angielską kulturę prawną w zakresie postępowania cywilnego. W opublikowanym w 1996 r. raporcie[5] Lord Woolf przedstawił krytyczną analizę obowiązującego wówczas systemu. Raport nakreślał także nową wizję postępowania cywilnego wraz z projektem jednolitej ustawy procesowej – *Civil Procedure Rules* (CPR) – która zastąpiła dotychczasowe regulacje funkcjonujące w znaczącej części na podstawie precedensu.

Jako podstawowe słabości ówczesnego systemu Lord Woolf wskazał: zbyt wysokie koszty postępowania, jego przewlekłość, skomplikowaną procedurę oraz brak regulacji niwelujących majątkową nierówność między stronami. Celem reformy było zatem stworzenie systemu, który byłby jednocześnie sprawny, rzetelny, możliwie prosty i dostępny dla stron.

Zamysłem reformy Woolfa było m.in. całkowite przeformułowanie filozofii postępowania sądowego mającego do tej pory charakter ściśle kontradyktoryjny[6]. Na gruncie nowych przepisów sędziom został przyznany szeroki zakres władzy dyskrecjonalnej, służącej m.in. aktywnemu zarządzaniu postępowaniem (*case management*) w sposób umożliwiający sprawne i rzetelne rozstrzygnięcie sporu[7]. Od tej pory odpowiedzialność za prowadzenie procesu w większym stopniu miała

[5] Lord Woolf, *Access to Justice: Final Report,* Londyn 1996, tzw. raport Woolfa, http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20060213223540/http://www.dca.gov.uk/civil/final/contents.htm (dostęp: 23.01.2019 r.).

[6] *Andrews on Civil Processes*, t. I, *Intersentia*, Cambridge 2013, s. 7–10.

[7] Instytucja *case management* jest uważana za najistotniejszą zmianę wprowadzoną w wyniku reformy Lorda Woolfa (zob. *White Book*, red. G. Vos, Londyn 2018, s. 16). Por. *Zuckerman on Civil Procedure. Principles of Practice,* Londyn 2013, s. 5, według którego sąd miał wystarczający zakres władzy dyskrecjonalnej na gruncie poprzedniego systemu, lecz władza ta nie była w sposób adekwatny wykorzystywana.

spoczywać na sędziach niż na samych stronach. W wyniku wprowadzenia obowiązku aktywnego zarządzania postępowaniem, tradycyjnie kontradyktoryjna rola stron miała być realizowana w środowisku ściśle kontrolowanym przez sąd.

W celu realizacji powyższych założeń, reforma wprowadziła szereg instytucji zmierzających do zwiększenia sprawności postępowania i umożliwiających realizację aktywnego nadzoru sędziego nad procesem. Wśród najistotniejszych z nich należy wymienić[8]: (i) wprowadzenie tzw. *pre-action protocols*, tj. procedury zmierzającej do uzyskania informacji umożliwiających przygotowanie procesu lub zawarcie ugody przed złożeniem pozwu; (ii) wprowadzenie tzw. *directions,* tj. obowiązku stron do przestrzegania instrukcji wydanych przez sąd, w tym m.in. harmonogramu postępowania; (iii) ustanowienie systemu sankcji wobec stron lub jej pełnomocników za naruszanie obowiązków wynikających z CPR lub nadużywanie uprawnień procesowych oraz (iv) utrwalenie reguły, że sprawy cywilne powinny być rozpoznawane – co do zasady – w jednej instancji.

Kolejną radykalną zmianą w angielskiej kulturze prawnej wprowadzoną pod wpływem reformy Woolfa była zmiana podejścia sądu do rozprawy oraz apelacji. Według nowej filozofii postępowania cywilnego, wyrażonej w CPR, postępowanie sądowe jest postrzegane jako środek ostateczny, podczas gdy zasadę stanowi załatwianie spraw na drodze polubownej. Owo „programowo negatywne nastawienie wobec rozprawy"[9] znajduje swoje odzwierciedlenie we współczesnej praktyce postępowania cywilnego, w której zdecydowana większość spraw nie trafia na wokandę sądu, apelacja zaś jest środkiem wyjątkowym, rzadko prowadzącym do rozpoznania sprawy na nowo[10].

Jak wcześniej wspomniano, nieco ponad 10 lat po wprowadzeniu CPR miała miejsce kolejna wielka reforma postępowania cywilnego, przeprowadzona na podstawie Raportu Sir Ruperta Jacksona (dalej Raport) opublikowanego w 2009 r.[11] Jej tłem była konieczność wprowadzenia regulacji racjonalizujących nadmierne koszty postępowania. Jednym z wniosków Raportu była konieczność dalszej implementacji i wzmocnienia instytucji *case management* oraz wyeliminowanie niedostatecznie aktywnej postawy sędziów w zakresie zarządzania postępowaniem i nadzoru nad procesem. Raport wzywał do jeszcze bardziej radykalnej zmiany etosu postępowania cywilnego, nawołując sędziów do zdecydowanego przejęcia kontroli nad jego przebiegiem. I tak podstawowe tezy Raportu zakładały zaangażowaną rolę sędziów w zarządzaniu postępowaniem, zwłaszcza na jego wstępnym etapie, realizowaną m.in. przez: (i) formułowanie odpowiednich instrukcji (*directions*) i prowadzenie postępowania przez sędziego posiadającego odpowiednie doświadczenie w prowadzeniu określonego typu spraw i zaznajomionego z przedmiotem konkretnego postępowania; (ii) efektywne prowadzenie posiedzenia mającego na celu ustalenie harmonogramu postępowania (*case management conference*); (iii) w miarę możliwości ustalenie instrukcji na piśmie; (iv) rygorystyczne stosowanie sankcji dla stron za niewypełnienie instrukcji sądu; (v) ograniczenie tolerancji dla opóźnień

[8] Instytucje te zostaną szczegółowo opisane w rozdziale 3. niniejszego artykułu.
[9] *Andrews on…*, t. I, s. 38.
[10] *Andrews on…*, t. I, s. 38–40.
[11] R. Jackson, *Review of Civil Litigation Costs: Final Report,* Londyn 2009, https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Reports/jackson-final-report-140110.pdf (dostęp: 5.12.2019 r.).

wywołanych działaniem stron oraz (vi) sprawne prowadzenie postępowania przez sędziego do rozprawy lub ugody.

Gros unormowań zaproponowanych w Raporcie weszło w życie 1.04.2013 r. Chociaż najsilniejsze piętno reforma Jacksona odcisnęła na regulacjach dotyczących racjonalizacji kosztów postępowania, uważa się ją za fundamentalną dla realizacji podstawowego celu postępowania cywilnego, jakim jest efektywne i adekwatne do istoty sprawy prowadzenie postępowania i rozstrzygnięcie sporu[12].

2.2. Nadrzędny cel procesu cywilnego według *Civil Procedure Rules – overriding objective*

Wykonując obowiązek aktywnego zarządzania procesem, sąd zmierza do wypełnienia nadrzędnego celu postępowania cywilnego, określonego w regule 1.1 CPR. Zgodnie z tym przepisem sprawy powinny być rozstrzygane w sposób sprawiedliwy, z uwzględnieniem adekwatnych (proporcjonalnych) kosztów postępowania. W świetle reguły 1.1(2) cel ten jest realizowany przez rozstrzyganie spraw w sposób zapewniający, tak dalece jak to możliwe, równość między stronami, oszczędność kosztów, adekwatność przyjętych środków w stosunku do wartości przedmiotu sporu, wagi i skomplikowania sprawy oraz finansowych uwarunkowań każdej ze stron. Reguła 1.1(2) CPR przewiduje dalej, że realizacja celu postępowania cywilnego polega na rozstrzyganiu spraw w sposób sprawny, sprawiedliwy, zapewniający zgodność z regułami, dyrektywami oraz zarządzeniami, przy założeniu konieczności alokacji odpowiednich zasobów sądu do poszczególnych spraw.

Efektywne rozstrzygnięcie sporu bez zbędnej zwłoki znajduje się zatem w centrum angielskiego postępowania cywilnego i jest realizowane przede wszystkim z perspektywy konieczności zapewnienia adekwatnych (proporcjonalnych) kosztów postępowania. Co istotne, reguła 1.3 CPR przewiduje, że obowiązek dążenia do wypełnienia powyższych założeń spoczywa nie tylko na sądzie, lecz również na stronach, których zadaniem jest wspieranie sądu w realizacji owych nadrzędnych wartości. W praktyce oznacza to, że strony są zobowiązane informować sąd o wszystkich okolicznościach mogących mieć wpływ na sformułowanie harmonogramu postępowania, a także o wszelkich zmianach okoliczności, jeśli takowe mają znaczenie dla ustalonego toku postępowania[13].

Tak zwany *overriding objective* i związany z tym unormowaniem obowiązek stron w dążeniu do realizacji celu postępowania cywilnego nie jest jedynie wyrazem aksjologii ustawodawcy, lecz ma daleko idące konsekwencje praktyczne. Ustalenie zaniedbania strony w zakresie realizacji wynikających z reguły 1.1 CPR postulatów może bowiem skutkować sankcją w postaci obowiązku pokrycia kosztów, związanych z daną częścią postępowania lub nawet pozostawieniem pozwu bez rozpoznania[14].

Nadrzędny cel postępowania cywilnego jest ponadto skodyfikowaną regułą interpretacyjną. Zgodnie z regułą 1.2 CPR dokonując wykładni zasad postępowania

[12] *Civil Practice*, red. M. Kay, S. Sime, D. French, Oksford 2018, s. 726–727.
[13] *Civil*…, s. 726.
[14] Sankcja ta może być zastosowana na mocy opisanej poniżej reguły 3.4(2)(c) CPR. W kontekście stosowania wspomnianej sankcji za naruszenie powinności wynikających z obowiązku realizacji naczelnego celu postępowania cywilnego zob. także *Civil*…, s. 726–727.

cywilnego sąd powinien się kierować obowiązkiem realizacji nadrzędnego celu postępowania. Podobna zasada obowiązuje sąd przy wykonywaniu władzy dyskrecjonalnej, przewidzianej w CPR. Oznacza to, że jeżeli przy zastosowaniu ogólnych reguł wykładni językowej brak jednoznacznej odpowiedzi co do dyspozycji normy prawnej, to sąd powinien wybrać taką interpretację, która w najwyższym stopniu realizuje nadrzędny cel postępowania cywilnego[15].

2.3. Zarządzanie postępowaniem (*case management*) i aktywna rola sądu

Mechanizmem kluczowym dla efektywnego prowadzenia postępowania jest instytucja *case management* i związana z nią aktywna rola sądu. W literaturze wskazuje się, że aktywne zarządzanie postępowaniem przez sąd spełnia trzy podstawowe funkcje, a mianowicie: stwarza pole do mediacji tam, gdzie właściwe jest polubowne zakończenie sporu, zapobiega przewlekłości postępowania oraz zapewnia adekwatną alokację zasobów sądu zgodnie z nadrzędnym celem postępowania cywilnego[16].

Normatywnym źródłem powinności sądu w zakresie *case management* jest reguła 1.4 CPR, która zobowiązuje sąd do realizacji naczelnego celu postępowania przez aktywne zarządzanie postępowaniem. Przepis ten zawiera również ogólne wytyczne, którymi powinien się kierować sąd przy wykonywaniu tego obowiązku[17]. Zgodnie z regułą 1.4(2) CPR aktywne zarządzanie postępowaniem obejmuje m.in.: (i) zachęcanie stron do współpracy w toku postępowania; (ii) zidentyfikowanie kwestii spornych na wczesnym etapie postępowania; (iii) określenie, które kwestie wymagają wnikliwego rozpatrzenia oraz rozstrzygnięcie pozostałych kwestii w trybie doraźnym; (iv) określenie, w jakiej kolejności będą rozpatrywane kwestie sporne; (v) nakłanianie stron do polubownego rozstrzygnięcia sporu przy wykorzystaniu odpowiednich metod ADR (*Alternative Dispute Resolution*); (vi) pomoc stronom w zawarciu ugody co do części lub całości kwestii spornych; (vii) ustalanie harmonogramu postępowania i kontrolowanie przebiegu procesu; (viii) uwzględnianie przewidywanych korzyści z podjęcia określonej czynności z perspektywy kosztu podjęcia takiej czynności; (ix) rozpatrzenie możliwie największej liczby kwestii spornych jednocześnie; (x) rozstrzygnięcie odpowiednich kwestii bez konieczności udziału stron; (xi) wykorzystanie nowych technologii oraz (xii) wydawanie instrukcji w celu zapewnienia szybkiego i sprawnego rozstrzygnięcia sporu.

Kolejnym unormowaniem ogólnym, kluczowym dla instytucji *case management* jest reguła 3.1 CPR zawierająca szczegółową listę czynności, które sąd może podjąć w ramach sprawowania kontroli nad przebiegiem postępowania. Zgodnie z tym przepisem sąd może m.in.: przedłużyć termin zastrzeżony w CPR lub w zarządzeniu sądu, zawiesić postępowanie w całości lub w części, przyspieszyć lub odroczyć termin rozprawy bądź zarządzić stawiennictwo stron lub ich pełnomocników. Sąd może też zarządzić przeprowadzenie poszczególnych czynności postępowania dowodowego (bądź całego posiedzenia) przez telefon lub za pomocą innych

[15] Sprawa Totty v Snowden [2001] EWCA Civ 1415.
[16] *Andrews on*..., t. I, s. 40.
[17] A. Zuckerman określa regułę 1.4(2) CPR „listą dobrych praktyk" w zakresie zarządzania postępowaniem (zob. *Zuckerman on*..., s. 31).

środków porozumiewania się na odległość[18]. Oprócz władzy dyskrecjonalnej w podejmowaniu czynności o charakterze technicznym lub porządkowym związanych z przygotowaniem posiedzeń, sąd ma również daleko idącą kontrolę nad zakresem kwestii wymagających rozpoznania. Może on zatem ustalić kolejność rozpoznawania punktów spornych, zarządzić przeprowadzenie rozprawy co do kwestii wstępnych mających wpływ na rozstrzygnięcie pozostałych zagadnień, zarządzić połączenie spraw bądź roszczeń do wspólnego rozpoznania lub wyłączyć daną kwestię z zakresu rozpoznania sprawy.

Katalog czynności sędziego zawarty w regule 3.1 CPR nie ma charakteru wyczerpującego. Reguła 3.1(2)(m) stanowi bowiem, że sąd może wydać zarządzenie lub podjąć każdą inną czynność w celu kontroli przebiegu postępowania i realizacji naczelnego celu postępowania cywilnego. Reguła 3.1(2)(m) przewiduje dalej, że sędzia może realizować obowiązek nakłaniania stron do ugody przez wyznaczenie posiedzenia mającego na celu mediację w postaci wczesnej ewaluacji sporu (*Early Neutral Evaluation*)[19].

Na gruncie CPR sąd dysponuje szerokim instrumentarium środków dyscyplinujących strony w razie niezastosowania się przez nie do zarządzeń wydanych w ramach kontroli sądu nad przebiegiem postępowania. Przykładowo, zarządzenia sądu wydane na podstawie reguły 3.1 CPR mogą zawierać określone przez sąd warunki, tj. obowiązek zapłaty określonej sumy do depozytu sądowego (reguła 3.1(3)(a) CPR). Zgodnie z tym unormowaniem, nałożenie powyższego obowiązku jest możliwe, jeśli sąd uzna to za konieczne dla zabezpieczenia wykonania zarządzenia, mając na uwadze obowiązki sądu i stron co do realizacji naczelnego celu postępowania. Funkcją omawianej instytucji jest zabezpieczenie roszczeń stron ustalonych w toku postępowania[20].

Zgodnie z regułą 3.1(3)(b) CPR sąd może ponadto wyznaczyć konsekwencje niewykonania zarządzenia przez stronę według swojego uznania. Konsekwencje te mogą być bardzo dotkliwe i zaważyć na zakresie roszczenia bądź nawet samej możliwości jego dochodzenia[21]. Co więcej, sąd ma władzę dyskrecjonalną w zakresie wyznaczenia wysokości oraz okresu, za który są należne odsetki, w zależności od oceny postępowania strony w toku sprawy[22].

[18] Dyrektywa 23 par. 6.2 CPR stanowi, że w posiedzenia w przedmiocie środków tymczasowych (*interim relief*), w przedmiocie ustalenia harmonogramu postępowania (*case management conference*) oraz służących przygotowaniu rozprawy (*pre-trial review*) powinny – co do zasady – odbywać się za pomocą środków porozumiewania się na odległość. W tych sprawach zarządzenie sądu co do sposobu odbycia posiedzenia może być wydane bez zgody stron.

[19] Dalej także ENE. W sprawie Frey v Labrouche [2012] EWCA Civ 881 Lord Neuberger wskazał, że nie ma przeszkód, aby sędziowie w ramach sprawowanej kontroli nad przebiegiem postępowania zapoznawali strony z wstępnym poglądem sądu na kwestie sporne (par. 14).

[20] Np. roszczeń dochodzonych pozwem bądź pozwem wzajemnym lub roszczeń wynikłych w toku postępowania, tj. roszczenie o zwrot kosztów postępowania wywołanych niesumiennym postępowaniem strony. Wytyczne, którymi powinien się kierować sąd w nałożeniu tego obowiązku podsumowane zostały w rozstrzygnięciu Goldtrail Travel Ltd v Aydin [2017] UKSC 77. Zgodnie z rozstrzygnięciem w sprawie Re Ford [1900] 2 QB 211 suma złożona do depozytu sądowego stanowi zabezpieczenie wierzytelności ustalonej w toku postępowania, z której strona może zaspokoić się z pierwszeństwem przed wierzycielami niezabezpieczonymi.

[21] W rozstrzygnięciu w sprawie Days Healthcare UK Ltd v Pihsiang Mahinery Manufacturing Co Ltd [2006] EWHC 1444 konsekwencją niespełnienia zarządzenia nakazującego jednej ze stron zapłatę sumy pieniężnej na poczet kosztów postępowania była niemożność podejmowania dalszych czynności procesowych przez stronę do momentu wykonania zarządzenia.

[22] S. 35A, Senior Courts Act 1981.

Najsurowszą z sankcji za niewykonanie zarządzenia sądu jest pozostawienie pisma procesowego bez rozpoznania na podstawie Reguły 3.4(2)(c) CPR (tzw. *striking out*). Zgodnie z tym unormowaniem sąd może pozostawić bez rozpoznania w całości lub w części pisma procesowego strony, która nie zastosuje się do zarządzenia sądu, reguły lub dyrektywy. Należy zauważyć, że mimo wynikającej z reformy Jacksona bardziej restrykcyjnej postawy sądów względem sankcji za niedochowanie wyznaczonych przez sąd terminów[23], w praktyce sankcja w postaci pozostawienia pisma bez rozpoznania stosowana jest z dużą ostrożnością[24] w przypadku uchybień dotyczących najistotniejszych etapów postępowania, tj.: złożenie wniosków o wydanie instrukcji przez sąd w przedmiocie przebiegu postępowania (*directions questionnaire*), uczestnictwo w posiedzeniu mającym na celu sformułowanie zarządzeń dotyczących przebiegu postępowania (*case management conference*) lub też przygotowanie rozprawy (*pre-trial review*), złożenie kwestionariuszy przygotowawczych przed rozprawą (*pre-trial checklists*) bądź uczestnictwo w samej rozprawie[25].

Oprócz wyżej wymienionych ogólnych prerogatyw sądu w zakresie stosowania sankcji za niewykonanie zarządzeń wydanych w toku *case management*, CPR zawiera również szereg unormowań szczegółowych, dyscyplinujących strony i zapewniających sprawny przebieg postępowania[26].

Zgodnie z regułą 3.9 CPR sąd ma władzę dyskrecjonalną w anulowaniu sankcji związanych z niewypełnieniem zarządzenia sądu, reguły lub dyrektywy. Wytyczne dotyczące zwolnienia z sankcji zostały sformułowane w uzasadnieniu rozstrzygnięcia w sprawie Denton v. TH White Ltd[27]. W rozstrzygnięciu tym przyjęto, że wniosek strony o zwolnienie z sankcji powinien być rozpatrywany w trzech etapach. Pierwszy etap ma na celu zidentyfikowanie i określenie wagi uchybienia. Jeżeli uchybienie nie jest znaczące, to sąd może poprzestać na tym etapie i przyznać zwolnienie z sankcji zgodnie z regułą 3.9 CPR. Drugi etap obejmuje analizę przyczyn, ze względu na które strona dopuściła się uchybienia. Ostatni etap oceny nakazuje uwzględnienie wszystkich okoliczności sprawy, tak aby decyzja sądu była sprawiedliwa i proporcjonalna do wagi nieprawidłowości. W rozstrzygnięciu w sprawie Denton sąd wskazał również okoliczności, w których jest uzasadnione nałożenie sankcji na stronę, która bezpodstawnie sprzeciwia się wnioskowi o zwolnienie z sankcji złożonemu przez stronę przeciwną. Rozstrzygnięcie to spotkało się z pozytywnym odbiorem w doktrynie i judykaturze, w związku z przyjętym w nim zracjonalizowanym podejściem do sankcji związanych z procesowymi uchybieniami stron[28].

---

[23] Zob. zwłaszcza rozstrzygnięcie w sprawie Mitchell v News Group Newspapers Ltd [2013] EWCA Civ 1537, w której sąd przyjął wyjątkowo rygorystyczną wykładnię sankcji za niezłożenie przez stronę prognozy kosztów postępowania (*cost budget*) w wyznaczonym terminie.

[24] Zwłaszcza w świetle rozstrzygnięcia w sprawie Denton v. TH White Ltd. [2014] EWCA Civ 906 – dalej sprawa Denton, korygującego zbyt restrykcyjne podejście sądu w sprawie Mitchell.

[25] *Civil…*, s. 820. Przykładowo, sankcja w postaci pozostawienia powództwa bez rozpoznania z uwagi na niedotrzymanie 31-dniowego terminu na złożenie wniosków o wydanie instrukcji w przedmiocie przebiegu postępowania (*directions questionnaire*) została zasądzona w rozstrzygnięciu w sprawie Solland International Ltd and others v Clifford Harris & Co (a firm) [2015] EWHC 2018.

[26] Zob. *Civil…*, s. 826 i zawartą tam tabelę przedstawiającą możliwe sankcje odpowiednio do określonego etapu postępowania.

[27] Rozstrzygnięcie zawiera klaryfikację reguł sformułowanych w sprawie Mitchell, ocenianej jako przykład nadmiernie restrykcyjnego podejścia do uchybień procesowych stron (zob. *White Book…*, s. 111–114).

[28] *White Book…*, s. 111. Zob. także *Phipson on Evidence*, red. H. Malek, Londyn 2018, s. 306–307.

3. SZCZEGÓLNE UREGULOWANIA SPRZYJAJĄCE KONCENTRACJI MATERIAŁU PROCESOWEGO

3.1. Tryby postępowań oraz zasady alokacji spraw do właściwego trybu

Jednym z najistotniejszych postanowień sądu w procesie aktywnego zarządzania postępowaniem jest alokacja sprawy do właściwego trybu postępowania. Angielska ustawa procesowa przewiduje trzy podstawowe tryby, w których sąd rozpoznaje sprawy cywilne: (i) główny tryb postępowania (*multi-track*)*;* (ii) postępowanie przyspieszone (*fast track*) oraz (iii) postępowanie w sprawie drobnych roszczeń (*small claims*)[29].

Główny tryb postępowania (*multi-track*) jest właściwy dla spraw o wartości przedmiotu sporu powyżej 25 000 GBP. Sprawy o niższej wartości przedmiotu sporu mogą być rozpoznane w trybie *multi-track*, jeżeli przewidywana długość rozprawy to więcej niż jeden dzień bądź gdy strony zamierzają wnioskować o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu więcej, niż dwóch dziedzin lub gdy w sprawie strony zamierzają powołać więcej niż jednego biegłego. Sprawy przekazane do tego trybu są z reguły bardziej skomplikowane niż w przypadku dwóch pozostałych trybów. Procedury znajdujące zastosowanie do spraw prowadzonych w trybie ogólnym są zatem bardziej rozbudowane i elastyczne. Podstawową regulacją dotyczącą trybu *multi-track* jest reguła 29 oraz dyrektywa 29 CPR. Sądem właściwym do rozpoznawania spraw w tym trybie jest *County Court* oraz *High Court*.

Drugi z podstawowych trybów to postępowanie przyspieszone (*fast track*). Do tego trybu kierowane są sprawy o wartości przedmiotu sporu pomiędzy 10 000 GBP a 25 000 GBP, dla których szacowana długość rozprawy głównej to nie więcej niż jeden dzień, oraz gdy strony zamierzają wnioskować o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu jednej dziedziny lub gdy w sprawie strony zamierzają powołać nie więcej niż jednego biegłego[30]. Przyspieszony tryb postępowania jest właściwy dla roszczeń o ograniczonej wartości i nakierowany na szybkie rozstrzygnięcie sprawy (od alokacji do tego trybu do rozprawy głównej powinno upłynąć nie więcej niż 30 dni). Podstawową regulacją dotyczącą tego trybu postępowania jest reguła 28 i odpowiadająca jej dyrektywa 28 CPR (wraz z przykładowym harmonogramem). Sądem właściwym dla prowadzenia spraw skierowanych do trybu *fast track* jest *County Court*.

Ostatni z podstawowych trybów postępowania – postępowanie w sprawie drobnych roszczeń (*small claims*) – jest właściwy w sprawach o wartości przedmiotu sporu nieprzekraczającej 10 000 GBP[31]. Jest to uproszczony tryb postępowania uregulowany w regule 27 oraz w dyrektywie 27 CPR. Sprawy prowadzone w tym trybie należą do właściwości *County Court*.

Decyzja sądu wskazująca do którego z powyższych trybów sprawa zostanie skierowana, ma istotne znaczenie praktyczne m.in. dla zakresu zwrotu kosztów

[29] Reguła 26.2 CPR.
[30] Jeżeli w sprawie zachodzi konieczność powołania więcej niż jednego biegłego lub biegłego z więcej niż jednej dziedziny, to sprawa należy do trybu *multi-track* bez względu na wartość przedmiotu sporu.
[31] Osobne regulacje dotyczą zastosowania omawianego trybu do spraw dotyczących szkody na osobie o wartości przedmiotu sporu poniżej 10 000 GBP oraz sporów ze stosunku najmu.

postępowania (w trybie przyspieszonym i w sprawach drobnych roszczeń zwrot kosztów jest ograniczony). *Civil Procedure Rules* przewiduje też pewne odrębności w unormowaniach dotyczących zarządzania postępowaniem w poszczególnych trybach, o czym będzie mowa poniżej. W tym miejscu należy wskazać, że zgodnie z regułą 26.8(1) CPR dokonując alokacji sprawy do właściwego trybu postępowania, sąd bierze pod uwagę: a) wartość przedmiotu sporu[32], b) rodzaj roszczenia, c) stopień skomplikowania sprawy, d) liczbę stron, e) to, czy wytoczone zostało powództwo wzajemne, a jeśli tak – to jaka jest jego wartość, f) zakres dowodów osobowych w sprawie, g) istotność (wagę) sprawy dla osób, które nie są stronami postępowania, h) wnioski stron oraz i) okoliczności dotyczące stron.

Katalog okoliczności mających znaczenie dla alokacji sprawy do właściwego trybu nie ma charakteru zamkniętego i sąd może wziąć pod uwagę inne, niewymienione w regule 26.8(1) CPR okoliczności[33]. Należą do nich w szczególności: przewidywana długość rozprawy, przewidywany zakres obowiązku wyjawienia dokumentów będących w posiadaniu stron (*disclosure*), prognozowane koszty postępowania, stwierdzenie, czy w sprawie miała miejsce próba ugodowa, oraz treść korespondencji stron przed wszczęciem postępowania[34]. Kierując sprawę do odpowiedniego trybu postępowania, sąd kieruje się nadrzędnym celem postępowania, w szczególności obowiązkiem rozpoznawania spraw w sposób adekwatny do istoty sprawy mając na uwadze racjonalne gospodarowanie zasobami sądu. Na mocy reguły 27.15 CPR sąd może w toku postępowania skierować sprawę do innego trybu, niż pierwotnie przewidziany. Skierowanie sprawy do innego trybu w toku postępowania jest możliwe również na wniosek strony (par. 11.1 dyrektywy 26). Wniosek nie będzie jednak uwzględniony, jeżeli strona wystąpi o zmianę trybu w zaawansowanym stadium postępowania[35]. W takich okolicznościach rozpoznanie sprawy w niewłaściwym trybie nie ma charakteru uchybienia procesowego.

Model, w którym sąd dokonuje alokacji sprawy do właściwego trybu postępowania na wczesnym etapie w oparciu o okoliczności wymienione w regule 26.8(1) CPR, ma szczególne znaczenie dla koncentracji materiału procesowego. Oznacza to bowiem, że sąd jest obowiązany pozyskać, a strony są obowiązane udzielić sądowi wymaganych w tym przepisie informacji, dotyczących aspektów kluczowych dla dalszego przebiegu postępowania, a w szczególności postępowania dowodowego. Sąd obowiązany jest również dokonać wstępnej oceny kwestii spornych na wczesnym etapie postępowania, w stopniu umożliwiającym oszacowanie prognozowanej długości postępowania, a także jego całkowitych kosztów.

Dla umożliwienia sądowi wczesnej oceny sprawy w celu skierowania jej do odpowiedniego trybu, CPR przewiduje szereg instytucji zorientowanych na pozyskanie od stron informacji wymienionych w regule 26.8(1) CPR. Należą do nich m.in.

[32] Wytyczne w zakresie ustalania wartości przedmiotu sporu wskazane są w dyrektywie 26 par. 7.3–7.4 CPR.
[33] Dalsze wskazania co do okoliczności, którymi powinien kierować się sąd przy wyborze trybu postępowania są zawarte w dyrektywie 26 CPR.
[34] *White Book*..., s. 869.
[35] W sprawie Conlon v Royal Sun Alliance Insurance Plc [2015] EWCA Civ 92 sąd uznał za spóźniony zarzut, że sprawa powinna być rozpoznawana w trybie *multi-track* zamiast w trybie *small claims*, podniesiony w toku postępowania apelacyjnego. Zob. także rozstrzygnięcie w sprawie Peakman v Linbrooke Services Limited [2008] EWCA Civ 1239, zgodnie z którym powód może zostać obciążony obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania, jeśli sprawa została rozpoznana w trybie *multi-track* na skutek przedstawienia przez niego roszczeń o wygórowanej wysokości, bez pokrycia w materiale dowodowym.

opisane szczegółowo poniżej: obowiązek wypełnienia *pre-action protocols*; obowiązek złożenia wniosków o wydanie instrukcji przez sąd w przedmiocie przebiegu postępowania (*directions questionnaire*); obowiązek współpracy z sądem w przebiegu posiedzenia mającego na celu ustalenie harmonogramu postępowania (*case management conference*) oraz przygotowanie rozprawy zgodnie z wydanymi w tym przedmiocie instrukcjami (*pre-trial directions*). Przed dokonaniem alokacji sąd może również zażądać udzielenia dalszych informacji przez stronę lub odbyć posiedzenie w przedmiocie skierowania sprawy do właściwego trybu postępowania.

W praktyce sąd dokonuje wstępnej alokacji do określonego trybu postępowania na podstawie okoliczności wskazanych w pozwie i odpowiedzi na pozew (jeżeli takowa była złożona), informując strony o obranym trybie w drodze specjalnego zawiadomienia (*notice of proposed allocation*) doręczanego obu stronom (reguła 26.9 CPR). Zawiera ono m.in. wezwanie do wypełnienia wniosku o wydanie instrukcji w przedmiocie przebiegu postępowania (*directions questionnaire*). Zawiadomienie może też zawierać nakaz złożenia określonych przez sąd dokumentów lub podjęcie innych czynności, które sąd uzna za konieczne na tym etapie postępowania.

Angielska judykatura nakazuje rygorystyczne przestrzeganie terminów zastrzeżonych przez sąd w zawiadomieniu o alokacji sprawy do odpowiedniego trybu postępowania. Strony nie mogą na podstawie wspólnego wniosku żądać przedłużenia terminu wyznaczonego w zawiadomieniu, niewykonanie zaś czynności wskazanych przez sąd może skutkować nawet pozostawieniem pozwu bez rozpoznania lub wydaniem wyroku w trybie doraźnym. Sąd może również wydać instrukcje z własnej inicjatywy, wyznaczyć termin postępowania w przedmiocie ustalenia harmonogramu postępowania, a stronę, która nie wypełniła czynności wskazanych w zawiadomieniu sądu, obciążyć kosztami postępowania (reguła 26.2(1) CPR). Z powyższego wynika, że już samo ukształtowanie podstawowych trybów postępowania oraz sposobu alokacji spraw w angielskiej procedurze cywilnej jest nakierowane na pozyskanie jak największej ilości informacji dotyczących sporu na wczesnym etapie sprawy. Poniżej zostaną przedstawione szczegółowe mechanizmy sprzyjające koncentracji materiału procesowego na poszczególnych etapach postępowania.

3.2. Etap pierwszy: przed rozpoczęciem postępowania (*pre-action protocols*)

Dążenie ustawodawcy do zapewnienia koncentracji materiału procesowego jest realizowane już przed wszczęciem postępowania. Ustawa procesowa ustanawia bowiem szereg specjalnych procedur, tzw. *pre-action protocols*, które strony muszą wykonać przed wytoczeniem powództwa. Protokoły te stanowią sformalizowaną procedurę wymiany informacji przez strony przed wytoczeniem powództwa. Zgodnie z zawartą w CPR dyrektywą dotyczącą tej fazy postępowania[36] celem protokołów jest sformułowanie i zawężenie kwestii spornych na wczesnym etapie sporu, ułatwienie stronom zawarcie ugody, a w przypadku gdy do niej nie dojdzie umożliwienie sądowi efektywnego prowadzenia postępowania oraz ograniczenie kosztów postępowania przez wczesne zdefiniowanie kwestii spornych i zakresu postępowania dowodowego[37].

[36] *Pre-action Practice Direction* – dalej także dyrektywa w przedmiocie postępowania przed wniesieniem pozwu.
[37] Par. 3.

Z uwagi na zróżnicowany charakter okoliczności stanowiących podstawę spraw cywilnych, CPR zawiera odmienne protokoły dla różnych rodzajów roszczeń oraz przewiduje protokół ogólny, który znajduje zastosowanie dla roszczeń, dla których nie jest przewidziany protokół szczególny[38]. Spoczywający na obu stronach zakres powinności związanych z wypełnieniem właściwego protokołu jest szeroki. Obydwie strony są zobowiązane już na tym etapie do wyjawienia kluczowych dokumentów, na podstawie których opierają swoje twierdzenia. Strony powinny również wskazać, czy zamierzają powołać dowód z opinii biegłego. Na obydwóch stronach spoczywa także obowiązek rozważenia możliwości polubownego zakończenia sporu za pomocą negocjacji lub innej formy ADR zgodnie z założeniem ustawodawcy, że wszczęcie postępowania cywilnego powinno być środkiem ostatecznym. Jeżeli strony nie dojdą do porozumienia, to powinny one dążyć przynajmniej do zawężenia kwestii spornych przed wszczęciem postępowania[39].

Protokoły nie mają charakteru obligatoryjnego i strona może odstąpić od ich wypełnienia, jeśli uzna, że jest to uzasadnione okolicznościami sprawy[40]. Z uwagi na możliwe sankcje, stosowanie protokołów jest jednak normą w praktyce. Sąd może wziąć pod uwagę okoliczność niewypełnienia protokołu przy wydawaniu zarządzeń, związanych z kontrolą przebiegu postępowania (np. przez odmowę przedłużenia określonego terminu lub niewydanie pozwolenia na zmianę powództwa)[41]. W przypadku nieuzasadnionego odstąpienia od spełnienia protokołu, sąd może nałożyć na stronę sankcje za niewypełnienie protokołu bądź zawiesić postępowanie do czasu wypełnienia protokołu[42]. W świetle dyrektywy w przedmiocie postępowania przed wniesieniem pozwu, konsekwencje te mogą być bardzo dotkliwe i obejmować sankcje kosztowe, w tym obowiązek zwrotu kosztów postępowania w zwiększonej wysokości[43] bądź sankcje związane z modyfikacją wartości należnych odsetek[44].

Zawarta w dyrektywie lista sankcji nie jest wyczerpująca. Obok wspomnianych środków sąd może również zastosować obostrzenia w postaci niedopuszczenia dowodu z opinii biegłego powołanego z naruszeniem protokołu lub zapłatę określonej sumy na rachunek sądu na podstawie opisanej wyżej reguły 3.1 CPR. Restrykcje te są jednak stosowane jedynie w przypadku rażącej niezgodności z protokołem, tj. jak powtarzające się uchybienia lub naruszenie protokołu w złej wierze[45]. Przykłady istotnych niezgodności z protokołem obejmują okoliczności takie jak niedostarczenie istotnych informacji dotyczących roszczenia lub kierunku obrony, uchybienie terminowi przewidzianemu w określonym protokole lub nieuzasadniona odmowa podjęcia próby polubownego załatwienia sporu w drodze ADR[46].

---

[38] Protokoły szczególne przewidziane są m.in.: dla sporów budowlanych, roszczeń z tytułu ochrony dóbr osobistych, szkody na osobie, spraw z zakresu odpowiedzialności lekarza, spraw ze stosunku najmu, hipoteki lub utrzymania budynku bądź spraw z zakresu odpowiedzialności pracodawcy.

[39] Dyrektywa w przedmiocie postępowania przed wniesieniem pozwu, par. 8 i 12.

[40] Tj. konieczność wszczęcia postępowania sądowego z uwagi na upływający termin przedawnienia. Zob. także *Civil…*, s. 136.

[41] Zob. uwagi dot. reguły 3.1(4)–(6A) CPR powyżej.

[42] Dyrektywa w przedmiocie postępowania przed wniesieniem pozwu, par. 15.

[43] Tzw. *indemnity costs.*

[44] Dyrektywa w przedmiocie postępowania przed wniesieniem pozwu, par. 16. Zob. także *Zuckerman on…*, s. 43–44 i *Civil…*, s. 137 w zakresie praktyki orzeczniczej stosowania sankcji za niewypełnienie protokołów.

[45] Sprawa Mealey Horgan plc v Horgan [1999] 5 WLUK 345.

[46] Par. 14 dyrektywy w przedmiocie postępowania przed wniesieniem pozwu.

Przy nakładaniu sankcji sąd jest obowiązany kierować się celem normy, stąd drobne uchybienia nie są penalizowane. Strony są obowiązane przestrzegać protokołów w dobrej wierze i w duchu współpracy[47]. Sąd powinien również zapobiegać traktowaniu przez stronę drobnych niezgodności z protokołem, jako środka szykany strony przeciwnej lub w celu przewlekania postępowania[48].

3.3. Etap drugi: wymiana pism procesowych i ustalenie harmonogramu postępowania

3.3.1. Model wymiany pism procesowych

Następująca po wypełnieniu protokołów kolejna faza postępowania cywilnego rozpoczyna się poprzez wniesienie pozwu i złożenie odpowiedzi na pozew. Obowiązujący na gruncie angielskiej procedury cywilnej model wymiany pism procesowych jest nakierowany na koncentrację materiału procesowego. Zgodnie z regułą 2.3(1) CPR podstawowe pisma procesowe (*statements of case*) to: a) pozew wniesiony na właściwym formularzu (*claim form*)[49], b) uzasadnienie pozwu (*particulars of claim*)[50], c) odpowiedź na pozew (*defence*)[51], d) powództwo wzajemne lub powództwo przeciw osobie niewystępującej w sprawie jako pozwany (*Part 20 claims*)[52] oraz e) odpowiedź powoda na odpowiedź na pozew (*reply*)[53].

Przepisy CPR zawierają szczegółowe unormowania regulujące zawartość poszczególnych pism procesowych oraz sposób ich wniesienia. Na potrzeby obecnej analizy należy podkreślić, że w pismach procesowych strony powinny zawrzeć wszystkie okoliczności istotne dla ich stanowiska w sprawie. Strony nie mogą składać dalszych pism procesowych ponad te wymienione w regule 2.3(1) CPR bez pozwolenia sądu. Co do zasady, pozwolenie w przedmiocie złożenia dalszych pism procesowych jest wydawane jedynie w wyjątkowych przypadkach[54]. Strony mogą natomiast wnioskować o pozwolenie sądu na zmianę bądź uzupełnienie już złożonych pism procesowych na podstawie przepisów zawartych w części 17 CPR[55]. Wskazanie nowych twierdzeń każdorazowo wymaga zatem złożenia odpowiedniego wniosku. Strony nie są zobowiązane zawrzeć w pismach procesowych dowodów na poparcie swoich twierdzeń. Angielska

[47] W sprawie Excalibur Ventures LLC v Texas Keystone Inc [2013] EWHC 4278 sąd nałożył na stronę obowiązek zapłaty kosztów postępowania w zwiększonej wysokości (*indemnity costs*) z uwagi na fakt, że przedsądowa korespondencja strony obejmowała bezpodstawnie liczne i powtarzające się pisma sformułowane w agresywnym tonie. Podobnie w rozstrzygnięciu King v Telegraph Group Ltd [2004] EWCA Civ 613 sąd uznał, że jedną z okoliczności mających wpływ na ograniczenie kosztów postępowania, które strona władna była odzyskać od strony przeciwnej, było jej postępowanie przed wniesieniem pozwu, a zwłaszcza korespondencja utrzymana w nadmiernie antagonistycznym tonie, nakierowanym na sprowokowanie strony przeciwnej i nieuzasadnione wygenerowanie dodatkowych kosztów postępowania.

[48] Dyrektywa w przedmiocie postępowania przed wniesieniem pozwu, par. 4.3. Zob. także *Zuckerman on…*, s. 43.

[49] Reguła 7.2 CPR.

[50] Reguła 7.4 CPR.

[51] Reguły 15.2 i n. CPR.

[52] Reguła 15.8 CPR.

[53] Część 20 CPR.

[54] Zob. *Civil…*, s. 508–509.

[55] Zob. m.in. reguły 17.1 i 17.3 CPR. Zob. także regułę 19.4 CPR dotyczącą zmian podmiotowych powództwa. Osobne uregulowania obowiązują w zakresie zmiany powództwa w postaci zgłoszenia dodatkowych roszczeń (reguły 20.4–20.6 CPR).

procedura cywilna rozgranicza tym samym fazę zgłaszania twierdzeń od fazy zgłaszania dowodów[56].

Część 17 CPR nie precyzuje dyrektyw, którymi powinien się kierować sąd przy rozpatrywaniu wniosku o włączenie spóźnionego twierdzenia do zakresu rozpoznania sprawy. Podejście sądów angielskich do sankcji za niepodniesienie określonego twierdzenia na odpowiednio wczesnym etapie postępowania można określić jako słusznościowe. Rozpatrując wniosek o udzielenie pozwolenia na włączenie nowego twierdzenia do zakresu rozpoznania, sąd dokonuje oceny wszystkich okoliczności, istotnych w stanie faktycznym danej sprawy. Tak jak w przypadku każdej dyskrecjonalnej decyzji, sąd ma obowiązek kierować się naczelnym celem postępowania cywilnego (*overriding objective*), który zakłada, że sprawy cywilne powinny być rozstrzygane sprawiedliwie i z uwzględnieniem adekwatnych kosztów postępowania. Wniosek o pozwolenie na włączenie nowych twierdzeń będzie zatem rozpatrzony pozytywnie przez sąd, jeśli jest to słuszne i proporcjonalne w okolicznościach sprawy[57].

Zgodnie z powyższą zasadą sąd nie sankcjonuje automatycznie każdego opóźnienia strony. W szczególności, judykatura angielska jest negatywie nastawiona do instrumentalnego wykorzystywania przez stronę przeciwną uchybień procesowych strony dla uzyskania przewagi taktycznej. W rozstrzygnięciu w sprawie Slater v Buckinghamshire County Council[58] sąd dokonał ustaleń faktycznych co do twierdzeń, których strona nie zawarła w piśmie procesowym w oparciu o okoliczność, że w toku rozprawy strony w sposób dorozumiany wyraziły stanowisko, iż przedmiotowe twierdzenia są istotne dla rozstrzygnięcia sprawy. Podobnie w sprawie E.I. Du Pont de Nemours and Co. v. S.T. Dupont (No. 2)[59] sąd uznał, że nieuwzględnienie wniosku o wydanie pozwolenia na włączenie dodatkowego twierdzenia do zakresu rozpoznania sprawy byłoby sankcją nadmiernie surową w okolicznościach sprawy, i skutkowałoby nieuzasadnioną przewagą drugiej strony. W powyższym rozstrzygnięciu sąd wskazał jednak, że pozwolenie nie powinno być wydane, jeżeli twierdzenie podniesione jest na zaawansowanym etapie postępowania i wymagałoby odroczenia rozpoznania sprawy z uwagi na konieczność zapewnienia drugiej stronie możliwości złożenia adekwatnej odpowiedzi oraz powołania dowodów. Pozwolenie nie będzie również wydane, gdy spóźnione twierdzenie wprowadza nowy i skomplikowany wątek, który może spowodować opóźnienie w rozpoznaniu sprawy.

Sąd odmówi także dopuszczenia spóźnionego twierdzenia, jeżeli uzna, że jego podniesienie nadmiernie rozszerzy zakres postępowania i negatywnie wpłynie

[56] Dołączenie dokumentów do pozwu nie jest jednak w CPR zabronione. Odmienne zasady zostały przyjęte w Programach Pilotażowych dla Krótszych i Elastycznych Procesów (*Shorter and Flexible Trial Schemes*), znajdujących zastosowanie w Business and Property Courts na podstawie dyrektywy 57AB. Istotne odrębności obejmują m.in. obowiązek dołączenia do pozwu i odpowiedzi na pozew istotnych dokumentów, ograniczenie pism procesowych stron do 20 stron, zaś całkowitego czasu rozprawy do 4 dni oraz obligatoryjne złożenie przez powoda (po konsultacji z pozwanym) listy kwestii spornych przed *case management conference*. Obowiązek wyjawienia istotnych w sprawie dokumentów już w pismach procesowych obowiązuje też na mocy Programu Pilotażowego w Zakresie *Disclosure,* o którym mowa poniżej (zob. szerzej dyrektywa 51U CPR: *Disclosure Pilot for the Business and Property Courts*).

[57] Zob. m.in. sprawa J.W. Spear and Sons Ltd v Zynga Inc. [2013] EWHC 1640 (Ch).

[58] [2004] EWCA Civ 1478.

[59] [2002] EWHC 2455 (Ch).

na ustalony harmonogram jego przebiegu (Clarke v Bain[60]). W rozstrzygnięciu w sprawie Multiplex Construction (UK) Ltd v Cleveland Bridge UK Ltd[61] sąd nie uwzględnił nowych twierdzeń, uzasadniając swoje stanowisko okolicznością, że przedmiotowy materiał nie był kluczowy dla rozstrzygnięcia sprawy, a jego dopuszczenie spowodowałoby konieczność odroczenia wyznaczonego terminu rozprawy. Z uwagi na naczelny cel postępowania cywilnego i związaną z jego realizacją fundamentalną rolę instytucji *case management*, judykatura angielska podkreśla na gruncie CPR wagę jasnego i precyzyjnego sformułowania twierdzeń, na których strony opierają swoje stanowisko i to na jak najwcześniejszym etapie sprawy[62]. Zgłoszenie roszczenia bez wskazania jego podstawy, wyłącznie dla zabezpieczenia określonej pozycji przez powoda, jest uznawane za nadużycie prawa. Wytoczenie powództwa w takich okolicznościach może nawet skutkować pozostawieniem go bez rozpoznania[63].

Sąd nie uwzględni ponadto wniosku o włączenie twierdzenia do zakresu rozpoznania spawy, jeśli jego treść nie rokuje realnych szans na powodzenie. Orzekając o włączeniu spóźnionego twierdzenia, sąd władny jest zatem dokonać jego wstępnej oceny merytorycznej[64]. I tak, sąd odmówi uwzględnienia wniosku, jeśli wynika z niego, że strona dąży do podniesienia nowych okoliczności dla „zbombardowania" drugiej strony dużą liczbą twierdzeń w celu odwrócenia ciężaru dowodu[65].

W uzasadnionych okolicznościach sąd uwzględni jednak spóźnione twierdzenia strony zarówno w przypadku ich rażąco późnego zgłoszenia, jak i wówczas gdy zmieniają one całkowicie uprzednio sformułowane stanowisko strony. W sprawie Airways Aero Associations Ltd v Wycombe District Council[66] sąd dopuścił nowe twierdzenia podniesione po raz pierwszy w pierwszym dniu rozprawy, ze względu na ich wagę dla rozstrzygnięcia sprawy, w której zostały zgłoszone oraz ich prejudycjalne znaczenie dla rozstrzygnięcia o innych roszczeniach. Podobnie w rozstrzygnięciu Cook v News Group Newspapers Ltd[67] sąd uwzględnił wniosek o uzupełnienie pisma procesowego w sposób fundamentalnie zmieniający linię obrony, z uwagi na dobro publiczne w sprawie o naruszenie dóbr osobistych. Sąd dopuścił spóźnione twierdzenia, mimo że ich zgłoszenie wiązało się z koniecznością sformułowania nowej odpowiedzi przez stronę przeciwną, jak również uzupełnieniem materiału dowodowego przez zarządzenie dodatkowego wyjawienia dokumentów (*disclosure*) i złożenie uzupełniających pisemnych zeznań świadków.

3.3.2. Instrukcje w przedmiocie przebiegu postępowania (*directions*)

Wnioski stron o wydanie instrukcji w przedmiocie przebiegu postępowania stanowią kluczowe źródło informacji dla sądu w procesie ewentualnej realokacji sprawy

[60] [2008] EWHC 2636 (QB).
[61] [2008] EWHC 231 (TCC).
[62] Zob. m.in. sprawa Law Debenture Trust Corporation (Channel Islands) Ltd. v Lexington Insurance Co. [2002] EWCA Civ 1824.
[63] Sprawa Nomura International plc v Granada Group Ltd [2007] EWHC 642 (Comm).
[64] Oil and Mineral Development Corporation Ltd v Sajjad (2001) LTL 6/12/2001; Clarke v Slay [2002] EWCA Civ 113. Zob. także Hussain v Cuddy Woods and Cochrane (1999) LTL 19/10/99; Groveholt Ltd v Hughes [2010] EWCA Civ 538.
[65] Sprawa Clyde and Co. LLP v New Look Interiors of Marlow Ltd [2009] EWHC 173 (QB).
[66] [2010] EWHC 1774 (Ch).
[67] [2002] EWHC 1070.

do innego, niż pierwotnie wskazany trybu postępowania oraz dla ustalenia harmonogramu postępowania. Jak wyżej wspomniano, są one składane na zarządzenie sądu zawarte w zawiadomieniu o wstępnym skierowaniu sprawy do określonego trybu (*notice of proposed allocation*), tj. na etapie postępowania po wniesieniu pozwu i odpowiedzi na pozew (bądź upływie terminu do wniesienia odpowiedzi na pozew). W zarządzeniu sąd nakazuje stronom złożenie wniosku o wydanie instrukcji na podstawie odpowiedniego formularza oraz wskazuje, jakie czynności strony powinny wykonać w wyznaczonym przez sąd terminie. Termin na złożenie wypełnionego formularza wynosi 14 dni w trybie właściwym dla drobnych roszczeń bądź 28 dni dla pozostałych trybów postępowania (reguła 26.3(6) CPR). Termin ten nie może być przedłużony na mocy wspólnego wniosku stron (reguła 26.3(6A) CPR).

We wniosku o wydanie instrukcji strony są zobowiązane zawrzeć wszelkie informacje oraz dołączyć wszelkie dokumenty, które ich zdaniem mogą mieć istotne znaczenie dla skierowania sprawy do odpowiedniego trybu oraz ustalenia przez sąd harmonogramu postępowania. W pierwszej części formularza strony są zobowiązane wskazać kroki podjęte w celu polubownego rozwiązania sporu. Jeżeli strona nie jest skłonna podjąć negocjacji ugodowych, to powinna wskazać podstawy swojego stanowiska. Strona zobowiązana jest także wykazać, że przed rozpoczęciem postępowania został wypełniony odpowiedni protokół bądź też wskazać powody, dla których odstąpiła od jego wypełnienia. Kolejna część formularza zawiera fakultatywny wniosek o przekazanie sprawy do właściwości innego sądu. Pozostałe części są natomiast poświęcone kwestiom *stricte* związanym z ustaleniem harmonogramu postępowania.

Informacje, których strony są zobowiązane udzielić dla ustalenia harmonogramu postępowania obejmują proponowane zasady wyjawienia dokumentów przez strony (*disclosure*)[68], wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego oraz wskazanie świadków, których strona zamierza powołać w sprawie wraz z określeniem, na jaką okoliczność będą oni zeznawać. Co istotne, na gruncie uprzednio obowiązującego stanu prawnego przed wejściem w życie reformy Jacksona, strony były zobowiązane wskazać powyższe informacje „według swojej najlepszej wiedzy na danym etapie postępowania". W obecnym stanie prawnym obowiązującym od wejścia w życie reformy, powyższe zastrzeżenie zostało usunięte z treści formularza, skutkując zaostrzeniem obowiązku sformułowania przez strony jak najbardziej szczegółowych wniosków w zakresie postępowania dowodowego już na tak wczesnym etapie postępowania.

W formularzu strony są też obowiązane wskazać szacunkowy czas trwania rozprawy. W tym przypadku ustawodawca nie jest już tak restrykcyjny jak w przypadku wniosków dowodowych, i stanowisko stron w tym zakresie może ulec korekcie zgłoszonej w czasie posiedzenia mającego na celu ustalenie harmonogramu postępowania (*case management conference*). W kolejnej części formularza strony są zobowiązane zawrzeć informacje dotyczące prognozowanych kosztów

[68] W trybie *fast track* zastosowanie mają zasady ogólne (*standard disclosure*). W trybie *multi-track* strony są zobowiązane wskazać, czy osiągnęły porozumienie w kwestii zakresu i sposobu wyjawienia dokumentów elektronicznych oraz mogą wnioskować o zarządzenie wyjawienia dokumentów na zasadach innych, niż zasady ogólne.

postępowania oraz inne istotne zagadnienia z punktu widzenia przebiegu postępowania, tj. informacje mające wpływ na termin rozprawy, zapowiedź wniosku o włączenie do postępowania innych podmiotów bądź wniosku o wydanie wyroku w trybie doraźnym. Formularz zamyka część, w której strony są zobowiązane sformułować proponowane przezeń instrukcje i dołączyć projekt zarządzenia sądu w tym przedmiocie (*draft order*).

Strony są zobowiązane porozumieć się w zakresie proponowanych instrukcji i w miarę możliwości przedstawić je w uzgodnionej formie[69]. Wymaganie to wynika z opisanego wyżej obowiązku stron wspierania sądu w realizacji nadrzędnego celu postępowania cywilnego zgodnie z regułą 1.3 CPR. Mimo zaakcentowanego wymagania współpracy stron, zapewnienie sprawności postępowania ma nadrzędne znaczenie na gruncie CPR. Paragraf 2.3(3) dyrektywy 26 wskazuje, że proces konsultacji nie może wpłynąć na opóźnienie złożenia wniosków o wydanie instrukcji, co współgra ze wspomnianym wyżej unormowaniem, zgodnie z którym strony nie mogą na podstawie wspólnego wniosku przedłużyć terminu na dokonanie tej czynności[70].

Niezłożenie wniosku o wydanie instrukcji w wyznaczonym terminie może skutkować, w przypadku uchybienia strony powodowej, pozostawieniem pozwu bez rozpoznania. W przypadku niezłożenia wniosku przez pozwanego, przedmiotowe uchybienie może natomiast spowodować wydanie wyroku przeciw pozwanemu w trybie doraźnym na podstawie okoliczności wskazanych w pozwie. Sąd może również podjąć dalsze kroki, związane z ustaleniem toku postępowania z własnej inicjatywy i nałożyć sankcje kosztowe na stronę, która dopuściła się uchybienia[71].

3.3.3. Posiedzenia w przedmiocie ustalenia harmonogramu postępowania (*case management conference*)

W sprawach rozpoznawanych w trybie *mulit-track* instrukcje dotyczące przebiegu postępowania są wydawane przez sąd po przeprowadzeniu posiedzenia w przedmiocie ustalenia harmonogramu postępowania (*case management conference*)[72]. Posiedzenie to ma za zadanie umożliwić sądowi (i) identyfikację kwestii spornych i ewentualne ich zawężenie przed rozprawą, tak aby rozstrzygnięcie sporu odbyło się szybko i sprawnie oraz (ii) wskazanie przebiegu postępowania wraz z ustaleniem harmonogramu czynności procesowych aż do rozprawy[73].

Strony powinny porozumieć się między sobą i zakomunikować sądowi przewidywany czas posiedzenia. W sprawach, w których strony uzgodniły wnioskowane instrukcje, posiedzenie może trwać nawet tylko 30 minut. W sprawach skomplikowanych, zwłaszcza gdy treść instrukcji jest sporna między stronami, posiedzenie wyznaczane jest na czas odpowiednio dłuższy, nie dłuższy jednak niż 1 dzień.

[69] Dyrektywa 26 par. 2.3 CPR.
[70] Reguła 26.3(6A) CPR.
[71] Dyrektywa 26 par. 2.5 CPR.
[72] Odbycie przedmiotowego posiedzenia nie jest obligatoryjne w sprawach rozpoznawanych w trybie *fast track* lub *small claims*, chyba że sąd postanowi inaczej po rozważeniu istotnych okoliczności sprawy. Jeśli nie wskazano inaczej, poniższe uwagi będą się odnosić do instytucji *case management conference* w sprawach należących do trybu *multi-track*.
[73] Dyrektywa 29 par. 5.1 CPR.

Posiedzenie w przedmiocie instrukcji może być przeprowadzone za pomocą środków porozumiewania się na odległość[74].

Na podstawie dyrektywy 29 par. 5.3 CPR w toku posiedzenia sąd rozstrzyga następujące kwestie: (i) czy powództwo zawiera jasno i zrozumiale dla drugiej strony sformułowane roszczenie; (ii) czy konieczne jest dokonanie zmian w treści pozwu lub innego pisma procesowego; (iii) jaki powinien być dokładny zakres obowiązku wyjawienia istotnych w sprawie dokumentów (*disclosure*); (iv) czy konieczne jest w sprawie dopuszczenie dowodu z opinii biegłego oraz w jakiej formie powinno to nastąpić; (v) jakie dowody powinny być wyjawione i jakie ustalenia powinny być poczynione w zakresie ewentualnej klaryfikacji, uzyskania dodatkowych informacji bądź możliwości uwzględnienia dodatkowych pytań do biegłego oraz (vi) czy właściwe i pożądane z punktu widzenia oszczędności kosztów postępowania jest rozstrzygnięcie określonej kwestii przed przystąpieniem do rozpoznania pozostałych kwestii spornych.

Przed przeprowadzeniem posiedzenia sąd może nałożyć na strony obowiązek złożenia w sądzie dokumentów, mających znaczenie z punktu widzenia zarządzania przez sąd przebiegiem postępowania (*case management bundle*)[75]. Obowiązek złożenia przedmiotowych dokumentów ma szczególnie istotne znaczenie z punktu widzenia koncentracji materiału procesowego. W skład *case management bundle* wchodzą bowiem dokumenty takie jak: zwięzłe podsumowanie stanowisk stron wraz z listą kwestii spornych (*case summary*), pisma procesowe złożone na tym etapie postępowania, projekty pism procesowych, o których dopuszczenie w harmonogramie postępowania strony wnioskują w trakcie posiedzenia, stanowiska stron co do zakresu obowiązku wyjawienia dokumentów (*disclosure*)[76], opinie biegłych i pisemne zeznania świadków złożone przed posiedzeniem, wszystkie zarządzenia sądu wydane w sprawie do momentu odbycia posiedzenia, wnioski stron o wydanie instrukcji (*directions questionnaire*) wraz z projektem zarządzenia sądu (*draft order*) oraz oświadczenia stron wskazujące szacunkowe koszty postępowania (*costs budget*).

W toku postępowania sąd dąży do ustalenia kwestii istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, a także stwierdzenia, czy sprawa została skierowana do właściwego trybu postępowania oraz czy strony zastosowały się do zarządzeń sądu i właściwego protokołu przed wytoczeniem powództwa. Sąd jest też zobowiązany rozważyć prognozowane koszty postępowania wraz z wydaniem odpowiednich zarządzeń w tym zakresie. Po zakończeniu *case management conference* sąd wydaje instrukcje wraz z harmonogramem postępowania, wyszczególniającym kroki procesowe w toku sprawy. Co do zasady, zawarte w harmonogramie instrukcje dotyczą kwestii takich jak: (i) wymiana dalszych pism procesowych; (ii) harmonogram określający zakres wyjawienia i udostępnienia dokumentów (*disclosure*); (iii) harmonogram składania zeznań świadków na piśmie; (iv) wyznaczenie biegłego przez sąd bądź harmonogram składania dowodów z opinii biegłych wyznaczonych przez strony;

[74] Dyrektywa 23 par. 6.2 CPR.

[75] W braku osobnego zarządzenia sądu w tym przedmiocie, obowiązek ten może wynikać z przepisów dotyczących postępowania w określonych sądach specjalistycznych, tj. *Technology and Construction Court* (TCC) lub *Commercial Court*. W praktyce *case management bundle* jest składana zawsze w sprawach w trybie *multi-track* zgodnie z dyrektywą 29 par. 5.6(1) CPR.

[76] Tzw. *disclosure report*. Na temat tej instytucji zob. poniżej pkt 3.4.2.

(v) określenie terminu spotkania biegłych w celu ustalenia kwestii bezspornych oraz przygotowania pisma wskazującego zakres niezgodności (w przypadku biegłych wyznaczonych przez strony); (vi) zarządzenia w kwestii kontroli kosztów postępowania; (vii) prognozowane czynności w celu przygotowania rozprawy (*pre-trial review*); (viii) możliwy termin oraz przewidywana długość rozprawy bądź (ix) stwierdzenie, czy właściwe jest rozstrzygnięcie kwestii wstępnych przed przystąpieniem do rozstrzygnięcia pozostałych kwestii spornych[77].

Sąd wydaje instrukcje po wnikliwym rozważeniu okoliczności sprawy. Co istotne, sąd nie jest związany zgodnym wnioskiem stron o wydanie instrukcji i może wydać instrukcje o treści odmiennej niż wnioskowana, jeśli jest to właściwe z uwagi na nadrzędny cel postępowania (*overriding objective*). Wydanie instrukcji w przedmiocie przebiegu postępowania zakłada jednak, co do zasady, daleko idącą interakcję między stronami, oraz między stronami a sądem. W praktyce harmonogram postępowania nie jest narzucany przez sąd, lecz stanowi wynik dyskusji i współpracy uczestników procesu.

3.4. Etap trzeci: postępowanie dowodowe i przygotowanie rozprawy

3.4.1. Kontrola postępowania dowodowego przez sąd

Kulminacją czynności zmierzających do koncentracji materiału procesowego jest postępowanie dowodowe i przygotowanie rozprawy. *Civil Procedure Rules* przyznaje sądowi szeroką władzę dyskrecjonalną w zakresie kontroli postępowania dowodowego[78]. Władza ta obejmuje: wskazanie kwestii wymagających dowodu oraz rodzaju środków dowodowych wymaganych do wykazania określonych okoliczności; stwierdzenie, jaki powinien być format danego środka dowodowego, w tym jaka powinna być dopuszczalna długość pisemnych zeznań świadków oraz jaki powinien być rodzaj osobowych środków dowodowych.

Angielska procedura cywilna realizuje zasadę wyjawienia wszelkich istotnych w sprawie dowodów przed rozprawą[79]. Zgodnie z tą zasadą strony są zobowiązane ujawnić wszelkie środki dowodowe, na podstawie których formułują one określone stanowisko w postępowaniu. W przypadku zaś dowodu z dokumentu, strony są zobowiązane dostarczyć wszelkie istotne środki dowodowe tego rodzaju, w tym dokumenty niekorzystne dla ich stanowiska w sprawie. Celem powyższej zasady jest zapewnienie równości stron w dostępie do istotnych dla sprawy informacji, ułatwienie polubownego rozwiązania sporu oraz zapobieżenie prowadzenia jakiejkolwiek części postępowania „przez zaskoczenie" co dotyczy którejkolwiek ze stron[80].

3.4.2. Dowód z dokumentu (*disclosure*)

Szczególną instytucją angielskiego postępowania cywilnego realizującą zasadę gromadzenia dowodów – na wczesnym etapie postępowania – jest obowiązek

[77] Przykład standardowych instrukcji jest dostępny na stronie: https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/standard-directions/general/case-management (dostęp: 28.01.2019 r.).
[78] Zob. m.in. reguły 32.1(1) oraz 32.2(3) CPR.
[79] Zob. *Phippson on Evidence*, red. H.M. Malek, Londyn 2018, s. 287.
[80] *Andrews on*…, s. 61.

wyjawienia wszelkich istotnych w sprawie dokumentów (*disclosure*) uregulowany w części 31 CPR[81]. Zakres dokumentów podlegających ujawnieniu jest zróżnicowany i zależy od trybu postępowania i rodzaju sprawy. Na gruncie tzw. *standard disclosure* według reguły 31.6 CPR strony mają obowiązek wskazać wszelkie istotne w sprawie dokumenty znajdujące się w ich posiadaniu, a zatem zarówno te, które są korzystne dla strony, jak również i te, które są dla stanowiska strony niekorzystne bądź są korzystne dla strony przeciwnej. W świetle reguły 31.4 CPR dokumentem jest natomiast każdy nośnik informacji, bez względu na jego formę lub rodzaj zarejestrowanej treści[82].

Zgodnie z regułą 31.8(2) CPR zakresem *disclosure* są objęte nie tylko dokumenty znajdujące się w posiadaniu strony, lecz także dokumenty, które strona władna jest pozyskać od osoby trzeciej oraz dokumenty znajdujące się w posiadaniu osoby trzeciej, do których strona ma wgląd lub możliwość wykonania kopii[83]. Strony są zobowiązane dołożyć należytej staranności w poszukiwaniu istotnych w sprawie dokumentów w celu ich wyjawienia. Szczegółowe reguły obowiązują w przypadku dokumentów istniejących w formie elektronicznej. W tym zakresie strony mogą uzgodnić między sobą terminy kluczowe dla przeszukiwania baz danych zawierających istotne w sprawie dokumenty[84].

Obowiązek wyjawienia dokumentów dotyczy też dokumentów, które uległy zniszczeniu bądź, w przypadku dokumentów elektronicznych, zostały usunięte z systemu teleinformatycznego. Strony mają obowiązek chronić przed zniszczeniem lub usunięciem wszystkie istotne w sprawie dokumenty. Paragraf 7 dyrektywy 31B CPR wskazuje, że już od chwili gdy perspektywa uczestnictwa w postępowaniu jest brana pod uwagę, pełnomocnicy stron są zobowiązani poinformować stronę o obowiązku ochrony przed zniszczeniem lub usunięciem wszystkich dokumentów, które mogą być przedmiotem ujawnienia w toku postępowania.

Procedura wyjawienia dokumentów przebiega na kilku etapach. Pierwszy z nich ma charakter fakultatywny i obejmuje tzw. *pre-action disclosure*, czyli ujawnianie dokumentów przed wszczęciem postępowania[85]. Zgodnie z regułą 31.16(3) CPR w okolicznościach wskazanych w tym przepisie strony mogą wnioskować o wydanie

[81] Na temat ewolucji tej instytucji zob. P. Matthews, H.M. Malek, *Disclosure*, Londyn 2016, s. 19 i n.

[82] Z uwagi na szeroki zakres *disclosure* na gruncie obecnie obowiązujących reguł CPR i związane z przebiegiem tego etapu wysokie koszty postępowania, instytucja *disclosure* jest przedmiotem programu pilotażowego mającego za zadanie analizę praktycznego funkcjonowania przyszłych zmian ustawodawczych. Program pilotażowy wszedł w życie 1.01.2019 i obowiązuje w *Business and Property Courts* (m.in. w *Commercial Court* oraz *Technology and Construction Court*). Istotne zmiany zakresu *disclosure* wprowadzone w programie pilotażowym obejmują m.in. obowiązek wskazania kluczowych dokumentów już w pismach procesowych stron, uchylenie zasady, zgodnie z którą *standard disclosure* jest opcją domyślną, wprowadzenie obowiązku złożenia przez strony szczegółowego kwestionariusza (*Disclosure Review Document*) przed posiedzeniem w przedmiocie ustalenia harmonogramu postępowania, w którym strony są zobowiązane wskazać kluczowe kwestie sporne, proponowany zakres *disclosure* oraz w jaki sposób posiadane przez nie dokumenty są przechowywane i mogą być przeszukiwane lub udostępniane (zob. szerzej dyrektywa 51U CPR: *Disclosure Pilot for the Business and Property Courts*). Omawiany program pilotażowy ma na celu zwiększenie efektywności postępowania oraz sprzyja dalej idącej koncentracji materiału procesowego w zakresie dowodu z dokumentu.

[83] Nakreślony powyżej standardowy zakres obowiązku wyjawienia dokumentów obowiązuje, co do zasady, jako unormowanie domyślne w sprawach rozpoznawanych w trybie *fast track*. W trybie *multi-track* jest to natomiast jedna z dopuszczalnych możliwości, obok pozostałych wariantów dopuszczalnego zakresu *disclosure* wymienionych w Regule 31.5(7) CPR. Zgodnie z regułą 27.1(1)(b) CPR obowiązek ujawnienia dokumentów nie ma natomiast zastosowania w trybie właściwym dla drobnych roszczeń (*small claims*).

[84] Dyrektywa 31B.21 CPR.

[85] Na ten temat szczegółowo P. Matthews, H.M. Malek, *Disclosure*…, s. 81 i n.

przez sąd zarządzenia w przedmiocie wyjawienia dokumentów jeszcze na etapie *pre-action protocols*.

Kolejny etap procedury *disclosure* następuje po wszczęciu postępowania i przebiega równolegle do wniosku stron o wydanie instrukcji. Na tym etapie każda ze stron jest zobowiązana do przedstawienia raportu w przedmiocie wyjawienia dokumentów, tzw. *disclosure report*. Raport powinien obejmować listę dokumentów istotnych w sprawie, które są lub mogą być w posiadaniu strony, wraz ze wskazaniem miejsca, w którym dokumenty są lub mogą być zlokalizowane. W przypadku zaś dokumentów zgromadzonych w formie elektronicznej, strona zobowiązana jest wskazać sposób, w jaki dokumenty są przechowywane. Raport powinien również określać szacunkowe koszty postępowania związanego z wyjawieniem dokumentów oraz zawierać wniosek o wydanie szczegółowych instrukcji w przedmiocie *disclosure*[86].

Następnym etapem *disclosure* jest złożenie przez strony właściwych oświadczeń w przedmiocie wyjawienia dokumentów (*disclosure statement*)[87]. Następuje to na zarządzenie sądu wydane po odbyciu posiedzenia w przedmiocie ustalenia harmonogramu postępowania. W oświadczeniu strona jest zobowiązana zawrzeć listę istotnych dla sprawy dokumentów według zakresu *disclosure* wskazanego przez sąd[88]. Dokumenty dzielą się na trzy grupy, tj.: (i) dokumenty, które mogą być udostępnione do wglądu drugiej stronie; (ii) dokumenty, które nie mogą być udostępnione do wglądu drugiej stronie z uwagi na poufność zawartych w nich informacji[89] oraz (iii) dokumenty, które nie mogą być udostępnione, gdyż nie znajdują się w posiadaniu strony[90].

Kolejny etap *disclosure* obejmuje udostępnienie dokumentów stronie przeciwnej oraz ich weryfikację przez strony. Z reguły udostępnienie następuje w drodze wydania kopii bądź też przekazania dokumentów za pomocą systemów elektronicznych.

Każda ze stron ma obowiązek informować sąd oraz stronę przeciwną o wyjściu na jaw innych, niż wskazane w oświadczeniu, istotnych dokumentów. Spóźnione ujawnienie istotnych w sprawie dokumentów jest możliwe jedynie po pozytywnym rozpoznaniu przez sąd wniosku o dopuszczenie spóźnionego dowodu oraz o zwolnienie z sankcji za niewypełnienie zarządzenia sądu w przedmiocie wyjawienia dokumentu w terminie[91]. Spóźnione zgłoszenie dokumentu może się ponadto wiązać z sankcją w postaci obowiązku pokrycia określonej części kosztów postępowania. Próba zatajenia dokumentu lub złożenie nieadekwatnego oświadczenia w zakresie ujawnienia dokumentów może też skutkować wydaniem przez sąd, zgodnie z regułą 31.12 CPR, zarządzenia w przedmiocie wyjawienia konkretnych dokumentów (*specific disclosure*).

Konsekwencją reformy Jacksona jest bardziej restrykcyjne stosowanie sankcji za niewyjawienie lub spóźnione wyjawienie dokumentów. Co istotne, obowiązek wyjawienia dokumentów rozciąga się również na pełnomocników stron, jako

[86] Reguły 31.5(7) i (8) CPR.
[87] Oświadczenia składane są na formularzu N265.
[88] Złożenie właściwych oświadczeń przez strony nie jest równoznaczne z dopuszczeniem dowodów ze wskazanych w nich dokumentów. Dopuszczenie dowodów ma natomiast miejsce w drodze właściwych instrukcji wydanych przez sąd (zob. *Andrews on…*, t. I, s. 61).
[89] Tj. dokumenty objęte tajemnicą zawodową lub zawierające tajemnice przedsiębiorstwa.
[90] Kategoria ta obejmuje również dokumenty zniszczone lub usunięte z bazy danych.
[91] Sprawa McTear v Englehard [2016] EWCA Civ 487.

na osoby zaangażowane w weryfikację dokumentów znajdujących się w posiadaniu mocodawcy. Sąd może również zarządzić obowiązek wyjawienia dokumentów przez osobę trzecią (reguła 31.17(3) CPR).

3.4.3. Dowód z zeznań świadków

Obowiązek wyjawienia dowodów przed rozprawą obowiązuje także w odniesieniu do pozostałych środków dowodowych. Strony są zatem zobowiązane wyjawić środki dowodowe w postaci zeznań świadków, na podstawie których dowodzą istotnych okoliczności faktycznych. Na gruncie angielskiej procedury cywilnej zasadą jest uprzednie złożenie dowodu z zeznań świadków w formie pisemnej (tzw. *witness statement*)[92]. Świadkowie są następnie przesłuchiwani w toku rozprawy. Sąd w drodze instrukcji dopuszcza przedmiotowy dowód oraz zarządza harmonogram wymiany pisemnych zeznań świadków. Jeżeli pisemne zeznania świadków nie są złożone w wyznaczonym przez sąd terminie, to ustne przesłuchanie świadka w toku rozprawy nie będzie możliwe, chyba że sąd dopuści spóźniony dowód w drodze specjalnego zarządzenia[93].

Po wymianie przez strony pisemnych zeznań świadków, sąd sprawuje kontrolę nad przebiegiem dowodu. Przesłuchanie świadka przez pełnomocnika strony przeciwnej (tzw. *cross-examination*) jest możliwe na zarządzenie sądu wydane przed rozprawą. Sąd może również wykluczyć z zakresu przesłuchania określone fragmenty zeznań świadka, jeśli uzna je za nieistotne dla rozstrzygnięcia sprawy[94]. Strona nie ma obowiązku wnioskować o przesłuchanie na rozprawie świadka, którego zeznania zostały złożone na piśmie, a sąd nie ma możliwości przymusowego wezwania świadka w takich okolicznościach. Sąd zdecyduje jednak, jakie znaczenie nadać odmowie wezwania świadka przez stronę[95].

Jeżeli strona nie jest w stanie złożyć zeznań świadka na piśmie, lecz zamierza wnioskować o jego przesłuchanie podczas rozprawy, to reguła 32.9 CPR umożliwia złożenie przez stronę pisma podsumowującego okoliczności, co do których świadek będzie zeznawał ustnie[96]. Ma to istotne znaczenie z punktu widzenia ustalenia przez sąd istotnych kwestii wymagających rozstrzygnięcia na wczesnym etapie postępowania. Unormowanie to sprzyja też efektywnemu przygotowaniu i prowadzeniu rozprawy oraz zapobiega wprowadzaniu środków dowodowych w trakcie rozprawy „przez zaskoczenie" bądź włączaniu nowych twierdzeń do materiału procesowego bez pozwolenia sądu.

3.4.4. Dowód z opinii biegłego

Na podobnych zasadach strony są zobowiązane wyjawić dowody z opinii wyznaczonych przez siebie biegłych. Zgodnie z regułą 35.4(1) CPR dowód z opinii biegłego nie może być włączony do materiału procesowego bez pozwolenia sądu.

---

[92] Zeznania świadków w formie pisemnej obejmują oświadczenia samych świadków. Format pisemnych zeznań świadków ustalony jest w dyrektywie 32 CPR.
[93] Reguła 32.10 CPR.
[94] Reguła 32.1 CPR. Zob. także sprawa Akhtar v Kushi [2002] EWHC 673 (Ch).
[95] Sprawa Jaffray v Society of Lloyd's [2002] EWCA Civ 1101.
[96] Zob. także *Phippson on…*, s. 289 i 306.

Reguła 35.13 CPR stanowi natomiast, że strona, która nie wyjawi opinii biegłego przed rozprawą nie może powołać tego dowodu w trakcie rozprawy ani żądać przesłuchania biegłego, chyba że za pozwoleniem sądu. Podobnie zatem jak w przypadku dowodu z zeznań świadków, strony są zobowiązane złożyć dowody z opinii biegłego na zarządzenie sądu przed rozprawą, zgodnie z ustalonym harmonogramem postępowania. Biegli są przesłuchiwani na rozprawie przez sąd i pełnomocnika strony, która biegłego wyznaczyła. Na wniosek strony sąd może również zarządzić przesłuchanie biegłego strony przez pełnomocnika strony przeciwnej (tzw. *cross examination*)[97].

Wyjawienie dowodów z opinii biegłego może mieć miejsce również przed wszczęciem postępowania, jeśli przedmiotowy środek dowodowy został sporządzony na potrzeby potencjalnego postępowania i jest w posiadaniu strony. Jako że powołanie dowodu z opinii biegłego wiąże się z koniecznością poniesienia znaczących kosztów przez strony, do dyskrecjonalnej decyzji sądu jest pozostawiona możliwość ograniczenia dopuszczalności powołania w sprawie przedmiotowego dowodu (reguła 35.4 CPR). Wnioskując o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego, strona musi wskazać koszty przygotowania opinii. Zgodnie z regułą 35.4(4) CPR sąd może określić, jaka część kosztów postępowania związanych z powołaniem biegłego będzie podlegać zwrotowi po zakończeniu postępowania.

3.4.5. Przygotowanie rozprawy (*pre-trial review*)

Po złożeniu pism procesowych i środków dowodowych przez strony następuje weryfikacja, czy materiał procesowy został dostatecznie przygotowany do przeprowadzenia rozprawy (*pre-trial review*)[98]. W sprawach rozpoznawanych w trybie *multi-track* i *fast track* sąd wzywa strony do wypełnienia w tym celu odpowiedniego kwestionariusza[99] (tzw. *pre-trial checklist* lub *listing questionnaire*)[100]. W sprawach skomplikowanych sąd odbywa w tym przedmiocie też specjalne posiedzenie. Kwestionariusz ma na celu m.in. sprawdzenie, czy strony wykonały wszystkie zarządzenia sądu[101], a także potwierdzenie danych świadków, biegłych i uczestniczących w rozprawie pełnomocników stron. Na tym etapie strony mogą również poinformować sąd o ewentualnych zmianach w prognozowanym czasie trwania rozprawy lub wnioskować o dodatkowe instrukcje sądu, konieczne w okolicznościach sprawy do sprawnego przeprowadzenia rozprawy.

Strony są zobowiązane złożyć wypełniony kwestionariusz w terminie wskazanym przez sąd i termin ten nie może być przedłużony na zgodny wniosek stron[102]. Jako że obowiązek złożenia kwestionariusza jest wyrazem zarządzania przez sąd

[97] Zob także T. Hodgkinson, M. James, *Expert Evidence: Law and Practice*, Londyn 2015, s. 102 i n.

[98] Posiedzenie to jest najczęściej przeprowadzane za pomocą środków porozumiewania się na odległość (dyrektywa 23 par. 6.2 CPR).

[99] Odpowiednio, reguły 28 i 29 CPR. Obowiązek złożenia kwestionariusza nie obowiązuje w sprawach rozpoznawanych w trybie *small claims*. W tym przypadku zastosowanie znajduje reguła 27 CPR oraz odpowiadająca jej dyrektywa.

[100] Kwestionariusz składa się na formularzu N170. W postępowaniu przed *Commercial Court* oraz TCC obowiązują odrębne formularze.

[101] Uchybienie w tym zakresie może prowadzić do sankcji w postaci ograniczenia kwestii rozpoznawanych na rozprawie do materiału dowodowego zgromadzonego w określonym przedziale czasowym (por. sprawa Stockman v Payne [2000] C.P. Rep. 50 QBD).

[102] Jest to wyjątek od reguły 2.11 CPR, zgodnie z którą strony mogą na zgodny wniosek zmienić termin wyznaczony przez sąd. Oprócz omawianego terminu związanego z przygotowaniem rozprawy, strony nie mogą zmienić terminu posiedzenia w przedmiocie ustalenia harmonogramu postępowania oraz terminu samej rozprawy.

przebiegiem postępowania (*case management*), uchybienie w tym przedmiocie może skutkować m.in. sankcją w postaci obowiązku pokrycia przez stronę określonej części kosztów postępowania[103]. W przypadku rażącego braku współpracy pozwanego na tym etapie postępowania, sąd może wydać wyrok w trybie doraźnym lub pozostawić powództwo wzajemne bez rozpoznania[104]. Jeżeli żadna ze stron nie złoży kwestionariusza w wyznaczonym przez sąd terminie, to sąd wyznaczy dodatkowy, 7-dniowy termin, po upływie którego sprawa zostanie pozostawiona bez rozpoznania[105]. Sąd może odstąpić od wezwania stron do wypełnienia kwestionariusza, jeśli uzna, że jego złożenie nie jest konieczne w okolicznościach sprawy.

Po rozpatrzeniu kwestionariusza sąd wydaje odpowiednie instrukcje dotyczące przebiegu rozprawy. Instrukcje te zazwyczaj dotyczą przesłuchania świadków lub biegłych, harmonogramu i czasu trwania rozprawy oraz przygotowania i dystrybucji zbioru dokumentów, zawierających istotne elementy materiału procesowego na potrzeby rozprawy (tzw. *trial bundles*). Harmonogram rozprawy w sposób szczegółowy określa kolejność zabierania głosu oraz przewidywaną długość każdego etapu rozprawy[106]. Elementy materiału procesowego wchodzące w skład *trial bundles* są z reguły uzgadniane przez strony i sąd przed rozprawą. Zgodnie z praktyką sądową obowiązek przygotowania i dystrybucji *trial bundles* spoczywa na powodzie.

Co do zasady, w sprawach należących do właściwości *High Court*[107], przed rozprawą strony składają pisma procesowe obejmujące podsumowanie ich stanowisk wraz z podstawą prawną twierdzeń (*skeleton arguments*)[108]. Oprócz *trial bundles* i *skeleton arguments* na tym etapie postępowania sąd ma władzę dyskrecjonalną do tego, by włączyć do materiału procesowego inne dokumenty, które uważa za istotne w celu przygotowania rozprawy[109].

3.5. Etap czwarty: rozprawa

3.5.1. Kontrola postępowania dowodowego przez sędziego w toku rozprawy

W toku rozprawy sąd kontynuuje wykonywanie obowiązku aktywnego zarządzania postępowaniem. Sędzia może zadawać pytania świadkom oraz biegłym, jeżeli uzna,

[103] Reguły 29.6(3)–(4) CPR.

[104] Sprawa Waterman Transport Ltd v Torchwood Properties Ltd [2015] EWHC 1446 (TCC). W okolicznościach faktycznych sprawy pozwany nie złożył kwestionariusza oraz nie wziął udziału w posiedzeniu w przedmiocie pre-trial review.

[105] Reguła 29.6(3) i dyrektywa 29.8.3 CPR (dla trybu *multi-track*); reguła 28.5(3) i dyrektywa 28.6.5(1) CPR (dla trybu *fast track*). W celu uniknięcia tak dotkliwych konsekwencji procesowych, w okolicznościach niemożności wypełnienia kwestionariusza, strony powinny niezwłocznie ubiegać się o zwolnienie z sankcji (sprawa British Gas Trading Ltd v Oak Cash & Carry Ltd [2016] EWCA Civ 153).

[106] Zob. szerzej *Civil…*, s. 1065–1067.

[107] *High Court* pełni funkcję sądu pierwszej instancji w sprawach cywilnych o wartości przedmiotu sporu powyżej 25 000 GBP (*tryb multi-track*) oraz w sprawach o wartości przedmiotu sporu poniżej 25 000 GBP przekazanych do jego właściwości. *High Court* pełni również funkcję sądu drugiej instancji w sprawach rozpatrywanych w pierwszej instancji przez *County Court*.

[108] *Civil…*, s. 1067. W wyjątkowych okolicznościach *skeleton arguments* mogą być również wymagane w sprawach rozpoznawanych przez *County Court*.

[109] Sprawa Barings plc v Coopers and Lybrand [2001] EWCA Civ 1163. Odpowiednie przepisy w przedmiocie postępowania przed określonymi rodzajami sądów zawierają dalsze szczegółowe unormowania związane z przygotowaniem i przebiegiem rozprawy. Zob. m.in. *Technology and Construction Court Guide; Commercial Court Guide; Chancery Guide; Queen's Bench Guide*, https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6–530–1146?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1 (dostęp: 5.12.2019 r.).

że po zakończeniu zadawania pytań przez pełnomocników pozostają istotne dla rozstrzygnięcia kwestie, które wymagają wyjaśnienia. Ciężar przesłuchiwania świadków i biegłych spoczywa jednak na pełnomocnikach stron i sąd obowiązany jest mieć baczenie na to, by nie przerywać toku zadawania pytań przez pełnomocników[110].

Rozprawa przebiega zgodnie z harmonogramem ustalonym w drodze zarządzenia sądu na etapie *pre-trial review.* Sąd sprawuje pieczę na tym, by pełnomocnicy stron nie przekraczali czasu przeznaczonego na zabranie przez nich głosu w toku rozprawy. Sąd może również interweniować w celu napomnienia pełnomocników, gdy ich wystąpienia dotyczą nieistotnych dla rozstrzygnięcia sprawy kwestii[111]. W toku rozprawy sąd jest też zobowiązany rozstrzygnąć wnioski stron o wyłączenie z materiału dowodowego niedopuszczalnych środków dowodowych, jeśli takowe zostały wniesione.

3.5.2. Zakaz zgłaszania nowych dowodów po zamknięciu rozprawy

Co do zasady, po zamknięciu rozprawy strony nie mogą zgłaszać nowych dowodów lub twierdzeń. W wyjątkowych przypadkach sąd może jednak dopuścić dowód po zamknięciu rozprawy, lecz przed potwierdzeniem treści wyroku w drodze pisemnej z pieczęcią sądu[112]. Wytyczne, którymi powinien się kierować sąd wykonując władzę dyskrecjonalną w tym zakresie, zostały sformułowane w sprawie Ladd v Marshall[113]. Zgodnie z tym rozstrzygnięciem sąd może dopuścić dowód po zamknięciu rozprawy, jeżeli: (i) dany środek dowodowy nie był wcześniej dostępny lub przy zachowaniu należytej staranności strona nie mogła przewidzieć konieczności jego powołania; (ii) zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że dopuszczenie nowego dowodu będzie miało decydujący wpływ na wynik sprawy oraz (iii) środek dowodowy jest wiarygodny.

Dodatkowa przesłanka mająca znaczenie dla decyzji sądu o dopuszczeniu nowych dowodów została sformułowana w rozstrzygnięciu w sprawie Latimer v Cumbria[114] i stanowi, że nowy dowód może być dopuszczony jedynie, jeśli strona zgłosiła go w rozsądnym terminie po zamknięciu rozprawy. Natomiast zgodnie z ogólną zasadą dotyczącą wykonywania władzy dyskrecjonalnej, również w zakresie orzekania o dopuszczeniu spóźnionych dowodów, sąd jest zobowiązany kierować się naczelnym celem postępowania cywilnego. Jedną z okoliczności istotnych dla decyzji sądu w tym zakresie jest zatem ograniczony charakter zasobów sądu oraz konieczność zapewnienia sprawnego przebiegu postępowania[115]. W sprawie Charlesworth v Relay Roads Ltd[116] sąd wskazał, że powyższe zasady znajdują zastosowanie zarówno do dowodów, jak i do twierdzeń niezgłoszonych przez stronę przed zamknięciem rozprawy w pierwszej instancji.

Orzecznictwo zapadłe na gruncie wspomnianych zasad odzwierciedla słuszności owe nastawienie judykatury angielskiej do omawianej problematyki oraz

[110] Jones v National Coal Board [1957] 2 QB 55.
[111] R (Riseborough) v Lands Tribunal [2010] EWHC 146.
[112] Por. sprawy: Barrell Enterprises [1972] All E.R. 631; Paulin v Paulin [2009] EWCA Civ 221 CA.
[113] [1954] WLR 1489 CA.
[114] [1994] PIQR P395 CA.
[115] Zob. pkt 2.2. niniejszego opracowania.
[116] [2000] 1 WLR 230. Zob. także sprawa Townsend v Achilleas [2001] C.P. Rep. 45.

charakterystyczne ważenie racji nakazujących wydanie sprawiedliwego rozstrzygnięcia i prowadzenie postępowania w sposób sprawny z uwzględnieniem jego adekwatnych kosztów. W sprawie Nawitare v Easyjet[117] sąd odmówił dopuszczenia nowego dowodu, uzasadniając swoje rozstrzygnięcie okolicznością, że spóźniony dowód nie był kluczowy dla rozstrzygnięcia sprawy, i strona, przy zachowaniu należytej staranności, powinna była wnioskować o jego dopuszczenie przed zamknięciem rozprawy. Podobnie w sprawie Absolute Lofts South West London Ltd v Artisan Home Improvements Ltd[118] sąd wskazał na brak dostatecznych racji dla dopuszczenia dowodów wnioskowanych po zamknięciu rozprawy w okolicznościach, w których strona mogła powołać przedmiotowy materiał dowodowy na wcześniejszym etapie postępowania. Sąd orzekł, że aby dopuścić spóźniony materiał dowodowy w omawianych okolicznościach, nowe dowody musiałyby być na tyle przekonujące, by postawić sprawę w całkowicie nowym świetle.

Nowe dowody zostały natomiast uwzględnione w sprawie TZ v General Medical Council[119]. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia sąd wskazał, że w wyjątkowych okolicznościach nowe dowody mogą zostać dopuszczone nawet w razie niespełnienia warunków ustanowionych w sprawie Ladd v Marshall[120]. Czynnikiem uzasadniającym odstępstwo od zasad ogólnych w przedmiotowej sprawie było wysokie prawdopodobieństwo, że niedopuszczenie nowych twierdzeń i dowodów skutkowałoby kontynuacją sporu w wyższej instancji.

Po zamknięciu rozprawy sąd wydaje rozstrzygnięcie, dokonując oceny dowodów oraz podstawy prawnej stanowisk stron. Co do zasady, zakres rozstrzygnięcia jest ograniczony do twierdzeń stron zgłoszonych zgodnie z regułami opisanymi powyżej. Zasada ta doznaje jednak pewnych wyjątków. W rozstrzygnięciu w sprawie Watson v Durham University[121] orzeczono, że dokonując ustaleń dotyczących podstawy roszczenia, sąd powinien się kierować przede wszystkim obowiązkiem wydania poprawnego rozstrzygnięcia. W okolicznościach, w których strona nieudolnie sformułowała uzasadnienie roszczenia, sąd jest władny wydać rozstrzygnięcie w oparciu o prawidłowo zidentyfikowaną podstawę roszczenia. Na stronie spoczywa jednak ciężar udowodnienia podstawy faktycznej i możliwość podejmowania działań z urzędu przez sąd jest w tym zakresie ograniczona[122].

3.6. Etap piąty: postępowanie w drugiej instancji

3.6.1. Miejsce apelacji w angielskim procesie cywilnym

Jedną z najistotniejszych cech angielskiego systemu procedury cywilnej jest wyjątkowy charakter kontroli instancyjnej orzeczeń. Zgodnie z systemowymi założeniami reformy Woolfa odzwierciedlonymi w CPR tylko niewielki odsetek spraw dociera do etapu rozprawy, a jeszcze mniejsza liczba rozstrzygnięć jest przedmiotem

[117] [2005] EWHC 282 (Ch).
[118] [2015] EWHC 2632.
[119] [2015] EWHC 1001.
[120] [1954] WLR 1489 CA.
[121] [2008] EWCA Civ 1266.
[122] Lynch v James Lynch and Sons (Transport) Ltd [2000] LTL 8/3/2000.

apelacji[123]. Współczesna judykatura angielska niezmiennie podkreśla, że strony powinny korzystać z prawa do apelacji z dużą ostrożnością, z uwagi na nadzwyczajny charakter tego środka oraz znaczne koszty związane z jego wniesieniem[124].

W świetle CPR uruchomienie kontroli instancyjnej orzeczenia wymaga – co do zasady – uzyskanie pozwolenia sądu na wniesienie apelacji[125]. Wniosek o pozwolenie jest rozpatrywany przez sąd, który wydał wyrok. Jeżeli apelacja nie jest dopuszczona na tym etapie, to strona może złożyć wniosek w tym przedmiocie do sądu wyższego rzędu[126]. Zgodnie z regułą 52.6 CPR sąd może udzielić pozwolenia na wniesienie apelacji jedynie wówczas, gdy apelacja ma realną szansę powodzenia[127] lub gdy istnieje istotny powód dla dopuszczenia apelacji w określonej sprawie[128]. Apelacja od orzeczenia wydanego w drodze apelacji może być złożona jedynie wówczas, gdy obok czynników wskazanych w regule 52.6 CPR w sprawie zachodzi konieczność rozstrzygnięcia istotnej kwestii dotyczącej zasad lub praktyki stosowania prawa[129]. Zgodnie z regułą 52.6(2) CPR pozwolenie sądu na wniesienie apelacji może ograniczać zakres kwestii podlegających ponownemu rozpoznaniu lub zawierać inne warunki wniesienia apelacji[130].

Wniesienie apelacji nie powoduje rozpoznania sprawy na nowo. Zakres rozpoznania sądu wyższej instancji ograniczony jest – co do zasady – do kontroli decyzji sądu niższego rzędu. Sąd może jednak rozpoznać sprawę na nowo, jeżeli wymagają tego okoliczności konkretnej sprawy lub obowiązek ten wynika z dyrektyw CPR dotyczących określonego typu spraw[131]. Sąd uwzględni apelację w przypadku ustalenia, że rozstrzygnięcie sądu niższego rzędu jest nieprawidłowe bądź w przypadku stwierdzenia, iż rozstrzygnięcie będące przedmiotem zaskarżenia jest niesłuszne, gdyż w postępowaniu w pierwszej instancji miało miejsce istotne naruszenie przepisów postępowania, bądź postępowanie to było dotknięte nieprawidłowościami innego rodzaju[132].

3.6.2. Zakaz zgłaszania nowych faktów i dowodów w postępowaniu w drugiej instancji

Zgodnie z regułą 52.21(2) CPR powoływanie nowych faktów i dowodów przed sądem odwoławczym jest, co do zasady, niedopuszczalne[133]. Jako że podobna

[123] Zob. *Andrews on…*, t. I, s. 11 i 38.
[124] Zob. *Civil…*, s. 1334. Zob. także rozważania co do wyjątkowego charakteru apelacji z uwagi na ograniczone zasoby sądu w sprawie Tanfern Ltd v Cameron-MacDonald [2000] 1 WLR 1311.
[125] Reguła 52.3(1) CPR. Pozwolenie na złożenie apelacji nie jest wymagane w przypadku rozstrzygnięć dotyczących wolności osobistej.
[126] Terminy na złożenie wniosku o dopuszczenie apelacji oraz sądy właściwe do rozpoznania apelacji są zróżnicowane w zależności od rodzaju sądu, który wydał rozstrzygnięcie, zob. tabelę podsumowującą powyższą problematykę w: *Civil…*, s. 1335–1336.
[127] Na temat interpretacji tej przesłanki zob. sprawa Swain v Hillman [2001] 1 All ER 91.
[128] Istotnym powodem dopuszczenia apelacji jest np. uchybienie sądu w postaci pominięcia rozstrzygnięcia istotnej kwestii w sprawie (por. Sofola v Lloyds TSB Bank [2005] EWHC 1335 (QB)).
[129] Reguła 52.7 CPR.
[130] Tj. obowiązek wniesienia zabezpieczenia na poczet kosztów postępowania apelacyjnego (reguła 25.15 CPR). Na temat zasad ogólnych dotyczących władzy dyskrecjonalnej sądu do wydania rozstrzygnięcia zawierającego warunki na podstawie reguły 3.1(3) CPR – zob. także pkt 2.3. niniejszego opracowania.
[131] Reguła 52.21(1) CPR. Na temat różnicy pomiędzy rozpoznaniem sprawy na nowo a kontrolą rozstrzygnięcia sądu niższej instancji zob. sprawa Dupont de Nemours (EI) & Co v ST Dupont (Note) [2003] EWCA Civ 1368.
[132] Reguła 52.21(3) CPR.
[133] Zob. wyczerpująco na temat stosowania tego przepisu w: *White Book…*, s. 1856–1858.

zasada obowiązywała przed wprowadzeniem CPR, zgodnie z ukształtowaną linią orzeczniczą rozstrzygnięcia zapadłe na gruncie poprzedniego sytemu znajdują zastosowanie w przedmiotowym zakresie[134]. W szczególności, wspomniane wyżej rozstrzygnięcie w sprawie Ladd v Marshall zachowuje aktualność odnośnie do przesłanek dopuszczenia przez sąd odwoławczy materiału dowodowego niezgłoszonego w postępowaniu w pierwszej instancji[135].

Angielska ustawa procesowa zawiera jednak szereg nowych kryteriów, którymi powinien się kierować sąd przy wykonywaniu władzy dyskrecjonalnej. Zgodnie z rozstrzygnięciem w sprawie Terluk v Berezovsky[136] obok przesłanek ustanowionych w sprawie Ladd v Marshall sąd powinien mieć na uwadze przede wszystkim treść reguły 52.21(2) CPR oraz obowiązek uwzględnienia głównego celu postępowania[137]. W świetle tego rozstrzygnięcia, przy rozpoznawaniu wniosku o uwzględnienie nowego materiału dowodowego w instancji apelacyjnej, sąd jest władny uwzględnić dodatkowe istotne okoliczności, niewskazane w sprawie Ladd v Marshall, jeżeli jest to istotne dla realizacji obowiązku rozstrzygania spraw w sposób sprawiedliwy, przy zachowaniu adekwatnych kosztów postępowania.

Sąd ze szczególną ostrożnością traktuje wniosek o dopuszczenie nowych dowodów, jeżeli jego uwzględnienie wiązałoby się z koniecznością rozpoznania sprawy na nowo[138]. W takich okolicznościach sąd dopuści nowe dowody, jeżeli jest to konieczne dla zapewnienia fundamentalnej sprawiedliwości rozstrzygnięcia. Podobne kryteria obowiązują w przypadku dopuszczenia nowych faktów i dowodów w postępowaniu odwoławczym w sprawach, w których przedmiotem zaskarżenia jest wyrok wydany w trybie doraźnym lub decyzja sądu o pozostawieniu pisma procesowego bez rozpoznania[139].

W określonych typach spraw obowiązują mniej zaostrzone kryteria dotyczące zgłaszania nowych dowodów w instancji apelacyjnej. Co do zasady, sprawy te obejmują kwestie związane z ochroną interesu publicznego lub uzasadnionego interesu strony. Przykładem rodzajów spraw, w których postulat koncentracji materiału procesowego jest realizowany mniej restrykcyjnie, są sprawy dotyczące nadużycia lub oszustwa (*fraud*), sprawy dotyczące małoletnich lub sprawy związane z ochroną konkurencji[140]. Dodatkowe przesłanki przemawiające za dopuszczeniem nowych faktów i dowodów na etapie postępowania w drugiej instancji mogą również wynikać z konieczności wzięcia pod uwagę przez sąd prawa do sądu na podstawie art. 6 EKPC[141].

Obok restrykcji co do prowadzenia postępowania dowodowego w instancji odwoławczej, realizacja postulatu zgromadzenia materiału procesowego na wczesnym

[134] Zob. m.in. sprawy: Hertfordshire Investments v Bubb [2000] 1 WLR 2318; Townsend v Achilleas [2001] C.P. Rep. 89; Hamilton v Al-Fayed (No. 2) [2001] E.M.L.R. 394. Na ten temat także *Phippson on…*, s. 400 i n.
[135] Tak m.in. sprawa Hamilton v Al-Fayed (No. 2).
[136] [2011] EWCA Civ 1534.
[137] Zob. także Hamilton v Al-Fayed (No. 2), par. 11.
[138] Sprawa Transview Properties Ltd v City Site Properties Ltd [2009] EWCA Civ 1225.
[139] Sprawa Aylwen v Taylor Joynson Garrett [2001] EWCA Civ 1171.
[140] Zob. na ten temat *Phippson on…*, s. 404 oraz cytowane tam orzecznictwo.
[141] Sprawa Purushothaman v Malik [2011] EWCA Civ 1734. Za poszerzeniem materiału dowodowego w przedmiotowej sprawie przemawiały wyjątkowe okoliczności, odnoszące się do zarzutów fałszerstwa i manipulacji materiału dowodowego przez stronę przeciwną.

etapie sprawy widoczna jest też w unormowaniach dotyczących zakresu kognicji sądu wyższej instancji. Na gruncie CPR zakres kognicji sądu odwoławczego jest bowiem ograniczony do kwestii podniesionych w apelacji. Zgodnie z regułą 52.21(5) CPR strona nie może podnieść twierdzeń, które nie zostały zawarte tzw. *appeal notice*, chyba że sąd wyda w tym zakresie odpowiednie pozwolenie. Na podobnych zasadach sąd może odmówić rozpoznania kwestii podniesionej w toku rozprawy apelacyjnej, jeżeli kwestia ta nie była uprzednio wskazana w podsumowaniu stanowisk stron (*skeleton argument*)[142]. Strona, która po wniesieniu apelacji chce zmienić podstawę, na której opiera swoje zarzuty, powinna się ubiegać o pozwolenie sądu na zmianę podstaw apelacji. Przesłanki udzielenia przedmiotowego pozwolenia są analogiczne do opisanych powyżej przesłanek zmiany podstawy powództwa lub włączenia nowych twierdzeń do zakresu rozpoznania sprawy[143]. W omawianej sytuacji zastosowanie znajdują również wskazane wyżej reguły ogólne dotyczące zwolnienia z sankcji[144].

4. UWAGI PRAWNOPORÓWNAWCZE I *DE LEGE FERENDA*

4.1. Przegląd unormowań polskiego Kodeksu postępowania cywilnego realizujących zasadę koncentracji materiału procesowego

Przepisem tytułu wstępnego Kodeksu postępowania cywilnego wyrażającym zasadę koncentracji materiału procesowego jest art. 6. Przepis ten stanowi, że sąd powinien przeciwdziałać przewlekaniu postępowania i dążyć do tego, aby rozstrzygnięcie nastąpiło na pierwszym posiedzeniu, jeżeli jest to możliwe bez szkody dla wyjaśnienia sprawy. Paragraf 2 wspomnianego przepisu wskazuje natomiast, że strony i uczestnicy postępowania są zobowiązani przytaczać wszystkie okoliczności faktyczne i dowody bez zwłoki, tak aby postępowanie mogło być przeprowadzone sprawnie i szybko[145]. Unormowanie to realizuje postulat, aby ochrona prawna udzielona była bez nieuzasadnionej zwłoki, w rozsądnym terminie, ucieleśniony w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP[146] oraz art. 6 EKPC. Zasada koncentracji materiału procesowego na gruncie polskiego prawa postępowania cywilnego jest zatem ściśle związana z postulatem szybkości postępowania[147].

Dla urzeczywistnienia dyrektywy zawartej w art. 6 k.p.c., Kodeks postępowania cywilnego przewiduje szereg unormowań szczegółowych, wskazujących konkretne obowiązki stron i sądu w omawianym zakresie. Ramy niniejszego opracowania nie pozwalają na szczegółową analizę wszystkich przepisów akcentujących powinności sądu i stron w dążeniu do szybkiego i sprawnego przebiegu postępowania. Poniżej zostaną pokrótce opisane podstawowe unormowania Kodeksu

[142] Dyrektywa 52C par. 31(4) CPR.
[143] Zob. również sprawa Swain Mason v Mills and Reeve LLP [2011] EWCA Civ 14.
[144] Sprawa Denton v. TH White Ltd. [2014] EWCA Civ 906.
[145] Obowiązek uregulowany w art. 6 § 2 k.p.c. jest określany obowiązkiem wspierania postępowania przez strony. Zob. P. Grzegorczyk, K. Weitz, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1, *Postępowanie rozpoznawcze*, red. T. Ereciński, Warszawa 2016, komentarz do art. 6 k.p.c., pkt 11 i n.; H. Dolecki i in., *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1, *Artykuły 1–366*, red. H. Dolecki, T. Wiśniewski, LEX 2013, komentarz do art. 6 k.p.c., pkt 2.
[146] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. poz. 483 ze zm.).
[147] Zob. P. Grzegorczyk, K. Weitz, *Kodeks…*, t. 1, komentarz do art. 6 k.p.c., pkt 1–5.

postępowania cywilnego realizujące zasadę koncentracji materiału procesowego. Do najistotniejszych z nich należą[148]: (i) zarządzenie przez sąd wymiany pism procesowych (art. 207 k.p.c.); (ii) pominięcie spóźnionych twierdzeń i dowodów (art. 217 § 2 k.p.c.); (iii) przygotowanie rozprawy (art. 208 k.p.c.); (iv) informacyjne przesłuchanie stron (art. 212 k.p.c.) i zarządzenie stawiennictwa stron (art. 216 k.p.c.); (v) zarządzenie oddzielnej rozprawy w stosunku do określonych roszczeń (art. 218 k.p.c.); (vi) wyrok częściowy (art. 317 k.p.c.) i wyrok wstępny (art. 318 k.p.c.); (vii) rozstrzygnięcie w przedmiocie zarzutów formalnych (art. 222 k.p.c.); (viii) połączenie spraw do łącznego rozpoznania lub także rozstrzygnięcia (art. 219 k.p.c.) oraz (ix) zakaz zgłaszania nowych faktów i dowodów w postępowaniu w drugiej instancji (art. 381 k.p.c.).

Spoczywający na stronach ciężar wspierania postępowania dotyczy m.in. przytaczania okoliczności faktycznych i dowodów, tak aby sąd mógł się zapoznać z całością okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy możliwie szybko i sprawnie. Odpowiadająca w ten sposób ukształtowanemu zakresowi obowiązków stron powinność sądu obejmuje korzystanie z uprawnień w zakresie kierownictwa postępowaniem[149]. Przepisem przyznającym sądowi szeroką władzę dyskrecjonalną w przedmiotowym zakresie jest art. 207 k.p.c. Zgodnie z § 2 tego przepisu przewodniczący może zarządzić wniesienie odpowiedzi na pozew w wyznaczonym terminie nie krótszym niż dwa tygodnie.

Rygorem uchybienia terminowi wyznaczonemu przez przewodniczącego jest zwrot pisma zgodnie z art. 130 § 2 k.p.c.[150] Niewniesienie odpowiedzi na pozew w terminie może ponadto prowadzić do utraty możliwości powołania twierdzeń i dowodów na podstawie art. 6 § 2 i art. 207 § 6 k.p.c. W takich okolicznościach uwzględnienie spóźnionych twierdzeń i dowodów może nastąpić jedynie w przypadku braku winy w niepowołaniu ich w odpowiedzi na pozew lub jeśli jest to uzasadnione szczególnymi okolicznościami sprawy[151]. W sytuacji, w której przewodniczący nie wydał zarządzenia w przedmiocie wniesienia odpowiedzi na pozew, jej wniesienie jest fakultatywne i nie jest ograniczone terminem procesowym. W takim przypadku pozwany, który nie złożył odpowiedzi na pozew, może przytoczyć fakty i dowody przeciwko żądaniu pozwu na rozprawie[152].

Oprócz zarządzenia obligatoryjnej odpowiedzi na pozew, przewodniczący może zobowiązać strony do wniesienia dalszych pism przygotowawczych przed pierwszym posiedzeniem wyznaczonym na rozprawę (art. 207 § 3 k.p.c.). Powyższe unormowanie pozwala przewodniczącemu uzyskać dodatkowe wyjaśnienia dotyczące kwestii istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, określić, jakie fakty są sporne między stronami oraz ustalić podstawę prawną twierdzeń stron, umożliwiając sprawne prowadzenie postępowania i przygotowanie rozprawy. W tym celu przewodniczący

[148] Poniższe rozważania dotyczą postępowania procesowego. Nie odnoszą się one natomiast do postępowania nieprocesowego, które postrzegane jest odmiennie z punktu widzenia aktywności stron i sądu w postępowaniu.

[149] Zob. P. Grzegorczyk, K. Weitz, *Kodeks…*, t. 1, komentarz do art. 6 k.p.c., pkt 9; J. Bodio, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz aktualizowany*, t. 1, *Art. 1–729*, red. A. Jakubecki, LEX 2018, komentarz do art. 6 k.p.c., pkt 1; H. Dolecki i in., *Kodeks…*, t. 1, komentarz do art. 6 k.p.c., pkt 4.

[150] We wspomnianych okolicznościach strona może się ubiegać o przywrócenie terminu na podstawie art. 168 k.p.c.

[151] Unormowanie to rozwinięte jest w art. 217 § 2 k.p.c., o którym będzie mowa poniżej.

[152] Tak P. Grzegorczyk, K. Weitz, *Kodeks…*, t. 1, komentarz do art. 207 k.p.c., pkt 10.

określa przedmiot pism przygotowawczych, a także porządek oraz termin ich składania oraz może wysłuchać strony na posiedzeniu niejawnym (art. 207 § 3 k.p.c.). Pismo przygotowawcze, które nie zostało wniesione w terminie, podlega zwrotowi na zasadach ogólnych.

Po przeprowadzeniu pierwszego posiedzenia wyznaczonego na rozprawę, przewodniczący może zarządzić obowiązek wniesienia dalszych pism. Oprócz pozwu, odpowiedzi na pozew oraz pism przygotowawczych, których wymiana została zarządzona przez przewodniczącego, strony nie mogą wnosić żadnych innych pism przygotowawczych zarówno w fazie poprzedzającej posiedzenie wyznaczone na rozprawę, jak i po odbyciu posiedzenia[153]. Strony mogą zarówno wystąpić z wnioskiem o złożenie pism przygotowawczych[154], jak również na zasadach ogólnych wnosić o przywrócenie terminu na wniesienie wcześniej zarządzonego pisma przygotowawczego[155].

Sankcja z tytułu niepodniesienia twierdzeń i dowodów rozwinięta została w art. 217 § 2 i 3 k.p.c. Zgodnie z § 2 omawianego przepisu sąd pomija spóźnione twierdzenia i dowody, chyba że strona uprawdopodobni, iż nie zgłosiła ich we właściwym czasie nie ze swojej winy lub że uwzględnienie spóźnionych twierdzeń i dowodów nie spowoduje zwłoki w rozpoznaniu sprawy albo że występują inne wyjątkowe okoliczności. Obok art. 207 § 6 k.p.c., przepis ten stanowi wyraz dążenia ustawodawcy do realizacji zasady koncentracji materiału procesowego, tak aby postępowanie przebiegało szybko i sprawnie zgodnie z dyrektywą zawartą w art. 6 k.p.c. Rygor pominięcia spóźnionych twierdzeń i dowodów nie dotyczy jednak okoliczności, które sąd powinien brać pod uwagę z urzędu (tj. bezwzględne przesłanki procesowe lub dopuszczalność czynności procesowej) oraz argumentacji prawnej zgodnie z zasadą *da mihi factum dabo tibi ius*[156].

Przepis art. 217 § 3 k.p.c. stanowi natomiast wyraz dążenia ustawodawcy do wyeliminowania działań stron, polegających na celowym przewlekaniu postępowania. Zgodnie z tym unormowaniem sąd pomija twierdzenia i dowody, jeżeli są powoływane jedynie dla zwłoki lub gdy okoliczności sporne zostały już dostatecznie wyjaśnione. Przepis ten stanowi realizację dyrektywy zawartej w art. 6 k.p.c. przez nadanie sądowi władzy dyskrecjonalnej do kontroli materiału procesowego przez zapobieganie jego nadmiernemu rozbudowaniu w sytuacji, w której zgłaszanie nowych twierdzeń lub dowodów nie jest konieczne w okolicznościach sprawy lub stanowi wyraz celowego działania strony dla wywołania zwłoki w postępowaniu[157].

Obok przepisów dyscyplinujących strony do powoływania twierdzeń i dowodów na możliwie wczesnym etapie postępowania, środkiem realizującym zasadę koncentracji materiału procesowego jest art. 208 k.p.c., przewidujący uprawnienia przewodniczącego w zakresie przygotowania rozprawy. Przygotowanie rozprawy następuje w drodze zarządzeń przewodniczącego, mających na celu umożliwienie sądowi efektywne przeprowadzenie posiedzenia i możliwie szybkie rozstrzygnięcie

[153] Zob. postanowienie Sądu Najwyższego (dalej SN) z 14.01.2015 r., III CSK 317/14, LEX nr 1628929.
[154] Jego uwzględnienie zależy jednak od uznania sądu, zob. postanowienie SN z 13.12.2012 r., III CSK 300/12, OSNC 2013/3, poz. 42.
[155] Art. 168 k.p.c.
[156] P. Grzegorczyk, K. Weitz, *Kodeks*…, t. 1, komentarz do art. 217 k.p.c., pkt 10 i 12.
[157] Z uwagi na cel i sankcje ustanowione w art. 217 k.p.c., sąd jest zobowiązany pouczyć stronę występującą bez fachowego pełnomocnika o treści omawianego przepisu.

sprawy[158]. Artykuł 208 § 1 k.p.c. zawiera przykładowe wyliczenie możliwych zarządzeń przewodniczącego. Zgodnie z tym przepisem przewodniczący może: wezwać strony do stawienia się na rozprawę osobiście lub przez pełnomocnika; zażądać na rozprawę od państwowej jednostki organizacyjnej lub jednostki organizacyjnej samorządu terytorialnego znajdujących się u nich dowodów, jeżeli strona sama dowodów tych otrzymać nie może; wezwać na rozprawę wskazanych przez stronę świadków; wezwać na rozprawę osoby powołane zgodnie przez strony na biegłych; zarządzić przedstawienie dokumentów, przedmiotów oględzin, ksiąg lub planów. Zgodnie z art. 208 § 2 k.p.c. przewodniczący może ponadto, w razie koniecznej potrzeby, zarządzić oględziny jeszcze przed rozprawą. Decyzję w przedmiocie zarządzeń wymaganych do przygotowania rozprawy przewodniczący podejmuje na podstawie pozwu i innych pism procesowych.

Kolejnym wyrazem realizacji zasady skupienia materiału procesowego są uprawnienia sądu zawarte w art. 212 i 216 k.p.c. Zgodnie z pierwszym z wymienionych przepisów dla wyjaśnienia kwestii istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy sąd może zadawać pytania stronom w celu przytoczenia lub uzupełnienia przez nie twierdzeń bądź dowodów mających znaczenie dla ustalenia podstawy faktycznej sprawy lub dla ustalenia okoliczności spornych między stronami. W podobnym celu sąd może zarządzić stawiennictwo stron na rozprawie (osobiście lub przez pełnomocnika) zgodnie z treścią art. 216 k.p.c. Informacyjne przesłuchanie stron w omawianych okolicznościach nie ma mocy środka dowodowego, a służy jedynie klaryfikacji okoliczności wymagających rozstrzygnięcia przez sąd w toku postępowania.

Przykładem uprawnień do materialnego i formalnego kierownictwa postępowaniem przez przewodniczącego jest ponadto zbiór przepisów związany z wyznaczeniem zakresu kwestii podlegających rozstrzygnięciu w danym orzeczeniu lub rozpoznaniu podczas posiedzenia. Artykuł 218 k.p.c. przewiduje możliwość zarządzenia oddzielnej rozprawy przez sąd w odniesieniu do określonych roszczeń, pozwu głównego lub wzajemnego bądź co do poszczególnych współuczestników. Artykuł 317 k.p.c. przewiduje natomiast wydanie wyroku częściowego co do części żądań (bądź żądania) lub rozstrzygającego o całości powództwa głównego, bądź wzajemnego. Wyrok częściowy może zapaść w okolicznościach, w których jedynie część sprawy nadaje się do rozstrzygnięcia, przeprowadzone zostały wszystkie istotne dowody dotyczące określonego żądania (lub jego części) oraz jest to podyktowane postulatem szybkości postępowania lub innymi względami natury pragmatycznej. Brak jest zgodności w doktrynie na temat tego, czy wyrok częściowy może być wydany przez sąd z urzędu czy jedynie na wniosek strony[159]. Nie ulega jednak wątpliwości, że decyzja o wydaniu wyroku częściowego jest powodowana względami natury ekonomii procesowej[160], i w tym znaczeniu skorzystanie przez sąd z uprawnień przewidzianych w art. 317 k.p.c. może się przyczynić do realizacji postulatu sprawności postępowania.

Instytucją zbliżoną do wyżej opisanej jest uprawnienie do wydania wyroku wstępnego zawarte w art. 318 k.p.c. Zgodnie z tym unormowaniem wyrok

[158] Zob. P. Grzegorczyk, M. Jędrzejewska, K. Weitz, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 2, *Postępowanie rozpoznawcze*, Warszawa 2016, komentarz do art. 208 k.p.c., pkt 1 i n.

[159] Zob. J. Gudowski, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 2, *Postępowanie rozpoznawcze*, Warszawa 2016, komentarz do art. 317 k.p.c., pkt 4.

[160] H. Pietrzkowski, *Metodyka pracy sędziego w sprawach cywilnych*, Warszawa 2014, s. 561.

wstępny może być wydany, jeżeli roszczenie może być uwzględnione co do zasady[161]. Co do spornej zaś wysokości żądania, sąd może zarządzić bądź dalszą rozprawę, bądź jej odroczenie. Zakres zastosowania omawianego przepisu jest ograniczony: wydanie wyroku częściowego jest możliwe z reguły w sprawach, w których powód dochodzi spełnienia świadczenia pieniężnego[162]. Wyrok wstępny rozstrzyga wówczas o istnieniu podstawy roszczenia (stosunku prawnym uzasadniającym powództwo), pozostawiając wysokość świadczenia do dalszego rozpoznania i rozstrzygnięcia w wyroku końcowym. Wyrok wstępny nie może być ponadto ograniczony do rozstrzygnięcia określonego sporu doktrynalnego lub prawnego, w oderwaniu od określenia zasadności konkretnego roszczenia będącego przedmiotem postępowania[163].

Kodeks postępowania cywilnego w art. 222 przewiduje też, że zarzuty formalne, których uwzględnienie uzasadniałoby odrzucenie pozwu, są oddalane przez sąd w drodze oddzielnego postanowienia. W takich okolicznościach sąd może wstrzymać dalsze rozpoznanie sprawy aż do uprawomocnienia się odpowiedniego postanowienia. Powyższe rozwiązanie jest podyktowane względami ekonomii procesowej związanymi z dążeniem do wyeliminowania sytuacji, w których postępowanie co do *meritum* jest prowadzone w warunkach, w których jest to zbędne z uwagi na możliwą nieważność postępowania. Zgodnie z art. 222 zd. 2 k.p.c. oddalenie innych zarzutów formalnych sąd stwierdza w uzasadnieniu orzeczenia kończącego postępowanie, przytaczając powody rozstrzygnięcia.

Regulacją sprzyjającą ekonomii procesowej w kontekście skupienia materiału procesowego jest ponadto unormowanie, pozwalające na połączenie spraw do wspólnego rozpoznania lub także rozstrzygnięcia zawarte w art. 219 k.p.c. Sprawy mogą być połączone, jeżeli toczą się przed tym samym sądem i składem sędziowskim[164] oraz gdy są ze sobą w związku lub mogą być objęte jednym pozwem. Z punktu widzenia omawianej problematyki rozwiązanie to ma znaczenie zwłaszcza w okolicznościach, gdy podstawa faktyczna lub prawna poszczególnych spraw jest tożsama bądź zbliżona.

Jednym z najistotniejszych unormowań realizujących zasadę koncentracji materiału procesowego na gruncie polskiego postępowania cywilnego jest wreszcie art. 381 k.p.c., ustanawiający zakaz podnoszenia w postępowaniu apelacyjnym faktów i dowodów, które strona mogła powołać w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, chyba że potrzeba ich powołania wynikła później. Polski Kodeks postępowania cywilnego przyjmuje system apelacji pełnej (*cum beneficio novorum*), w którym sąd odwoławczy ma prawo ponownego, nieograniczonego badania sprawy, a skarżący może przytaczać w postępowaniu apelacyjnym nowe fakty i dowody. „Prawo nowości" jest jednak ograniczone wynikającym z zasady koncentracji materiału procesowego postulatem, by materiał procesowy – co do zasady – był zebrany przed sądem pierwszej instancji, czego urzeczywistnieniem jest zakaz ustanowiony w art. 381 k.p.c.

[161] W razie ustalenia, że roszczenie jest nieuzasadnione, sąd rozstrzyga o całości roszczenia oddalając powództwo.
[162] Lub roszczenie ma charakter ilościowy, tak J. Gudowski, *Kodeks…*, t. 2, komentarz do art. 318 k.p.c., pkt 3.
[163] Zob. uchwała SN z 19.11.1957 r., 4 CO 15/57, OSNCK 1958/4, poz. 114.
[164] Zob. wyrok SN z 4.05.1978 r., IV PR 95/78, OSNCP 1979/1–2, poz. 35; uchwała SN z 23.05.2012 r., III CZP 21/12, OSNC 2012/12, poz. 140.

Zgodnie z omawianym przepisem możliwość uwzględnienia w postępowaniu apelacyjnym faktów i dowodów, które strona mogła powołać przed sądem pierwszej instancji jest pozostawiona swobodnemu uznaniu sędziego. Ustawa procesowa nie ogranicza tym samym przyczyn apelacji bądź zakresu kognicji sądu odwoławczego do funkcji kontrolnej orzeczeń sądu pierwszej instancji. W literaturze podkreśla się bowiem, że podstawą wykładni art. 381 k.p.c. powinno być założenie, iż przepis ten stanowi wyraz dążenia do koncentracji dowodów i sprawności postępowania[165]. Jednakże sama okoliczność, że nowe fakty i dowody przyczynią się do przedłużenia postępowania apelacyjnego nie stanowi wystarczającej podstawy ich pominięcia[166]. W tym zatem zakresie obowiązek wydania słusznego rozstrzygnięcia ma znaczenie nadrzędne wobec postulatu szybkości postępowania.

Na skarżącym spoczywa ciężar wykazania niemożności powołania nowych faktów i dowodów w postępowaniu w pierwszej instancji lub że potrzeba ich powołania wynikła później. Sąd może pominąć nowe fakty i dowody, jeżeli strona nie poda przyczyny ich niepowołania[167]. W odpowiednich okolicznościach sąd może jednak przeprowadzić spóźniony dowód z urzędu, nawet jeśli strona nie wykazała okoliczności wskazanych w art. 381 k.p.c.[168]

Zmiana podstawy prawnej twierdzeń jest natomiast dopuszczalna w postępowaniu apelacyjnym z tym ograniczeniem, że nowa argumentacja musi być oparta na faktach przytoczonych przed sądem pierwszej instancji[169]. Konkluzja ta wynika z obowiązującej na gruncie polskiej procedury cywilnej zasady *iura novit curia*, zgodnie z którą sąd jest zobowiązany z urzędu stosować odpowiednie normy prawa materialnego. W odniesieniu do postępowania apelacyjnego zasada ta została sprecyzowana w uchwale składu 7 sędziów SN z 31.01. 2008 r.[170], której nadano moc zasady prawnej. Zgodnie z powyższą uchwałą, sąd drugiej instancji rozpoznający sprawę na skutek apelacji nie jest związany przedstawionymi w niej zarzutami dotyczącymi naruszenia prawa materialnego, wiążą go natomiast zarzuty dotyczące naruszenia prawa procesowego (z wyjątkiem nieważności postępowania, którą sąd bierze pod uwagę z urzędu w granicach zaskarżenia).

W omawianej uchwale sąd podkreślił, że kontrola prawidłowości postępowania przez sąd apelacyjny przed sądem pierwszej instancji odbywa się w granicach zarzutów przedstawionych w apelacji, jeżeli są one dopuszczalne w świetle art. 162 k.p.c. Uregulowana w tym przepisie prekluzja zarzutów procesowych ma szczególne znaczenie z punktu widzenia omawianej problematyki. Zgodnie z art. 162 k.p.c. strony mogą w toku posiedzenia, a jeżeli nie były obecne, na najbliższym posiedzeniu, zwrócić uwagę sądu na uchybienia przepisom postępowania, wnosząc o wpisanie zastrzeżenia do protokołu. Stronie, która zastrzeżenia nie zgłosiła, nie przysługuje

[165] T. Ereciński, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 2, *Postępowanie rozpoznawcze*, Warszawa 2016, komentarz do art. 381 k.p.c., pkt 5.
[166] T. Ereciński, *Kodeks*..., t. 2, komentarz do art. 381 k.p.c., pkt 7.
[167] Zob. wyroki SN: z 15.03.2006 r., II PK 165/05, OSNP 2007/5–6, poz. 69; z 20.05.1998 r., I CKN 678/97, „Prokuratura i Prawo" – wkładka 1999/5, poz. 40.
[168] Zob. wyrok SN z 20.02.2004 r., I CK 213/03, LEX nr 520016.
[169] Tak w odniesieniu do zarzutu przedawnienia roszczenia wyroki SN: z 19.07.2001 r., II UKN 475/00, OSNP 2003/8, poz. 210; z 10.05.2000 r., III CKN 797/00, LEX nr 42884; z 11.03.2004 r., V CK 326/03, LEX nr 602420; z 19.08.2004 r., V CK 38/04, LEX nr 277325, oraz uchwała SN z 17.06.2005 r., III CZP 26/05, OSNC 2006/4, poz. 63.
[170] Uchwała składu 7 sędziów SN z 31.01.2008 r., III CZP 49/07, OSNC 2008/6, poz. 55.

prawo powoływania się na takie uchybienia w dalszym toku postępowania, chyba że strona uprawdopodobni, że nie zgłosiła zastrzeżenia bez swojej winy[171]. Powyższa regulacja niewątpliwie przyczynia się do zwiększenia efektywności postępowania, eliminując zaskarżalność zarzutów, które strona powinna była zgłosić na etapie umożliwiającym rektyfikację ewentualnych uchybień procesowych.

4.2. Czy możliwy jest angielski model *case management* w polskim procesie cywilnym?

Jak wyżej wskazano, koncentracja materiału procesowego w angielskiej procedurze cywilnej jest realizowana głównie przez aktywne zarządzanie przebiegiem postępowania przez sąd. Jednym z podstawowych obowiązków sądu w tym zakresie jest przygotowanie rozprawy w taki sposób, by sąd miał możliwie zupełny obraz wszystkich istotnych kwestii spornych wymagających wyjaśnienia, wraz z całością pisemnych środków dowodowych (w tym pisemnych zeznań świadków) złożonych przed rozprawą. Sąd realizuje powyższy obowiązek przez wydawanie zarządzeń zawierających instrukcje co do toku postępowania. Instrukcje sądu dotyczą wszystkich istotnych z punktu widzenia omawianej problematyki aspektów postępowania, tj.: wymiany pism procesowych, wyjawienia dowodów przed rozprawą, kolejności rozstrzygania istotnych kwestii, a także sankcji za przewlekanie postępowania lub spóźnione zgłaszanie twierdzeń bądź dowodów. Ukształtowany w ten sposób model postępowania cywilnego, oparty na szeroko ujętej dyskrecjonalnej władzy sędziego cieszy się uznaniem w systemach prawnych, wywodzących się z tradycji anglosaskiej bądź nawiązujących do tego modelu[172].

Również polska ustawa procesowa nadaje sędziemu szerokie uprawnienia w zakresie materialnego i formalnego kierownictwa postępowaniem oraz nakłada na strony obowiązek wspierania postępowania przez możliwie szybkie przytaczanie wszystkich istotnych dowodów i twierdzeń[173]. W szczególności model wymiany pism procesowych na gruncie obowiązującego Kodeksu postępowania cywilnego jest zbliżony do systemu angielskiego. Jak wcześniej wskazano, na gruncie art. 207 § 2 k.p.c. przewodniczący może zarządzić obligatoryjne wniesienie odpowiedzi na pozew, w którym pozwany powinien przytoczyć wszystkie twierdzenia wraz z dowodami na poparcie przyjmowanego stanowiska, pod rygorem uznania ich za spóźnione, jeśli zostaną podniesione na dalszym etapie postępowania. Zaś wymiana kolejnych pism procesowych jest możliwa jedynie na zarządzenie sądu (art. 207 § 3 k.p.c.). Unormowanie to eliminuje praktykę wnoszenia dużej liczby powtarzających się pism procesowych oraz stwarza możliwość wytyczenia przez przewodniczącego kierunku wymiany pism przygotowawczych i skoncentrowania uwagi stron na kwestiach istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy.

[171] Prekluzja zarzutów procesowych nie dotyczy uchybień, które sąd jest zobowiązany wziąć pod uwagę z urzędu (tj. nieważność postępowania).

[172] Aktywna rola sędziego w zarządzaniu przebiegiem postępowania i związany z nią szeroki zakres władzy dyskrecjonalnej sądu jest jedną z rekomendacji American Law Institute (UNIDROIT) jako środek sprzyjający sprawiedliwemu, efektywnemu i szybkiemu rozstrzygnięciu sporu. Zob. także *Andrews on…*, t. I, s. 40. Reforma Lorda Woolfa była również istotnym przedmiotem analizy w toku reformy postępowania cywilnego w Norwegii (zob. I.L. Backer, *The Norwegian Reform of Civil Procedure,* (2007) 51 Scandinavian Studies in Law 41, 73).

[173] Tak zwłaszcza na tle art. 6, 207 i 217 k.p.c. w brzmieniu nadanym ustawą z 16.09.2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 233, poz. 1381).

Ponadto należy wskazać, że zgodnie z art. 207 § 4 k.p.c. przewodniczący może zarządzić odbycie posiedzenia w przedmiocie wymiany pism przygotowawczych. W trakcie posiedzenia przewodniczący ma możliwość bezpośredniego kontaktu ze stronami w celu uzgodnienia dalszego przebiegu postępowania, a także treści i porządku wnoszenia pism przygotowawczych. W literaturze wskazuje się, że potrzeba odbycia omawianego posiedzenia może zachodzić zwłaszcza w sprawach skomplikowanych, w których strony są reprezentowane przez fachowych pełnomocników[174]. Nie ulega wątpliwości, że swoim charakterem i funkcją instytucja ta jest zbliżona do instytucji *case management conference* na gruncie procedury angielskiej. Podobnie przygotowanie rozprawy w drodze zarządzeń dotyczących wykonania określonych czynności przez strony, zgodnie z art. 208 k.p.c., stanowi wyraz realizacji koncentracji materiału procesowego[175] i jest przykładem kierownictwa przewodniczącego nad przebiegiem postępowania.

Wreszcie należy podkreślić, że obowiązującej na gruncie angielskiego postępowania cywilnego zasadzie wyjawienia wszystkich twierdzeń i dowodów przed rozprawą przyświeca idea zbliżona do tej, która została wyrażona na gruncie art. 6 § 2 k.p.c. Jak wcześniej wskazano, w świetle tej regulacji na stronach spoczywa ciężar wspierania postępowania przez powołanie wszystkich okoliczności faktycznych i dowodów bez zwłoki, aby postępowanie mogło być przeprowadzone sprawnie i szybko. Powyższą dyrektywę na gruncie prawa polskiego urzeczywistnia art. 217 § 2 k.p.c., zgodnie z którym sąd pomija spóźnione twierdzenia i dowody, chyba że strona uprawdopodobni, że nie zgłosiła ich we właściwym czasie bez swojej winy lub iż uwzględnienie spóźnionych twierdzeń i dowodów nie spowoduje zwłoki w rozpoznaniu sprawy albo że występują inne wyjątkowe okoliczności. Realizuje ją także art. 381 k.p.c., według którego sąd drugiej instancji może pominąć nowe fakty i dowody, jeżeli strona mogła je powołać w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, chyba że potrzeba powołania się na nie wynikła później.

Można zatem przyjąć, że na gruncie ogólnych wytycznych i przy wyznaczonym w Kodeksie postępowania cywilnego zakresie uprawnień przewodniczącego do formalnego i materialnego kierownictwa postępowaniem, istnieją podstawy normatywne, aby instytucja *case management* realizowana była w polskim postępowaniu cywilnym równie wszechstronnie, jak ma to miejsce w systemie angielskim. Powyższe twierdzenie należy jednak poddać szeregowi zastrzeżeń. W pierwszej kolejności należy wskazać, że angielska procedura cywilna przewiduje bardzo szeroki zakres uprawnień sądu do sprawowania kontroli nad przebiegiem postępowania. Sąd ustala na wniosek stron wszelkie związane z postępowaniem instrukcje, w tym m.in. harmonogram postępowania. W braku wniosku stron, sąd może wydać odpowiednie instrukcje z własnej inicjatywy bądź uznać, że strony nie wywiązują się z ciężaru wspierania postępowania na tyle, by mogło się ono toczyć dalej[176]. Sąd ma również

[174] P. Grzegorczyk, K. Weitz, *Kodeks…*, t. 1, komentarz do art. 207 k.p.c., pkt 15.
[175] P. Grzegorczyk, M. Jędrzejewska, K. Weitz, *Kodeks…*, t. 2, komentarz do art. 208 k.p.c., pkt 1.
[176] Jak wcześniej wskazano, niezłożenie wniosku o wydanie instrukcji w wyznaczonym terminie przez powoda może skutkować pozostawieniem pozwu bez rozpoznania. Niezłożenie przedmiotowego wniosku przez pozwanego może natomiast spowodować wydanie wyroku w trybie doraźnym, na podstawie okoliczności wskazanych w pozwie.

szeroką władzę w zakresie wstępnego rozstrzygnięcia określonych kwestii przed wydaniem końcowego wyroku co do istoty sprawy.

Na gruncie polskiego Kodeksu postępowania cywilnego podjęcie ustaleń dotyczących przebiegu postępowania ma charakter fakultatywny. Jest zatem możliwością, z której może skorzystać przewodniczący, nie zaś obowiązkiem sądu, z którym są powiązane określone powinności stron, jak ma to miejsce na gruncie angielskiej ustawy procesowej. O ile na gruncie polskiego postępowania sądowego sprawa może się toczyć bez harmonogramu wymiany pism procesowych i dowodów, a pozwany w odpowiednich okolicznościach może przytaczać dowody i twierdzenia po raz pierwszy na rozprawie, o tyle w Anglii od czasu reformy Lorda Woolfa tego typu postępowanie nie może – co do zasady – mieć miejsca[177]. Należy też stwierdzić, że angielska procedura cywilna przewiduje *expressis verbis* ogólny obowiązek stron w zakresie współpracy z sądem (Reguła 1.3 CPR). *Civil Procedure Rules* nakazuje ponadto, aby strony porozumiały się w zakresie planowanego harmonogramu postępowania i w miarę możliwości przedstawiły sądowi zgodny wniosek o wydanie instrukcji w tym przedmiocie[178]. Tego typu unormowania są obce polskiej ustawie procesowej.

W dalszej kolejności trzeba podkreślić, że na gruncie angielskiej procedury cywilnej niewniesienie odpowiedzi na pozew jest obwarowane sankcją tożsamą z wydaniem wyroku zaocznego[179]. W polskim Kodeksie postępowania cywilnego, w braku zarządzenia przewodniczącego w tym zakresie, wniesienie odpowiedzi na pozew ma charakter fakultatywny. Wydanie wyroku zaocznego warunkowane jest natomiast dodatkowymi przesłankami w postaci braku aktywności pozwanego[180].

Należy również zauważyć, że na tle angielskiej procedury cywilnej obowiązki stron, których realizacja przyczynia się do skupienia materiału procesowego i optymalizacji procesu zarządzania postępowaniem, mają swój początek jeszcze przed wszczęciem postępowania. W świetle CPR strony są zobowiązane wykonać tzw. *pre-action protocols* przed wytoczeniem powództwa, co umożliwia wczesne zdefiniowanie kwestii spornych i przygotowanie dowodów. Zakres wyjawienia okoliczności związanych z dochodzonym roszczeniem jest szeroki i, obok wskazania istotnych kwestii spornych, obejmuje również wskazanie potencjalnych środków dowodowych.

Środki kontroli sądu nad przebiegiem postępowania są na gruncie procedury angielskiej nakierowane na zobligowanie stron do wyjawienia, a w przypadku pisemnych środków dowodowych także dostarczenia wszystkich dowodów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy przed rozprawą. Funkcję tę spełnia m.in. instytucja wyjawienia i udostępnienia wszystkich znajdujących się w posiadaniu strony istotnych w sprawie dokumentów (*disclosure*)[181] oraz obowiązek złożenia pisemnych zeznań

[177] *Andrews on…*, t. I, s. 19.
[178] Dyrektywa 26 par. 2.3 CPR.
[179] Reguła 12.1 CPR.
[180] Art. 339–341 k.p.c.
[181] Należy wskazać, że dla usprawnienia postępowania i zmniejszenia jego kosztów angielski ustawodawca zmierza w kierunku ograniczenia zakresu *disclosure* i wprowadzenia obowiązku dołączenia do pism procesowych istotnych w sprawie dokumentów. Zasady te wdrażane są na gruncie wspominanych powyżej programów pilotażowych *Disclosure Scheme* oraz *Flexible and Shorter Trials Schemes* obowiązujących w Business and Property Courts.

świadków przed rozprawą. Angielska procedura cywilna wyszczególnia odrębną fazę postępowania, obejmującą wymianę pisemnych środków dowodowych, która odbywa się ściśle według harmonogramu ustalonego i kontrolowanego przez sąd. Podobne unormowanie obce jest polskiej procedurze cywilnej. Mimo że sądy angielskie nie stosują automatycznie prekluzji środków dowodowych, które nie zostały zgłoszone we właściwym czasie, a spóźnione dowody mogą zostać uwzględnione przez sąd w odpowiednich okolicznościach[182], ustanowienie odrębnej fazy postępowania dowodowego przed rozprawą ma kluczowe znaczenie dla koncentracji materiału procesowego i stanowi jeden z najistotniejszych elementów *case management*.

Inaczej w Anglii podchodzi się do instytucji samej rozprawy. Na gruncie CPR wydanie szczegółowych instrukcji w przedmiocie przygotowania rozprawy jest obowiązkiem sądu. Niewiele spraw dociera jednak do tego etapu postępowania, a w jeszcze mniejszej liczbie spraw odbywa się więcej niż jedna rozprawa[183]. Na gruncie CPR postępowanie sądowe jest traktowane jako środek ostateczny, z którego strony powinny korzystać jedynie wówczas, gdy nie są one w stanie rozstrzygnąć sprawy w drodze ugody[184]. Powyższe założenie ustawodawcy ma szczególne znaczenie dla efektywnego zarządzania przebiegiem postępowania. Mobilizacja stron do wyjawienia wszystkich istotnych okoliczności i dowodów w znaczącej mierze ma na celu poznanie przez strony wartości merytorycznej ich odpowiednich stanowisk i skłonienie przeciwników procesowych do podjęcia konstruktywnych negocjacji ugodowych.

Jak wyżej opisano, jednym z kluczowych elementów przygotowania rozprawy jest wymiana przez strony tzw. *skeleton arguments*, zawierających podsumowanie ich stanowisk (w tym argumentacji prawnej) oraz przygotowanie *trial bundles* stanowiących kompilację najistotniejszych elementów materiału procesowego, który na tym etapie postępowania jest uważany za – co do zasady – kompletny. W świetle tego modelu strona przeciwna bądź sąd nie są zaskakiwane określoną argumentacją, bądź linią obrony na rozprawie, co niewątpliwie przyczynia się do oszczędzania czasu i kosztów postępowania, prowadzi do koncentracji materiału procesowego i umożliwia sprawne prowadzenie postępowania. Wydaje się, że podobne podejście do rozprawy na gruncie polskiego Kodeksu postępowania cywilnego, mimo że teoretycznie możliwe, biorąc pod uwagę współczesny kształt normatywny polskiej ustawy procesowej, jest perspektywą dość odległą.

Dalej należy wskazać, że kontrola instancyjna orzeczeń ma charakter wyjątkowy na gruncie angielskiej procedury cywilnej, a wniesienie apelacji wymaga każdorazowo uzyskania pozwolenia sądu w tym przedmiocie. Co więcej, władza dyskrecjonalna sądu w zakresie dopuszczenia nowych twierdzeń i dowodów na etapie postępowania apelacyjnego jest przez sędziów angielskich stosowana restrykcyjnie. Niewątpliwie, powyższe zasady stanowią istotny bodziec dla sądu i strony do tego, by w toku postępowania w pierwszej instancji wszystkie okoliczności były

[182] M.in. na podstawie kryteriów ustalonych w sprawie Ladd v Marshall.

[183] W sprawach skomplikowanych rozprawa jest wyznaczana na kilka następujących po sobie dni, tak aby nie było przerw w posiedzeniach wyznaczonych na rozprawę. Powyższa praktyka zapewnia ciągłość w rozpoznawaniu sprawy oraz umożliwia lepsze przygotowanie sędziego i pełnomocników stron.

[184] Dyrektywa w przedmiocie postępowania przed wniesieniem pozwu, par. 8. Na temat roli ADR na gruncie angielskiej ustawy procesowej zob. E. Kajkowska, *Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses*, Oksford 2017, s. 40–42.

dostatecznie wyjaśnione, a materiał procesowy został zgromadzony w możliwie kompletnym kształcie.

Tę cechę angielskiego postępowania cywilnego należy skontrastować z systemem polskim, w którym, zgodnie z normą konstytucyjną, postępowanie sądowe musi być „co najmniej dwuinstancyjne"[185]. Na gruncie Kodeksu postępowania cywilnego postępowanie apelacyjne w swej istocie zmierza do ponownego zbadania całokształtu sprawy, a nie jedynie trafności rozstrzygnięcia sądu niższego rzędu. Co się zaś tyczy prekluzji procesowej, w świetle stanowiska judykatury polskiej art. 381 k.p.c. nie uprawnia sądu do pominięcia twierdzeń i dowodów podniesionych po raz pierwszy w postępowaniu apelacyjnym jedynie dlatego, że mogą się one przyczynić do przewlekłości postępowania. Dążenie do zapewnienia koncentracji materiału procesowego na jak najwcześniejszym etapie postępowania jest zatem równoważone zasadą sprawiedliwego i opartego na wszechstronnym badaniu okoliczności sprawy, procesu o charakterze dwuinstancyjnym[186].

Wreszcie należy podkreślić, że – wraz z nadaniem sądowi szerokich kompetencji w zakresie *case management* – angielska procedura cywilna przewiduje szerokie instrumentarium sankcji, które mogą być nałożone na strony w związku z niewywiązaniem się z obowiązków wskazanych przez sąd lub wynikających z reguł lub dyrektyw CPR. Spektrum środków dyscyplinujących jest szerokie i obejmuje m.in.: możliwość nałożenia na stronę obowiązku pokrycia kosztów postępowania w całości, w części bądź w zwiększonej wysokości; zwiększenie lub zmniejszenie wysokości należnych odsetek; sankcje związane z pominięciem twierdzenia lub dowodu, jeżeli nie zostały zgłoszone na odpowiednio wczesnym etapie postępowania oraz sankcje związane z pozostawieniem pisma bez rozpoznania lub wydaniem wyroku w trybie doraźnym co do całości lub części sprawy.

Na gruncie polskiej ustawy procesowej brak jest tak rozbudowanych i elastycznych mechanizmów, umożliwiających sądowi dyscyplinowanie stron w przypadku niedostatecznego wywiązywania się z ciężaru wspierania postępowania, nadużycia prawa lub bezzasadnego przedłużania procesu. W literaturze wprawdzie podkreśla się, że środkami dyscyplinującymi strony w zakresie realizacji zasady szybkości postępowania wyrażonej w art. 6 k.p.c. są m.in.: uprawnienia sądu do nałożenia na stronę kosztów postępowania związanych z jej niesumiennym lub niewłaściwym postępowaniem na podstawie art. 130 § 1 k.p.c.; nałożenie przez przewodniczącego obowiązku wymiany pism przygotowawczych pod rygorem utraty możliwości powoływania twierdzeń i dowodów w dalszym toku postępowania zgodnie z art. 207 § 3 i 6; możliwość pominięcia spóźnionych twierdzeń i dowodów na mocy art. 217 § 2 i 3 oraz art. 381 k.p.c., jak również nałożenie na stronę grzywny za niewykonanie zarządzeń sądu (art. 475 k.p.c.)[187]. Skala praktycznego zastosowanie powyższego instrumentarium w omawianym kontekście powinna być jednak przedmiotem odrębnej analizy.

Z powyższego porównania wyłania się obraz procedury angielskiej, w której sąd ma szeroką władzę do kierowania tokiem postępowania i związany z tym obowiązek

[185] Art. 176 ust. 1 Konstytucji RP.
[186] T. Ereciński, *Kodeks…*, t. 2, komentarz do art. 381 k.p.c., pkt 6 i 7 oraz cytowane tam orzecznictwo.
[187] Zob. J. Bodio, *Kodeks…*, t. 1, komentarz do art. 6 k.p.c., pkt 2.

aktywnego realizowania przysługujących mu uprawnień. Procedura polska natomiast, mimo że unormowania w Kodeksu postępowania cywilnego stwarzają ogólne ramy do materialnego i formalnego kierownictwa postępowaniem, nie jest jednak tak ściśle zorientowana na koncentrację materiału procesowego i aktywną rolę sądu w tym zakresie, jak ma to miejsce na gruncie modelu angielskiego. Należy jednak pamiętać, że mimo szerokich kompetencji w zakresie *case management* również na gruncie procedury angielskiej władza sędziego jest ograniczona przez uwarunkowania wynikające z założenia kontradyktoryjnego modelu postępowania cywilnego. W świetle tego modelu zakres rozpoznania jest wyznaczany przez twierdzenia stron; postępowanie dowodowe odbywa się w granicach wniosków stron; na stronach spoczywa też ciężar przedstawienia argumentacji prawnej oraz zadawania pytań świadkom i biegłym, a możliwość interwencji sądu jest w tym zakresie ograniczona[188].

4.3. Uregulowania sprzyjające koncentracji materiału procesowego pożądane w polskim systemie prawnym

Poddając analizie kwestię, czy rozwiązania przyjęte w angielskiej procedurze cywilnej mogą stanowić inspirację dla ustawodawcy polskiego, należy poczynić następujące zastrzeżenia. W pierwszej kolejności należy wskazać, że niewątpliwie polski i angielski model postępowania cywilnego wywodzą się z odmiennych tradycji prawnych. Z ostrożnością należy zatem podchodzić do perspektywy wykorzystania rozwiązań, przyjętych w tak diametralnie różnych środowiskach normatywnych.

Analiza unormowań sprzyjających koncentracji materiału procesowego prowadzi ponadto do wniosku, że podstawowe instytucje realizujące omawiany postulat na gruncie angielskiej ustawy procesowej w dużej mierze nie zmierzają do zapewnienia szybkości postępowania. Mowa tu w szczególności o instytucji wyjawienia środków dowodowych w postaci wszystkich istotnych w sprawie dokumentów (*disclosure*), wspomniana faza postępowania wiąże się bowiem w praktyce ze znaczącymi nakładami czasowymi i kosztowymi[189]. W tym zatem sensie, postulat skupienia materiału procesowego, mimo że realizowany na gruncie angielskiego postępowania cywilnego, nie jest tożsamy z postulatem szybkości postępowania, jak to jest często ujmowane w polskiej doktrynie procesowej[190].

Należy wreszcie wskazać, że – jak wcześniej wspomniano – angielski system postępowania cywilnego jest zorientowany nie tyle na szybkie rozstrzygnięcie sporu, ile raczej na to, aby strony zapoznały się z możliwie kompletnym materiałem procesowym przed rozprawą i w miarę możliwości rozstrzygnęły sprawę polubownie. Niewątpliwie jednak, poza specyfiką instytucji *disclosure* i niezależnie od założenia ustawodawcy, zgodnie z którym sprawy cywilne powinny być załatwiane przede

[188] Szerzej na ten temat zob. *Andrews on…*, t. I, s. 17.

[189] Jak wcześniej wskazano, z uwagi na czas i koszty związane z procedurą *disclosure,* instytucja ta uległa znacznemu ograniczeniu na gruncie programu pilotażowego, poprzedzającego ogólną reformę reżimu *disclosure* na gruncie CPR.

[190] Zob. P. Grzegorczyk, K. Weitz, *Kodeks…*, t. 1, komentarz do art. 6 k.p.c., pkt 1; J. Bodio, *Kodeks…*, t. 1, komentarz do art. 6 k.p.c., pkt 1; H. Dolecki i in., *Kodeks…*, t. 1, komentarz do art. 6 k.p.c., pkt 1 i n. Zob. także M. Soćko, *Zarys zasady koncentracji materiału procesowego w postępowaniu cywilnym de lege lata,* „Roczniki Administracji i Prawa" 2014/14/2, s. 300.

wszystkim w drodze ugody, angielska ustawa procesowa zawiera szereg rozwiązań, których realizacja pozwala sądowi na możliwie wczesne uzyskanie kompletnego materiału procesowego, a przez to możliwie szybkie i prawidłowe rozstrzygnięcie. Zatem w granicach wskazanych wyżej zastrzeżeń, dla pełniejszej realizacji postulatu skupienia materiału procesowego w prawie polskim, należy podkreślić znaczenie następujących instytucji przyjętych na gruncie angielskiej procedury cywilnej: (i) obowiązek ustalenia harmonogramu postępowania, co do zasady, w każdej sprawie; (ii) obowiązek wymiany korespondencji przez strony przed wytoczeniem powództwa; oraz (iii) uprawnienie sądu do nałożenia na stronę sankcji w postaci obowiązku pokrycia realnie poniesionych przez stronę przeciwną, racjonalnych kosztów postępowania za niewypełnienie instrukcji sądu bądź spóźnione powołanie twierdzeń i dowodów.

Pierwszą z wymienionych instytucji zasługujących na szczególną uwagę jest przyjęty na gruncie angielskiej procedury cywilnej obowiązek ustalenia harmonogramu postępowania przez sąd po zapoznaniu się z wnioskami stron w tym zakresie. Harmonogram jest ustalany na etapie postępowania po wniesieniu odpowiedzi na pozew, której złożenie jest obligatoryjne pod rygorem wydania wyroku zaocznego. Rozwiązanie to w sposób wyraźny sprzyja realizacji obowiązku aktywnego zarządzania postępowaniem przez sąd oraz mobilizuje strony do przedstawienia całościowej i zorganizowanej wizji przebiegu postępowania od wymiany pism procesowych aż do rozprawy. Mimo że harmonogram może ulegać zmianie w toku postępowania, stanowi on istotny punkt odniesienia dla sądu i stron w zakresie terminów wymiany dalszych pism procesowych i zakresu postępowania dowodowego[191]. Niewątpliwie, szersze zastosowanie podobnego mechanizmu na gruncie polskiej procedury cywilnej byłoby korzystne z punktu widzenia realizacji zasady koncentracji materiału procesowego i aktywnej realizacji materialnego i formalnego kierownictwa postępowaniem przez przewodniczącego.

Kolejną instytucją zasługującą na szczególną uwagę są protokoły, które na gruncie CPR strony muszą wykonać przed wszczęciem postępowania. Obowiązek wymiany korespondencji zawierającej podstawowe twierdzenia stanowiące podstawę stanowisk stron jest okolicznością szczególnie istotną dla wczesnego zdefiniowania kwestii spornych, a także z punktu widzenia konstruktywnych negocjacji ugodowych. Brak jest na gruncie polskiego postępowania cywilnego podobnych rozwiązań[192]. Wydaje się pożądane, aby strona zamierzająca wystąpić z roszczeniem o spełnienie świadczenia była zobligowana przynajmniej do wezwania drugiej strony do dobrowolnego wykonania zobowiązania i wskazania okoliczności, z których wywodzi swoje roszczenie.

Wreszcie wypada zauważyć, że żadna z opisanych wyżej instytucji umożliwiających efektywne zarządzanie postępowaniem przez sąd, nie mogłaby być w pełni realizowana bez odpowiedniego systemu sankcji uregulowanego w angielskiej ustawie procesowej. Na szczególną uwagę zasługuje zwłaszcza sankcja w postaci

[191] Środkiem przyczyniającym się do funkcjonalności omawianego rozwiązania jest okoliczność, że na gruncie angielskiej procedury cywilnej sędzia może odbyć posiedzenie w przedmiocie ustalenia harmonogramu postępowania przez telefon oraz porozumiewać się ze stronami za pomocą poczty elektronicznej. Na temat dopuszczalnego zakresu wykorzystania technologii przez sądy angielskie zob. *Civil…*, s. 753–754.

[192] Wraz z uchyleniem ustawą z 16.09.2011 r. przepisów o postępowaniu odrębnym w sprawach gospodarczych usunięto z Kodeksu postępowania cywilnego unormowanie obligujące stronę występującą z powództwem do załączenia wezwania do dobrowolnego spełnienia żądania (zob. uchylony art. 479^{12} § 2 i 3 k.p.c.).

nałożenia na stronę obowiązku pokrycia kosztów postępowania. Ryzyko poniesienia odpowiedzialności za koszty postępowania w sposób bardziej realny niż prekluzja procesowa mobilizuje strony do podniesienia wszystkich istotnych okoliczności już na etapie poprzedzającym postępowanie. Powyższa sankcja wymusza również ścisłe przestrzeganie harmonogramu postępowania przez strony i, co się z tym wiąże, dostarczenie możliwie kompletnego materiału procesowego przed rozprawą. W skład możliwych do nałożenia na stronę kosztów postępowania wchodzą wszystkie koszty i wydatki racjonalnie poniesione przez stronę przeciwną, w tym – stanowiące istotną część powyższych kosztów – wynagrodzenie fachowego pełnomocnika.

Nie ulega więc wątpliwości, że – jak wcześniej wskazano – również na gruncie polskiego Kodeksu postępowania cywilnego (art. 103 § 1) sąd ma uprawnienie do nałożenia na stronę kosztów postępowania wywołanych jej niesumiennym lub oczywiście niewłaściwym postępowaniem niezależnie od wyniku postępowania. Pomijając kwestie dotyczące rzeczywistej skali zastosowania powyższego unormowania w omawianym kontekście, powyższa sankcja doznaje istotnego ograniczenia w świetle art. 98 k.p.c. Zgodnie z tym unormowaniem do podlegających zwrotowi niezbędnych kosztów procesu strony reprezentowanej przez fachowego pełnomocnika zalicza się jego wynagrodzenie, jednak nie wyższe niż stawki opłat określone w odrębnych przepisach. Powyższe oznacza, że zwrotowi podlegają nie koszty strony rzeczywiście poniesione przez stronę w związku z wynagrodzeniem fachowego pełnomocnika, lecz koszty wyliczone w związku z rozporządzeniem przewidującym odgórnie ustalone kwoty podlegające zwrotowi w ramach kosztów zastępstwa procesowego, których wysokość zależy od wysokości przedmiotu sporu[193]. W znaczący sposób zatem dolegliwość omawianej sankcji jest złagodzona przez odgórne ustanowienie nominalnej wysokości tej, w rzeczywistości bardzo znaczącej, części kosztów postępowania. Bez urealnienia sankcji kosztowych na gruncie prawa polskiego nie sposób mówić o efektywności tego rozwiązania, jako środka dyscyplinującego strony w zakresie realizacji zasady koncentracji materiału procesowego.

W dalszej kolejności należy wskazać, że sankcja kosztowa na gruncie angielskiego postępowania cywilnego może dotyczyć kosztów postępowania związanych z określoną czynnością sądu lub konkretnym etapem postępowania. W takich okolicznościach koszty mogą być przyznane na bieżąco w toku postępowania, a postanowienie sądu w tym zakresie podlega egzekucji po jego uprawomocnieniu się. Na gruncie angielskiej procedury cywilnej sankcja kosztowa jest zatem nie tylko dotkliwa, gdyż odzwierciedla realną wysokość poniesionych kosztów, lecz także natychmiastowa. Podobna praktyka na gruncie polskiej procedury cywilnej niewątpliwie przyczyniłaby się do zwiększenia dolegliwości sankcji w postaci nałożenia na stronę kosztów postępowania w okolicznościach wskazanych w art. 103 § 1 k.p.c.

Na zakończenie trzeba podkreślić, że choć obecnie angielska procedura cywilna jest uważana za jedną z najbardziej efektywnych i elastycznych, konieczne były jej dwie wielkie reformy: Woolfa i Jacksona, aby w sposób trwały ustanowić efektywny i sprawny model postępowania cywilnego oparty na zarządzaniu postępowaniem

[193] Zob. rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 22.10.2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (Dz.U. poz. 1800 ze zm.) oraz rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 22.10.2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r. poz. 265).

przez sędziego. Co istotne, większe znaczenie niż zmiany ustawodawcze miał nacisk na konieczność przeformułowania myślenia o roli postępowania cywilnego przez wszystkich uczestników obrotu prawnego, a samo wprowadzenie szerokich prerogatyw sądu w zakresie kierowania postępowaniem i związanych z nim sankcji nie przyniosło od razu oczekiwanego efektu. Jednym z wniosków raportu Jacksona było wszak spostrzeżenie o niedostatecznym wykorzystywaniu przez sądy przyznanego im instrumentarium i zbyt tolerancyjne podejście do nieprzestrzegania przez strony harmonogramu postępowania. Obecnie zmiana kultury prawnej jest już jednak tak głęboka, że stała się ona normą w praktyce obrotu prawnego[194]. Wydaje się, że podobny bodziec do szerszego wykorzystywania przyznanych uprawnień do kierowania postępowaniem byłby wskazany na gruncie polskiej procedury cywilnej.

5. ZAKOŃCZENIE

Angielski system procedury cywilnej jest oparty na zasadzie kontradyktoryjności, realizowanej w warunkach ściśle kontrolowanych przez sąd. Angielska ustawa procesowa kładzie nacisk na współpracę stron z sądem, w celu wszechstronnego przygotowania materiału procesowego przed rozprawą. Przepisy CPR są nakierowane na umożliwienie wczesnego zdefiniowania kwestii spornych, tak aby wyłącznie istotne aspekty sporu były przedmiotem rozprawy. Zawarta w dyrektywach interpretacja reguł procesowych ma charakter celowościowy i jest nakierowana na eliminację nadużycia prawa w postaci przewlekania postępowania lub podnoszenia zarzutów celem obstrukcji procesowej.

Na gruncie angielskiego systemu postępowania cywilnego strony oraz ich pełnomocnicy są zobowiązani ze sobą współpracować w celu umożliwienia efektywnego rozstrzygania sporu przez sąd. Model ten jest realizowany m.in. przez system protokołów, które strony są zobowiązane wykonać przed rozpoczęciem postępowania, i związany z nim obowiązek rozważenia możliwości rozstrzygnięcia sprawy w drodze ADR, a także szerokie uprawnienia sądu do wyznaczenia harmonogramu i kontroli toku postępowania. Kluczem do analizy rozwiązań sprzyjających koncentracji materiału procesowego w prawie angielskim jest zatem instytucja *case management* i konieczna dla jej realizacji władza dyskrecjonalna sędziego.

Każdy system prawny potrzebuje jednak odpowiedniego systemu środków dyscyplinujących dla zapewnienia realizacji powinności nałożonych na strony oraz gotowości sądów do stosowania przyznanych im uprawnień. W okresie od wprowadzenia CPR do implementacji reformy Jacksona w 2013 r. judykatura angielska przejawiała brak odpowiedniej aktywności w zakresie korzystania z prerogatyw wynikających z *case management* i egzekwowania odpowiadających im obowiązków stron. Dopiero po wprowadzeniu reformy aktywne zarządzanie postępowaniem i związane z nim sankcje procesowe stały się nierozerwalnym elementem angielskiej kultury prawnej. Wydaje się, że również na gruncie polskiej procedury cywilnej uzasadniony byłby podobny impuls w celu zwiększenia aktywności sądu i urealnienia systemu sankcji za nienależyte wywiązywanie się z ciężaru wspierania postępowania przez strony.

[194] Zob. *Andrews on…*, t. I, s. 8 oraz 18 i n.

Abstract

Ewelina Kajkowska, *Mechanisms Aimed at Ensuring Completeness of Pleadings and Evidence in English Civil Procedure*

The paper contains an analysis of solutions conducive to completeness of pleadings and evidence, as adopted in the English civil procedure, and compares them to the mechanisms regulated in the Polish Code of Civil Procedure. The first part is an analysis of the general assumptions of the English civil procedure which emerged under the influence of the Woolf's and Jackson's reforms, oriented towards giving effect to the demand for courts' greater control over the course of proceedings. In the second part the author moves on to describe the detailed solutions adopted under the English Civil Procedure Rules which help make the proceedings more efficient, while making pleadings and evidence more complete, at various stages of court proceedings. In the last part the author compares the English solutions with those enacted under the Polish Code of Civil Procedure. The paper ends with an indication of the potential direction for amendments of the Polish regulation.

Keywords: *pleadings and evidence, case management, discretion*

Streszczenie

Ewelina Kajkowska, *Mechanizmy sprzyjające koncentracji materiału procesowego na gruncie angielskiej procedury cywilnej*

Opracowanie jest poświęcone analizie rozwiązań sprzyjających koncentracji materiału procesowego przyjętych na gruncie angielskiej procedury cywilnej wraz z porównaniem ich do instytucji uregulowanych w polskim Kodeksie postępowania cywilnego. W pierwszej części opracowania analizie są poddane ogólne założenia angielskiej procedury cywilnej, ukształtowane pod wpływem jej dwóch najistotniejszych reform (Woolfa i Jacksona), nakierowanych na realizację postulatu większej kontroli sądu nad przebiegiem postępowania. Kolejna część pracy dotyczy szczegółowych rozwiązań przyjętych na gruncie angielskiej ustawy procesowej, przyczyniających się do realizacji postulatu sprawności postępowania i koncentracji materiału procesowego w poszczególnych fazach postępowania sądowego. Dalsza część opracowania jest poświęcona porównaniu rozwiązań przyjętych w Anglii z tymi, które występują na gruncie polskiego Kodeksu postępowania cywilnego. Opracowanie zamyka wskazanie potencjalnego kierunku zmian polskiej ustawy procesowej.

Słowa kluczowe: *materiał procesowy, zarządzanie postępowaniem, dyskrecjonalność, Pleadings, evidence, case management, discretion*

Literatura:

1. Andrews N., *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System*, Oksford 2003;
2. *Andrews on Civil Processes*, t. I, *Intersentia*, Cambridge 2013;
3. Backer I.L., *The Norwegian Reform of Civil Procedure,* (2007) 51 Scandinavian Studies in Law 41;
4. Bodio J., *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz aktualizowany*, t. 1, *Art. 1–729*, red. A. Jakubecki, LEX 2018;
5. *Civil Practice*, red. M. Kay, S. Sime, D. French, Oksford 2018;
6. Dolecki H., *Postępowanie cywilne. Zarys wykładu,* Warszawa 2007;
7. Dolecki H. i in., *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1, *Artykuły 1–366*, red. H. Dolecki, T. Wiśniewski, LEX 2013;
8. Ereciński T., *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 2, *Postępowanie rozpoznawcze*, Warszawa 2016;

9. Grzegorczyk P., Weitz K., *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1, *Postępowanie rozpoznawcze*, red. T. Ereciński, Warszawa 2016;
10. Grzegorczyk P., Jędrzejewska M., Weitz K., *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 2, *Postępowanie rozpoznawcze*, Warszawa 2016;
11. Gudowski J., *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 2, *Postępowanie rozpoznawcze*, Warszawa 2016;
12. Hodgkinson T., James M., *Expert Evidence: Law and Practice*, Londyn 2015;
13. Jackson R., *Review of Civil Litigation Costs*, Londyn 2009;
14. Kajkowska E., *Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses*, Oksford 2017;
15. Lord Neuberger, *Docketing: Completing Case Management's Unfinished Revolution*, Londyn 2012;
16. Lord Woolf, *Access to Justice: Final Report,* Londyn 1996;
17. Malek H., *Phipson on Evidence,* Londyn 2018;
18. Matthews P., Malek H.M., *Disclosure*, Londyn 2016;
19. Pietrzykowski H., *Metodyka pracy sędziego w sprawach cywilnych*, Warszawa 2014;
20. Soćko M., *Zarys zasady koncentracji materiału procesowego w postępowaniu cywilnym de lege lata*, Roczniki Administracji i Prawa 2014, nr 14/2;
21. *White Book*, red. Sir Vos G., Londyn 2018;
22. *Zuckerman on Civil Procedure. Principles of Practice*, Londyn 2013.

PRAWO W DZIAŁANIU
SPRAWY CYWILNE
40/2019
DOI: 10.32041/pwd.4007

Łukasz Kondratko*

Nadzór judykacyjny nad komornikiem sądowym. Kilka uwag na marginesie art. 759 § 2 i 3 Kodeksu postępowania cywilnego**

1. Z dniem 1.01.2019 r. polski system egzekucji sądowej doznał zasadniczych zmian za sprawą wejścia w życie przepisów ustawy z 22.03.2018 r. o komornikach sądowych[1] i ustawy z 28.02.2018 r. o kosztach komorniczych[2]. W ten sposób, zgodnie z art. 305 ustawy o komornikach sądowych, utraciła moc ustawa z 29.08.1997 r. o komornikach sądowych i egzekucji[3].

Zmiany o chrakterze systemowym, które dotknęły egzekucję sądową w Polsce z dniem 1.01.2019 r. miały w ocenie jej autorów w głównej mierze na celu wyeliminowanie sytuacji, w której wskutek licznych nowelizacji dotychczas obowiązującej ustawy o komornikach sądowych i egzekucji z 1997 r. doszło do naruszenia wewnętrznej spójności tego aktu normatywnego. Natomiast, szczególnie z uwagi na przedmiot niniejszego artykułu, należy podnieść, że w ocenie autorów zmian legislacyjnym ich celem było wprowadzenia rozwiązań przywracających zaufanie do zawodu komornika sądowego jako funkcjonariusza publicznego oraz zwiększających nadzór nad komornikami[4].

Wydaje się, że bardzo ważne z uwagi na dyskusję o teleologicznym (celowościowym) aspekcie zmian w egzekucji sądowej stało się dla prawodawcy dążenie i realizacja zadania w postaci zwiększenia nadzoru nad komornikami. Jak bowiem

* Dr Łukasz Kondratko, radca prawny, członek Komisji do spraw reprywatyzacji nieruchomości warszawskich w randze sekretarza stanu; był komornikiem sądowym przy Sądzie Rejonowym w Przemyślu oraz członkiem pozaetatowym Samorządowego Kolegium Odwoławczego w Przemyślu.

** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 24.03.2019 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 4.09.2019 r.

1 Dz.U. z 2018 r. poz. 771 ze zm.

2 Dz.U. z 2018 r. poz. 770 ze zm.

3 Dz.U. z 2017 r. poz. 1277, 1343, 1452 i 1910 oraz z 2018 r. poz. 398. Zgodnie z pismami Prezesa Rady Ministrów z 24.05.2017 r., RM-10–44–17 (dot. ustawy o komornikach sądowych, druk sejmowy nr 1582) i z 24.05.2017 r., RM-10–45–17 (dot. ustawy o kosztach komorniczych, druk sejmowy nr 1581) do prezentowania stanowiska rządu w tych sprawach w toku prac parlamentarnych został upoważniony minister sprawiedliwości. Jak słusznie zauważa A.G. Harla, w toku prac parlamentarnych (Sejmu VIII kadencji) przygotowano jednak nowe wersje obu projektów z datą 10.10.2017 r. dla projektu o komornikach sądowych i z datą 11.10.2017 r. dla projektu o kosztach komorniczych – por. A.G. Harla, *Nadzór judykacyjny nad komornikiem sądowym według ustawy o komornikach sądowych* [w:] *Analiza i ocena ustawy o komornikach sądowych oraz ustawy o kosztach komorniczych*, red. A. Marciniak, Sopot 2018, s. 188.

4 *Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o komornikach*, druk sejmowy nr 1582, s. 1 (Sejm VIII kadencji).

wskazano w uzasadnieniu do projektu ustawy, w zakresie nadzoru administracyjnego pozostawiono zasadę, że komornik nadal pozostaje funkcjonariuszem publicznym działającym przy określonym sądzie rejonowym, przy czym podkreślono rolę prezesa sądu rejonowego jako najważniejszego i podstawowego ogniwa nadzoru administracyjnego (nadzór odpowiedzialny)[5]. Już tylko w treści art. 175 ust. 1 ustawy o komornikach sądowych wskazano, że: „nadzór administracyjny sprawowany jest w pierwszej kolejności przez prezesa sądu rejonowego". Jak wskazują przy tym autorzy zmian w uzasadnieniu, w związku z powyższym prezes sądu rejonowego został wyposażony w dodatkowe szerokie kompetencje nadzorcze, które zostały szczegółowo omówione w rozdziale 9 projektu ustawy. Niezależnie od powyższego, w rozdziale tym zawarto także przepisy o dodatkowych kompetencjach sądu jako organu nadzoru judykacyjnego, które służą poprawie komunikacji między sądem a prezesem sądu przy którym działa komornik z jednej strony, z drugiej zaś strony – pozwalają na skuteczniejsze egzekwowanie wytycznych sądów wobec komorników[6].

Celem niniejszego artykułu jest zatem ukazanie tych zmian, które zaszły w ramach art. 759 § 2 Kodeksu postępowania cywilnego[7] za przyczyną wejścia w życie przepisów ustawy o komornikach, jak również odniesienie tych zmian do stanu prawnego, który miał miejsce przed 1.01.2019 r. a więc w ścisłym powiązaniu z niektórymi przepisami ustawy o komornikach sądowych.

2. Przed 1.01.2019 r. art. 759 § 2 k.p.c. stanowił, że: „Sąd może z urzędu wydawać komornikowi zarządzenia zmierzające do zapewnienia należytego wykonania egzekucji oraz usuwać spostrzeżone uchybienia". W doktrynie podkreślano, głównie za sprawą A. Marciniaka, że wskazany tu przepis stanowił podstawę prawną działań nadzorczych sądu z urzędu nad czynnościami komornika, oprócz art. 960, 972 i 1035 k.p.c.[8] Zgodnie ze stanowiskiem tego autora, ograniczenia nadzorcze sądu w trybie art. 759 § 2 k.p.c. można było ująć jako trzy zasady, tj.: 1) sąd nie może zastępować stron postępowania egzekucyjnego w zgłaszaniu wniosków niezbędnych do dokonania danej czynności egzekucyjnej; 2) nie jest możliwe uchylanie dokonanych już czynności egzekucyjnych o charakterze wykonawczym, których z istoty swej nie da się uchylić oraz czynności, które wywarły już skutki materialnoprawne; 3) nie można uchylać bądź zmieniać postanowień komornika po ich uprawomocnieniu się (nie dotyczy to postanowień komornika niekończących postępowania egzekucyjnego)[9].

---

[5] *Uzasadnienie*…, druk sejmowy nr 1582, s. 2.
[6] *Uzasadnienie*…, druk sejmowy nr 1582, s. 2.
[7] Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2019 r. poz. 1460 ze zm.) – dalej k.p.c.
[8] A. Marciniak, *Sądowe postępowanie egzekucyjne*, Warszawa 2011, s. 109–111.
[9] A. Marciniak, *Sądowe*…, s. 110. Oprócz tego należy wskazać, że zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego (dalej SN) z 19.04.2007 r., III CZP 16/07, OSNC 2008/6, poz. 58, sąd może z urzędu na podstawie art. 759 § 2 k.p.c. zmienić prawomocne postanowienie komornika, którym wadliwie ustalono wysokość opłaty egzekucyjnej. Por. także A. Marciniak, *Ustawa o komornikach sądowych i egzekucji. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 61; Z. Knypl, Z. Marchel, *Komentarz do ustawy o komornikach sądowych i egzekucji*, Sopot 2013, s. 53–55; M. Bieżuński, P. Bieżuński, *Ustawa o komornikach sądowych i egzekucji. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 35–39. Szybko dostrzeżono jednak sprzeczność tezy zawartej w przedmiotowej uchwale nie tylko z art. 759 § 2 k.p.c., lecz również z art. 767^3 k.p.c. – por. Z. Szczurek [w:] *Egzekucja sądowa w prawie polskim*, red. Z. Szczurek, Sopot 2015, s. 193, wraz z przywołanymi tam poglądami doktryny przedmiotu. Jak wskazuje przy tym S. Cieślak, sąd nie może również polecić komornikowi dokonania takiej czynności egzekucyjnej, do której wykonania konieczne jest złożenie oświadczenia woli przez uczestnika postępowania – por. S. Cieślak [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Postępowanie egzekucyjne. Komentarz do art. 758–1088*, red. J. Jankowski, Warszawa 2011, s. 43.

Natomiast, F. Zedler wskazywał, że: 1) sąd – działając na podstawie art. 759 § 2 k.p.c. – nie może naruszać praw stron i uczestników postępowania; 2) sąd może podejmować działania na podstawie omawianego przepisu tylko w toku egzekucji, nie może natomiast podejmować go po prawomocnym zakończeniu postępowania egzekucyjnego; 3) sąd w trybie omawianego przepisu nie może uchylać praw nabytych już przez osobę trzecią, np. unieważnić nabycia egzekucyjnego po przysądzeniu własności[10]. Przepis ten stanowił również istotne rozgraniczenie kompetencji jeżeli chodzi o prezesa sądu rejonowego w zakresie sprawowanego przez ten organ nadzoru administracyjnego. Organ ten nie mógł bowiem w ramach nadzoru administracyjnego nad komornikiem korzystać z uprawnień sądu wyrażonych w art. 759 § 2 k.p.c.[11] Natomiast stosownie do treści art. 3 ust. 2 pkt 4 ustawy o komornikach sądowych i egzekucji z 1997 r., prezes sądu rejonowego mógł jedynie zawiadamiać sąd o potrzebie wydania komornikowi zarządzeń w trybie art. 759 § 2 k.p.c.

W doktrynie rozróżnia się czynności egzekucyjne (*sensu stricto*) i czynności postępowania egzekucyjnego (*sensu largo*), wskazując, że tylko te pierwsze mogą być skutecznie weryfikowane przez sąd w ramach nadzoru judykacyjnego[12].

Przed 1.01.2019 r. przepis art. 759 § 2 k.p.c. zawierał w swojej strukturze normatywnej zwrot „sąd może z urzędu", co wskazywać może wprost na fakultatywny charakter czynności sądu. Natomiast wyrażenie „z urzędu" może zaś być *prima facie* wysoce mylące, albowiem jego tylko językowa wykładnia nie uwzględnia przepisów merytorycznych (materialnych) zawartych przecież zarówno w ustawie o komornikach sądowych i egzekucji z 1997 r., jak i w ustawie o komornikach sądowych z 2018 r. Z tego punktu widzenia wydaje się, że konieczne jest, aby przepis ten odczytywać z przepisami regulującymi ustrój i status komornika sądowego, a więc z przepisami ustawy o komornikach sądowych i egzekucji z 1997 r. (w stanie do 31.12.2018 r.) oraz obecnie z przepisami ustawy o komornikach sądowych, albowiem formułują one normy o charakterze kompetencyjnym, które wskazują podmioty upoważnione do inicjowania procedury wskazanej w art. 759 § 2 k.p.c.[13] Chociaż, jak wskazuje M. Brulińska, wydanie zarządzenia nadzorczego w trybie omawianego przepisu nie jest uzależnione od uprzedniego zainicjowania postępowania nadzorczego w szczególny sposób[14]. Pogląd ten jednak wydaje się być wyrażony w odmiennym do obecnego stanie prawnym i może dotyczyć sposobu

[10] F. Zedler, *Postępowanie zabezpieczające i egzekucyjne. Komentarz*, t. 2, *Postępowanie egzekucyjne (art. 758 –843 Kpc)*, Toruń 1995, s. 10–11. W doktrynie wskazuje się jednak na fakt, że przytoczony pogląd F. Zedlera został wyrażony w odmiennym od obecnego stanie prawnym – por. J. Olszanowski, *Zbieg egzekucji w sądowym i administracyjnym postępowaniu egzekucyjnym*, Warszawa 2016, s. 109.

[11] A. Marciniak, *Sądowe...*, s. 113.

[12] Tak wskazuje M. Rzewuski w glosie: *Dopuszczalność zmiany przez sąd prawomocnego postanowienia komornika, wadliwie ustalającego wysokość opłaty egzekucyjnej. Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 19 kwietnia 2007 r., sygn. III CZP 16/07*, „Monitor Prawniczy" 2010/6, s. 345, za poglądem wyrażonym przez J. Świeczkowskiego [w:] *Granice nadzoru judykacyjnego sądu sprawowanego nad komornikiem w trybie art. 759 § 2 Kodeksu postępowania cywilnego*, „Przegląd Prawa Egzekucjnego" 2007/4, s. 25. Por. także ostatnio M. Pelc, *Nadzór judykacyjny nad komornikiem sądowym w Polsce i w Niemczech*, Sopot 2019, s. 55 i n. Na uwagę zasługuje również (z uwagi na prawnoporównawczy charakter) artykuł tegoż autora pt. *Nadzór judykacyjny nad komornikiem sądowym w Niemczech* [w:] „Polski Proces Cywilny" 2018/2, s. 230–241.

[13] Por. szerzej na temat nadzoru judykacyjnego z urzędu ostatnio M. Pelc, *Nadzór...*, s. 71 i n.

[14] M. Brulińska [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Postępowanie zabezpieczające i egzekucyjne. Komentarz*, red. J. Gołaczyński, Warszawa 2012, s. 119. Wydaje się jednak, że na gruncie nowelizacji przepisów komorniczych z 2018 r. pogląd ten przynajmniej w cześci wydaje się być zdezaktualizowany, o czym będzie mowa w dalszej części niniejszego artykułu.

rozumienia omawianego przepisu wyłącznie przed dniem wejścia w życie ustawy o komornikach sądowych. Zastosowanie przez ustawodawcę słowa „może" w ramach art. 759 § 2 k.p.c. w dotychczasowym brzmieniu wskazuje na to, że należy mówić o dozwalającym i kompetencyjnym zarazem charakterze normy wysłowionej z tego przepisu. Oznacza to, że sąd w stanie prawnym przed 1.01.2019 r. mógł, ale nie musiał, wydawać komornikowi zarządzenia. W tym względzie decydujące znaczenie miała oczywiście zawsze ocena idywidualna i konkretna każdej sprawy. Jak wskazują przy tym S. Dalka i J. Świeczkowski, art. 759 § 2 k.p.c. w brzmieniu dotychczasowym zawiera nie tyle uprawnienie, ile przede wszystkim obowiązek sądu czuwania nad prawidłowym prowadzeniem egzekucji[15]. Wydaje się, że pogląd ten, chociaż wyrażony w 2004 r., nie straci na aktualności w odniesieniu do obecnego brzmienia omawianego przepisu.

Problemów interpretacyjnych może nasuwać również zastosowane przez ustawodawcę w przepisie art. 759 § 2 k.p.c. słowo „zarządzenie", które może być różnie oceniane, szczególnie, jeżeli weźmie się pod uwagę treść art. 361 i 362 k.p.c., jednakże jest to trop wysoce mylący, albowiem ustawodawca przesądza przedmiotową wątpliwość za sprawą art. 766 k.p.c. Zgodnie z tym przepisem „Sąd rozpoznaje sprawy egzekucyjne na posiedzeniu niejawnym, chyba że zachodzi potrzeba wyznaczenia rozprawy albo wysłuchania na posiedzeniu stron lub innych osób. W sprawach tych sąd wydaje orzeczenia w formie postanowień". Powyższe oznacza, że orzekając w trybie art. 759 § 2 k.p.c. sąd wydaje postanowienie, w którym – według brzmienia sprzed 1.01.2019 r. – może wydać (obecnie już po zmianie „wydaje") komornikowi stosowne zarządzenie lub zarządzenia oraz usunąć (obecnie już po zmianie „usuwa") spostrzeżone uchybienia[16]. Jak wskazuje A. Marciniak, nadzór sądu nad czynnościami komornika sądowego nie może dotyczyć wszystkich czynności komornika, gdyż prowadziłoby to do całkowitego zniszczenia systemu środków zaskarżenia w postępowaniu egzekucyjnym, w tym złaszcza skargi na czynności komornika[17].

Należy zauważyć, że o ile sama treść art. 759 § 2 k.p.c. nie ulegała zmianom, o tyle jednak do Kodeksu postępowania cywilnego został wprowadzony z dniem 5.02.2005 r. art. 767^3, który w sposób istotny wywarł wpływ na wykładnię omawianego przepisu, a tym samym na jego stosowanie w praktyce. Zgodnie bowiem z art. 767^3 k.p.c. w brzmieniu nadanym art. 1 pkt 110 ustawy z 2.07.2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw[18], jeżeli skargę wniesiono po terminie albo nie uzupełniono w terminie jej braków, sąd odrzuca skargę, chyba że uzna, iż zachodzi podstawa do podjęcia czynności na podstawie art. 759 § 2. Na postanowienie sądu o odrzuceniu skargi służy zażalenie. Jak wynika z treści uzasadnienia do projektu ustawy, który w zakresie

[15] S. Dalka, J. Świeczkowski, *O prewencyjnym nadzorze judykacyjnym sądu nad komornikiem według art. 759 § 2 Kodeksu postępowania cywilnego*, „Przegląd Prawa Egzekucyjnego" 2004/3–4, s. 8–10. Pogląd ten przywołuje także M. Rzewuski, *Dopuszczalność*..., s. 346.

[16] Na temat charakteru prawnego zarządzeń sądu podejmującego nadzór judykacyjny por. np. M. Pelc, *Nadzór*..., s. 82 i n.

[17] A. Marciniak, *Ustawa*..., s. 60. Por. również szerzej na temat relacji pomiędzy art. 758, 767 i 759 § 2 k.p.c. J. Misztal-Konecka, *Czy nadzór nad komornikiem w trybie art. 759 § 2 k.p.c. zawsze sprawuje sąd rejonowy, przy którym działa komornik?*, „Polski Proces Cywilny" 2018/3, s. 374–383 oraz M. Pelc, *Nadzór*..., s. 61–65.

[18] Dz.U. z 2004 r. Nr 172, poz. 1804.

art. 767[3] nie uległ zmianie od wersji projektowanej do wersji ostatecznej (uchwalonej przez Sejm RP), głównym celem była zmiana i usprawnienie trybu skargowego na czynności komornika[19]. Natomiast należy pamiętać, że obecne brzmienie art. 767[3] wynika z treści art. 2 pkt 65 ustawy z 10.07.2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny, ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw[20]. Zgodnie z wprowadzonymi zmianami, które weszły w życie z dniem 8.09.2016 r., ustawodawca zdecydował się na wyodrębnienie w ramach struktury normatywnej tego przepisu § 1 i § 2 oraz wykreślenie z jego części zwrotu: „chyba że uzna, iż zachodzą podstawy do podjęcia czynności na podstawie art. 759 § 2". Paragraf 2 przewiduje natomiast wskazanie na stosowanie art. 759 § 2 k.p.c. Przy czym wydaje się, że konstrukcja, którą posłużył się ustawodawca w art. 767[3] § 2 k.p.c. w sposób wyraźny nie tylko wskazuje na ten przepis, ale wręcz może wymuszać na sądzie jego zastosowanie. Świadczyć o tym musi tryb oznajmujący, który pozwala przyjąć, że przepis art. 759 § 2 k.p.c. należy stosować nie tylko w przypadku zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 767[3] § 1. Jak wynika z treści uzasadnienia do projektu ustawy, jej autorzy zaproponowali rezygnację z regulacji zawartej w art. 767[3] k.p.c., która zwalnia sąd z obowiązku odrzucenia skargi w razie stwierdzenia, że zachodzą podstawy do podjęcia czynności w trybie art. 759 § 2 k.p.c. W takim przypadku skarżący zostaje pozbawiony możliwości kwestionowania decyzji sądu opartej na ustaleniu, że zachodzą podstawy do odrzucenia skargi. Dlatego sąd w razie stwierdzenia takich podstaw, powinien wydać postanowienie o odrzuceniu skargi. Nie wyklucza to dopuszczalności stosowania art. 759 § 2 k.p.c.[21]

Jak można zauważyć na podstawie powyższych uwag, ustawodawca wprowadzając art. 767[3] k.p.c. czy to w brzmieniu z 2005 r., czy to w brzmieniu obowiązującym od 2016 r. kierował się przede wszystkim potrzebą zwrócenia uwagi sądu na konieczność badania nie tylko samej zaskarżonej w trybie art. 767 k.p.c. czynności, lecz także innych czynności podjętych przez komornika w danej sprawie egzekucyjnej. W doktrynie (A. Cudak) zwracano słusznie uwagę, jeszcze przed wejściem w życie nowelizacji z 2015 r. w omawianym wyżej zakresie, że z uprawnień przewidzianych w art. 759 § 2 k.p.c. sąd powinien korzystać przede wszystkim przy okazji rozpoznania skargi na czynności komornika, co więcej, przepis ten pozwala sądowi zbadać zaskarżoną czynność komornika nie tylko w ramach zarzutów podniesionych w skardze na czynności komornika, a więc umożliwia dokonanie kontroli innych, niezaskarżonych czynności komornika[22]. Relacja pomiędzy art. 767 a art. 759 § 2 k.p.c. na gruncie stanu prawnego obowiązującego przed 1.01.2019 r. wydaje się być właśnie za sprawą art. 767[3] § 2 k.p.c. przesądzona, tj. sąd jest zobowiązany nie tylko skupiać swoją uwagę na zaskarżonej czynności, lecz również badać całe postępowanie egzekucyjne, w tym czynności, które nie zostały zaskarżone[23].

---

[19] *Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw*, druk sejmowy nr 965, s. 22 (Sejm IV kadencji).
[20] Dz.U. z 2015 r. poz. 1311.
[21] *Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks cywilny, ustawy Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw*, druk sejmowy nr 2678, s. 31 (Sejm VII kadencji).
[22] A. Cudak, *Skarga na czynności komornika*, Sopot 2015, s. 147.
[23] Por. także J. Misztal-Konecka, *Czy nadzór*..., s. 380–381.

W kontekście powyższych rozważań, na uwagę zasługuje pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w uchwale z 18.07.2012 r.[24], zgodnie z którym stosownie do treści art. 767^3 k.p.c. w brzmieniu obowiązującym przed dniem wejścia w życie ustawy z 16.09.2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw[25], skarga na czynności komornika, od której nie uiszczono należnej opłaty, podlegała odrzuceniu, chyba że sąd uznał, iż zachodziła przyczyna podjęcia czynności na podstawie art. 759 § 2 k.p.c.

Wcześniej zaś, bowiem w uchwale z 23.05.2011 r.[26], SN również wskazał, że jeżeli sąd uzna, że skarga na czynności komornika wskazuje na uchybienia uzasadniające podjęcie działań na podstawie art. 759 § 2 k.p.c., nie odrzuca jej z przyczyn określonych w art. 767^3 k.p.c. W uzasadnieniu do tejże uchwały SN wyraźnie wskazał, że z treści powyższego art. 767^3 należy więc wysnuć wniosek, iż jeżeli skarga podlegałaby odrzuceniu, ale zawiera – co stwierdza sąd (*verbum legis*: uznaje) – elementy stanowiące podłoże i podstawę do podjęcia czynności przewidzianych w art. 759 § 2 k.p.c., to tracąc swoją bezpośrednią funkcję jurysdykcyjną, a więc środka zaskarżenia, zachowuje moc środka inicjującego czynności w ramach nadzoru judykacyjnego. Jak wskazuje przy tym SN, w opisanej sytuacji skarga na czynności komornika, pozbawiona – na skutek nieusuniętych lub nieusuwalnych wad – cech środka zaskarżenia unormowanego w art. 767 k.p.c. podlega konwersji; przekształca się w środek o charakterze pozajurysdykcyjnym stając się – ze skutkiem wstecznym, od chwili wniesienia – skierowanym przez stronę bezpośrednio do sądu zawiadomieniem o uzasadnionej potrzebie wydania komornikowi odpowiednich zarządzeń (por. także art. 3 ust. 2 pkt 4 ustawy z 29.08.1997 r. o komornikach sądowych i egzekucji[27]). Wobec tej konwersji, jak wskazuje SN w przytoczonej uchwale, orzekanie o odrzuceniu skargi po utracie przez nią jej cech i funkcji, jest więc – ze względu na brak substratu – bezzasadne, a nawet niemożliwe. Tak więc teza o niespójności systemu oraz o podważeniu zasad procesowych określających skutki wniesienia wadliwego lub niedopuszczalnego środka zaskarżenia, zdaniem SN, nie może być uznana za trafną.

Istotne problemy interpretacyjne sprawia niekiedy kwestia zaskarżalności postanowień sądu, wydanych w trybie omawianego tu przepisu, a w szczególności, czy zażalenie przysługuje również komornikowi, którego takie postanowienie dotyczy. W tym zakresie warto się odwołać do poglądu wyrażonego przez Z. Szczurka, który wskazuje, że o tym, czy na postanowienie sądu wydane na mocy art. 759 § 2 k.p.c. przysługuje zażalenie decyduje treść tego postanowienia. Jak wskazuje wyżej wymieniony autor, jeśli w postanowieniu tym sąd polecił komornikowi dokonanie określonej czynności egzekucyjnej, wówczas takie postanowienie nie podlega zaskarżeniu, a dopiero zaskarżeniu w trybie art. 767 k.p.c. podlega wykonanie przez komornika takiego polecenia[28]. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się na taki kierunek wykładni omawianego przepisu, zgodnie z którym komornik jest organem egzekucyjnym, a nie uczestnikiem (stroną) postępowania egzekucyjnego. Komornikowi nie przysługuje zatem prawo zaskarżania postanowień sądu wydawanych w postępowaniu

[24] III CZP 32/12, OSNC 2013/2, poz. 13.
[25] Dz.U. z 2011 r. Nr 233, poz. 1381.
[26] III CZP 11/12, OSNC 2012/10, poz. 118.
[27] Dz.U. z 1997 r. Nr 133, poz. 882.
[28] Z. Szczurek, *Egzekucja*..., s. 194.

egzekucyjnym. Jedynie na podstawie art. 770 zd. 4 k.p.c. komornikowi przysługuje zażalenie na postanowienie sądu w przedmiocie ustalenia kosztów egzekucji. Wymieniony przepis, jako wyjątkowy, nie stanowi podstawy wnoszenia przez komornika zażalenia na inne postanowienia sądu wydawane w postępowaniu egzekucyjnym[29].

Należy jednak pamiętać, że obecny kształt art. 770 k.p.c., a więc umieszczenie w jego strukturze normatywnej § 1–5 ma miejsce dopiero od 1.01.2019 r. za sprawą zmiany dokonanej przez prawodawcę na mocy art. 49 pkt 3 ustawy o kosztach komorniczych. W ocenie autorów tych zmian, zmiany w treści art. 770 i 770^1 k.p.c. mają na celu doprecyzowanie i uporządkowanie materii dotyczącej orzekania o kosztach postępowania egzekucyjnego[30]. Taki zabieg legislacyjny należy ocenić pozytywnie. Niezależnie od dokonanych zmian, należy zauważyć, że objęcie komornika przez ustawodawcę uprawnieniem do złożenia zażalenia na postanowienie sądu w trybie art. 770 k.p.c. nastąpiło po raz pierwszy za sprawą art. 95 pkt 3 ustawy o komornikach sądowych i egzekucji z 1997 r.[31]

W kontekście dopuszczalności zaskarżenia postanowienia wydanego w trybie art. 759 § 2 k.p.c. przez komornika decydujące znaczenie posiada art. 767 (4) § 1 k.p.c., który wyraźnie stanowi, że zażalenie na postanowienie sądu przysługuje w przypadkach wskazanych w ustawie. To właśnie treść cytowanego tu przepisu musi wyłączać odpowiednie stosowanie art. 394 (4) k.p.c. na zasadzie przewidzianej przez art. 13 § 2 k.p.c., na co słusznie wskazuje SN, dowodząc, że stosowanie „odpowiednie" oznacza w szczególności niezbędną adaptację (i ewentualnie zmianę niektórych elementów) normy do zasadniczych celów i form danego postępowania, jak również pełne uwzględnienie charakteru i celu danego postępowania oraz wynikających stąd różnic w stosunku do uregulowań, które mają być zastosowane[32].

Zasadniczym pytaniem pozostaje zatem kwestia dopuszczalności zaskarżalności przez komornika postanowienia, w którym sąd usuwając dostrzeżone uchybienia, uchyla postanowienie tegoż komornika, którego przedmiotem są koszty postępowania egzekucyjnego, a w szczególności – należne opłaty egzekucyjne. Skoro bowiem kierując się treścią art. 770 § 2 k.p.c. koszty postępowania egzekucyjnego ustala postanowieniem komornik wraz z ukończeniem postępowania egzekucyjnego, jeżeli przeprowadzenie egzekucji należy do niego, to zestawiając ten przepis z treścią art. 770 § 5 k.p.c. w zw. z art. 767 (4) § 1 k.p.c. wydaje się, że nie sposób przyjąć poglądu, zgodnie z którym prawo do zaskarżenia postanowienia sądu wydanego w trybie art. 759 § 2 k.p.c. miałoby komornikowi nie przysługiwać. Taki sposób wykładni wspomnianego art. 759 § 2 należałoby uznać wręcz za *contra legem*, jako w sposób bezpodstawny pomijający wyraźną wolę ustawodawcy, zgodnie z którą w opisywanej tu sytuacji na postanowienie sądu zażalenie przysługuje stronom, komornikowi oraz innej osobie, której to postanowienie dotyczy. Pogląd wyrażony w tym miejscu pozostaje przy tym aktualny zarówno na gruncie przepisów ustawy o komornikach sądowych i egzekucji z 1997 r., obowiązujących do 31.12.2018 r.,

[29] Por. postanowienie SN z 22.03.2007 r., III CZP 2/07, LEX nr 272471, które odwołuje się do dotychczasowego brzmienia art. 770 k.p.c., tj. sprzed nowelizacji tego przepisu z 2018 r.
[30] *Uzasadnienie*…, druk sejmowy nr 1581, s. 16.
[31] Por. rozważania na temat nowelizacji z 2018 r. oraz przegląd historyczny J. Studzińska, *Koszty egzekucji w świetle ustawy o kosztach komorniczych* [w:] *Analiza*..., s. 337 i n. Szerzej również na ten temat – por. A.G. Harla, *Nadzór*... [w:] *Analiza*..., s. 198–200.
[32] Postanowienie SN z 19.04.2012 r., IV CZ 153/11, LEX nr 1250770.

jak i na gruncie zarówno ustawy o komornikach, jak i ustawy o kosztach komorniczych. Niezależnie bowiem, czy w ramach omawianego zagadnienia przyjmuje się założenie, że opłaty egzekucyjne należą się wprost komornikowi (art. 43 ustawy o komornikach sądowych i egzekucji z 1997 r.), czy też przyjmuje się założenie, iż opłaty egzekucyjne stanowią niepodatkową należność budżetową, a komornikowi ma przysługiwać jedynie wynagrodzenie prowizyjne (art. 150 ust. 1 ustawy o komornikach sądowych), którego wysokość zależna jest od wysokości pobranych opłat (art. 150 ust. 2 pkt 1–5 oraz art. 150 ust. 2–3 ustawy o komornikach sądowych), to przecież w dalszym ciągu spełniany jest wymóg wynikający z treści art. 770 § 1 i 2 k.p.c. Obecnie bowiem, zgodnie z treścią art. 149 ust. 1 ustawy o komornikach sądowych, opłata egzekucyjna stanowi niepodatkową należność budżetową o charakterze publicznoprawnym pobieraną za czynności, o których mowa w art. 3 ust. 3 pkt 1 i 2 tejże ustawy, na zasadach określonych w ustawie o kosztach komorniczych[33]. Zasadnie ustawodawca zdecydował się na sformułowanie definicji legalnej opłaty egzekucyjnej. Taki zabieg legislacyjny może przyczynić się (oprócz m.in. art. 20 i 21 ustawy o kosztach komorniczych) do ujednolicenia orzecznictwa sądowego, procedowanego na podstawie art. 770 § 1–5 k.p.c., chociaż jak wskazuje M. Uliasz, ocena nowych regulacji w zakresie kosztów komorniczych będzie możliwa dopiero po upływie pewnego okresu obowiązywania ustawy, gdyż dopiero wówczas ujawni się skala problemów występujących w konkretnych sprawach[34].

Sąd Najwyższy w uchwale z 14.09.2016 r.[35], wyraził pogląd, zgodnie z którym komornikowi sądowemu nie przysługuje zażalenie na postanowienie sądu rejonowego uchylające postanowienie komornika o ustaleniu wysokości opłaty egzekucyjnej i przekazujące sprawę do ponownego rozpoznania. W uzasadnieniu do powyższej uchwały wyraźnie wskazano jednak m.in., że w art. 770 zd. 4 k.p.c. ustawodawca przyznał komornikowi legitymację do złożenia zażalenia na postanowienie sądu, mimo iż nie jest on stroną postępowania egzekucyjnego, lecz organem egzekucyjnym. Regulacja ta, w ocenie SN, podyktowana ochroną interesów finansowych komornika, ma charakter wyjątkowy i nie stanowi podstawy wnoszenia przez komornika zażalenia na inne postanowienia sądu wydawane w postępowaniu egzekucyjnym (zob. przywołane w uzasadnieniu do tegoż orzeczenia uchwały SN: z 9.06.1999 r.[36]; z 9.12.1999 r.[37] i z 26.10.2011 r.[38] oraz postanowienia SN: z 14.03.2000 r.[39], z 12.06. 2002 r.[40] i z 22.03.2007 r.[41] (przywołane tezy i orzeczenia pochodzą z uzasadnienia do postanowienia z 19.04.2012 r., IV CZ 153/11).

Wydaje się więc, że z powodów właśnie wynikających z potrzeby ochrony interesów finansowych komornika, zasadne jest, aby komornikowi miało też przysługiwać prawo do złożenia zażalenia na postanowienie sądu w trybie art. 759 § 2 k.p.c. w sytuacji, gdy dotyczy ono kosztów egzekucyjnych, a w szczególności zaś opłaty.

[33] Por. A. Mendrek, *Orzekanie o kosztach egzekucyjnych według ustawy o kosztach komorniczych* [w:] *Analiza*..., s. 483 i n.
[34] M. Uliasz, *Opłaty egzekucyjne według ustawy o kosztach komorniczych* [w:] *Analiza*..., s. 390.
[35] III CZP 37/16, LEX nr 2107075.
[36] III CZP 16/99, OSNC 1999/12, poz. 202.
[37] III CZP 31/99, OSNC 2000/5, poz. 84.
[38] III CZP 62/11, OSNC 2012/4, poz. 47.
[39] II CKN 496/00, OSNC 2000/9, poz. 168.
[40] III CZP 33/02, OSNC 2003/5, poz. 62.
[41] III CZP 2/07, niepubl.

Przyjęcie prezentowanego tu poglądu może służyć zwiększeniu nadzoru judykacyjnego, albowiem wskutek złożenia zażalenia na postanowienie sądu rejonowego sprawa trafia do sądu okręgowego, jako sądu drugiej instancji, co pozwoli w sposób dogłębny poddać ją analizie. Tym bardziej że w polskim systemie prawa w dalszym ciągu, pomimo zmian wprowadzonych z dniem 1.01.2019 r., komornik sądowy nie otrzymuje wynagrodzenia od sądu, lecz wynagrodzenie prowizyjne z tytułu pobranych opłat egzekucyjnych.

Należy także podnieść, że art. 759 § 2 k.p.c. nie może być uważany za podstawę do obniżania opłaty egzekucyjnej ustalonej postanowieniem komornika sądowego. Pogląd taki wyraził SN w uchwale z 26.10. 2016 r.[42] W uzasadnieniu do tejże uchwały SN wskazał, że nie ma podstaw do rozszerzającej interpretacji art. 759 § 2 k.p.c. i przyjęcia, iż wadliwe jest orzeczenie komornika o kosztach, co do którego istnieją przesłanki do miarkowania ich wysokości. Podobnie sąd nie ma kompetencji do wychodzenia ponad żądanie i dokonywania miarkowania w zakresie, w jakim wnioskodawca się tego nie domagał (art. 321 § 1 w zw. z art. 13 § 2 k.p.c.). Podmiot inicjujący postępowanie ma natomiast obowiązek wskazać, do jakiej wysokości opłata ma być obniżona i przedstawić uzasadnienie swojego stanowiska (art. 767 § 3 k.p.c. w zw. z art. 49 ust. 9 ustawy o kosztach w sprawach cywilnych). Podstawy do takiej ingerencji nie stanowi art. 759 § 2 w zw. z art. 767^3 § 2 k.p.c. i art. 49 ust. 9 ustawy o komornikach sądowych i egzekucji. Odpowiednie stosowanie art. 759 § 2 k.p.c. w postępowaniu zainicjowanym wnioskiem o obniżenie wysokości opłaty może dotyczyć jedynie sytuacji, w której sąd ustalił, że opłata została określona w sposób sprzeczny z przepisami ustawy o komornikach sądowych i egzekucji, a nie iż istnieją podstawy do jej miarkowania. W konsekwencji zdaniem Sądu Najwyższego należy opowiedzieć się za poglądem, że mechanizm kontroli judykacyjnej czynności komornika na podstawie art. 759 § 2 k.p.c. nie może polegać na obniżeniu z urzędu prawidłowo obliczonej opłaty stosunkowej.

Wydaje się, że pogląd wyrażony przez SN w przywołanej powyżej uchwale pozostaje w dalszym ciągu aktualny na gruncie przepisów ustawy o kosztach komorniczych, szczególnie, gdy weźmie się pod uwagę jej art. 48 ust. 1–5. Takie stanowisko jest tym bardziej uzasadnione na gruncie wykładni językowej i systemowej, bowiem podobnie jak w przypadku art. 49 ust. 7–10 ustawy o komornikach sądowych i egzekucji z 1997 r., ustawodawca nie zawarł w nowej regulacji odesłania do art. 759 § 2 k.p.c., chociaż art. 48 ust. 3 zawiera odesłanie do przepisów Kodeksu postępowania cywilnego. Gdyby ustawodawca chciał powiązać procedurę przewidzianą w art. 48 ustawy o kosztach komorniczych z opisaną w art. 759 § 2 k.p.c., wówczas zdecydowałby się na rozwiązanie polegające na odesłaniu do tego przepisu, tym bardziej, że jak to będzie opisane w dalszej części niniejszego artykułu, zarówno ustawa o komornikach sądowych, jak i ustawa o kosztach komorniczych zawiera przecież szereg tego typu odesłań. Tym bardziej że w ramach art. 48 ust. 3 tejże ustawy zawarte zostało odesłanie, poprzez nakaz odpowiedniego stosowania, do art. 767 i 767 (2) – 767 (4) k.p.c.[43]

[42] III CZP 63/16, LEX nr 2138151.

[43] M. Klonowski zauważa, że z uwagi na treść art. 49 ust. 1 ustawy o kosztach komorniczych nie wchodzi w rachubę obniżenie przez sąd opłaty egzekucyjnej z urzędu na podstawie odpowiednio stosowanego art. 759 § 2 k.p.c. – por. M. Klonowski [w:] *Ustawa o komornikach sądowych. Ustawa o kosztach komorniczych. Komentarz*, red. R. Reiwer, Warszawa 2019, s. 1068. Szerzej na temat zasad miarkowania opłat egzekucyjnych – por. ostatnio J. Studzińska, *Zasady miarkowania opłaty komorniczej w ustawie o kosztach komorniczych* [w:] *Komornicy sądowi i egzekucja w nowej rzeczywistości prawnej*, red. R. Kulski, Sopot 2019, s. 169 i n.

Zamiar i cele ustawodawcy w zakresie art. 48 ustawy o kosztach komorniczych (w projekcie był to art. 46) można odnaleźć wprost w uzasadnieniu do projektu ustawy, w którym wskazano na obowiązywanie (funkcjonowanie, istnienie) instytucji miarkowania opłaty na gruncie ustawy o komornikach sądowych i egzekucji z 1997 r., zaznaczając jednocześnie, że projektowane przepisy nie zmieniają jej charakteru. Utrzymano dotychczasowe przesłanki obniżenia opłaty, związane z nakładem pracy komornika oraz sytuacją majątkową strony obowiązanej do poniesienia opłaty. Z uwagi na to, że instytucja miarkowania opłaty ma charakter socjalny, przewidziano zwolnienie od opłat sądowych zarówno w odniesieniu do wniosku o obniżenie opłaty, jak i zażalenia albo skargi na orzeczenie referendarza sądowego w tych sprawach. Jest to rozwiązanie analogiczne, jak w przypadku wniosku o zwolnienie od kosztów sądowych i środków odwoławczych wnoszonych w ramach takiego postępowania[44].

3. Za sprawą art. 261 pkt 2 lit. a ustawy z 22.03.2018 r. o komornikach sądowych z dniem 1.01.2019 r. art. 759 § 2 k.p.c. otrzymał brzmienie: „Sąd wydaje z urzędu komornikowi zarządzenia zmierzające do zapewnienia należytego wykonania egzekucji oraz usuwa spostrzeżone uchybienia. Ocena prawna wyrażona przez sąd w ramach wydanych zarządzeń jest wiążąca dla komornika". Natomiast na mocy art. 261 pkt 2 lit. b powołanej wyżej ustawy, prawodawca postanowił rozszerzyć strukturę normatywną art. 759 k.p.c. dodając po § 2 przepis § 3, zgodnie z którym: „Sąd może zobowiązać komornika do składania sprawozdań z czynności podjętych w wyniku zarządzeń, o których mowa w § 2".

W uzasadnieniu do projektu ustawy autorzy proponowanych powyżej zmian wskazali, że w art. 759 § 2 k.p.c. wprowadzono zmiany przewidujące, iż sąd rejonowy nie tylko wydaje z urzędu komornikowi zarządzenia zmierzające do zapewnienia należytego wykonania egzekucji oraz usuwa spostrzeżone uchybienia, lecz również, że ocena prawna wyrażona przez sąd w ramach wydanych zarządzeń będzie wiążąca dla komornika. Rozwiązanie takie, jak można przeczytać w uzasadnieniu do projektu ustawy jest powieleniem instytucji uregulowanej w art. 386 § 6 k.p.c. Wzmocnieniem kontrolnej funkcji sądu jest możliwość zobowiązania komornika do składania sprawozdań z czynności podjętych w wykonaniu zarządzeń sądu[45]. Co ciekawe, prawodawca nie zdecydował się na odpowiednie stosowanie art. 386 § 6 k.p.c., chociaż taki rezultat mógł osiągnąć wprost, czy to za sprawą zawarcia stosownego odesłania w ramach art. 759 k.p.c., czy to za sprawą obowiązującego przecież w dalszym ciągu art. 13 § 2 k.p.c. Skoro zatem w uzasadnieniu do projektu ustawy mowa jest wręcz o „powieleniu", to należy zadać sobie pytanie, czy tego typu strategia legislacyjna nie powinna nasuwać wątpliwości w kontekście zasad prawidłowej legislacji i czy faktycznie nowe brzmienie przepisu stanowi właśnie powielenie, rozumiane tu jako powtórzenie dosłowne. Wydaje się, że rozstrzygnięcie tej wątpliwości może przynieść § 4 ust. 1 załącznika do rozporządzenia Prezesa Rady

[44] *Uzasadnienie…*, druk sejmowy nr 1581, s. 15.
[45] *Uzasadnienie*, druk sejmowy nr 1582, s. 38. Jak podaje A.G. Harla w przypadku nowego art. 759 § 3 k.p.c. można mówić o rozwiązaniu wzorowanym na art. 386 § 6 k.p.c. – por. A.G. Harla, *Nadzór*... [w:] *Analiza*..., s. 193 oraz uwagi i refleksje dodatkowe tegoż związane z nadzorem judykacyjnym, A.G. Harla, *Nadzór*... [w:] *Analiza*..., s. 195–201.

Ministrów z 20.06.2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej"[46], zgodnie z którym ustawa nie może powtarzać przepisów zamieszczonych w innych ustawach. Wprawdzie przepis ten nie wyłącza wprost możliwości powtarzania przepisów zamieszczonych w tej samej ustawie, ale jednak wydaje się, że zakaz taki powinien wynikac w szczególności z § 5 ZTP, zgodnie z którym przepisy ustawy redaguje się zwięźle i syntetycznie, unikając nadmiernej szczegółowości, a zarazem w sposób, w jaki opisuje się typowe sytuacje występujące w dziedzinie spraw regulowanych tą ustawą. Należy zauważyć, że z wysłowionego w przywołanym tu przepisie nakazu zwięzłości i syntetyczności wynika istotna konsekwencja, którą w sposób szczegółowy prawodawca opisał w ramach § 23 ust. 1–3 ZTP. Szczególnie, stosownie do treści § 23 ust. 1 w przepisach szczegółowych nie reguluje się tych spraw, które zostały wyczerpująco unormowane w przepisach ogólnych.

W doktrynie podkreśla się zatem, że powyższe rozwiązania zawarte w ramach ZTP mają służyć realizacji uściślenia i wypracowania prawidłowej relacji pomiędzy przepisami podstawowymi i przepisami modyfikującymi (modyfikatorami)[47]. Natomiast przestrzeganie zasad techniki prawodawczej ma zagwarentować zapewnienie prawidłowej korespondencji względem dyrektyw wykładni prawa, na co wskazuje doktryna, niezależnie od obowiązywania danego zbioru ZTP[48] jako mechanizmu sprzyjającego usystematyzowaniu i usprawnieniu procesu wykładni prawa.

Co więcej, realizacji postulatu uściślenia (rozumianego jako zwięzłości, skrótowości i syntetyczności) tekstu prawnego służy również wprost § 156 ust. 1 ZTP, zgodnie z którym jeżeli zachodzi potrzeba osiągnięcia skrótowości tekstu lub zapewnienia spójności regulowanych instytucji prawnych, to w akcie normatywnym można posłużyć się odesłaniami. Stosownie zatem do treści § 156 ust. 4 ZTP, jeżeli daną instytucję prawną reguluje się całościowo, a wyczerpujące wymienienie przepisów prawnych do których się odsyła nie jest możliwe, to można wyjątkowo odesłać do przepisów określonych przedmiotowo, jeśli przepisy te dadzą się w sposób niewątpliwy wydzielić spośród innych; przepis odsyłający formułuje się w postaci: „Do ... (określenie instytucji) stosuje się odpowiednio przepisy o ... (przedmiotowe określenie przepisów)". W tym względzie mogłoby się wydawać *prima facie*, że prawodawca szczególnie na gruncie art. 759 § 2 k.p.c. powinien posłużyć się właśnie zaleceniem zawartym w § 156 ust. 4 ZTP, względnie w § 156 ust. 2 ZTP. Tymczasem prawodawca zdecydował się, jak przynajmniej wskazano w uzasadnieniu do projektu ustawy, na powielenie rozwiązania przyjętego w ramach art. 386 § 6 k.p.c., który to przepis jak wiadomo jest zawarty w ramach części pierwszej – Postępowania rozpoznawczego – Księgi pierwszej – procesu – Działu V (Środki odwoławcze) Kodeksu postępowania cywilnego. Zgodnie z art. 386 § 6 k.p.c.: „Ocena prawna i wskazania co do dalszego postępowania wyrażone w uzasadnieniu wyroku sądu drugiej instancji wiążą zarówno sąd, któremu sprawa została przekazana, jak i sąd drugiej instancji, przy ponownym rozpoznaniu sprawy. Nie dotyczy to jednak wypadku, gdy nastąpiła zmiana stanu prawnego". Przepis ten był

[46] Dz.U. z 2016 r. poz. 283 – dalej ZTP.
[47] Por. tak zasadnie S. Wronkowska, M. Zieliński, *Komentarz do zasad techniki prawodawczej*, Warszawa 2004, s. 71–72.
[48] Por. w odniesieniu do ZTP z 1991 r. R. Piszko, *Zasady techniki prawodawczej w praktyce wykładni prawa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 2002/4, s. 23 i n.

przedmiotem szczegółowej analizy za sprawą poglądów przedstawicieli doktryny[49], jak również za sprawą orzecznictwa Sądu Najwyższego i sądów powszechnych. Jak wskazuje SN w wyroku z 15.05.2018 r.[50], zgodnie z art. 386 § 6 k.p.c. ocena prawna i wskazania co do dalszego postępowania wyrażone w uzasadnieniu wyroku sądu drugiej instancji wiążą zarówno sąd, któremu sprawa została przekazana, jak i sąd drugiej instancji przy ponownym rozpoznaniu sprawy. Ocena taka, zdaniem SN, jest uzależniona od skonkretyzowania wskazań co do dalszego postępowania oraz dotyczy stosowania i wykładni prawa materialnego oraz odniesienia się do takich zarzutów dotyczących prawa procesowego, co do których czynności sądu pierwszej instancji zostały już zakończone, trzeba też uwzględnić, że ostateczna subsumcja prawna może być dokonana tylko wówczas, gdy jest już w pełni ustalony stan faktyczny w danej sprawie.

Należy zwrócić uwagę, że nowa redakcja art. 759 § 2 k.p.c. nie może być traktowana w żaden sposób jako powielenie art. 386 § 6 k.p.c., jak mogłoby sugerować twierdzenie autorów projektu ustawy zawarte w przywołanej powyżej części uzasadnienia. Autorom zmian w zakresie przywołanego tu przepisu chodziło zapewne o jak największe zawężenie zakresu normowania odpowiedniego stosowania art. 386 § 6 k.p.c., w ramach instytucji nadzoru judykacyjnego w postępowaniu egzekucyjnym w celu wyeliminowania luzu decyzyjnego w tym zakresie[51]. Zapewne już wkrótce orzecznictwo sądów na gruncie nowego art. 759 § 2 k.p.c. wypracuje pewien model postępowania (orzekania) w oparciu o dotychczasowe doświadczenia, w tym poglądy doktryny, na gruncie art. 386 § 6 k.p.c. Powyższe może spowodować z kolei konieczność wejścia przez sądy rejonowe w rolę (czynności) sądu drugiej instancji, albowiem to właśnie takie zadania wydaje się stawiać ustawodawca sądom egzekucyjnym względem komorników sądowych. Dlatego też, przenosząc pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w wyżej przywołanym wyroku z 15.05.2018 r., II UK 120/17, należy wskazać, że przez wiążącą dla komornika ocenę prawną wyrażoną przez sąd w ramach wydawanych zarządzeń należy rozumieć w szczególności skonkretyzowane wskazania co do dalszego postępowania dotyczące stosowania i wykładni prawa materialnego oraz odniesienia do takich zarzutów dotyczących prawa procesowego (formalnego), co do których czynności komornika sądowego zostały już zakończone. Z tego też powodu wydaje się, że ustawodawca w sposób pośredni ostatecznie wyraził przekonanie o konieczności objęcia zakresem normowania art. 759 § 2 k.p.c. również prawomocnych postanowień komornika sądowego, w tym tych dotyczących kosztów egzekucyjnych.

Ustawodawca wprowadza zatem do systemu prawa egzekucji sądowej wiążącą wykładnię prawa, ale wiążącą, przynajmniej teoretycznie, tylko w ramach danego indywidualnie i konkretnie wskazanego stanu faktycznego i prawnego. Taki stan

[49] Por. np. M. Manowska [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. M. Manowska, Warszawa 2013, s. 631–632 wraz z powołaną tam literaturą.

[50] II UK 120/17, LEX nr 2549299.

[51] Jak wskazuje M. Klonowski, celem nowej regulacji ma być wyeliminowanie sytuacji, w której komornicy omijają zarządzenia nadzorcze sądu w ten sposób, że ponownie rozpoznając sprawę wydają orzeczenia uwzględniające inną wykładnię przepisów niż ta prezentowana przez sąd bądź też wydając kolejne rozstrzygnięcia dotyczące wcześniej badanych przez sąd zagadnień przyjmują wykładnię zakwestionowaną przez sąd – por. tak dosłownie M. Klonowski, *Ustawa...*, s. 759. Natomiast R. Reiwer wskazuje z kolei, że celem art. 759 § 2 i 3 k.p.c. w nowym brzmieniu jest, aby sąd mógł dopilnować wykonanie przez komornika dyspozycji wynikających z wydanego zarządzenia – por. R. Reiwer, *Ustawa...*, s. 472–473.

rzeczy pociąga za sobą jednak pewną konsekwencję, zgodnie z którą to właśnie sąd egzekucyjny będzie przejmować kontrolę nad postępowaniem egzekucyjnym, dokonując wiążącej dla organu egzekucyjnego wykładni przepisów prawa. W doktrynie wyrażono pogląd, że wprowadzona zmiana ma na celu wzmocnienie funkcji kontrolnej sądu nad komornikiem i jest wyrazem nieufności ustawodawcy do komorników[52].

Nowa regulacja – z jednej strony – wydaje się być korzystna dla systemu egzekucji sądowej, albowiem będzie służyć zwiększeniu kontroli nad działaniami (czynnościami egzekucyjnymi) komorników sądowych, natomiast z drugiej strony może służyć jako istotny instrument do rozstrzygania sytuacji spornych i trudnych pomiędzy samymi komornikami sądowymi (w sytuacji zbiegu egzekucji sądowych – art. 773^1 § 1–4 k.p.c.), jak również pomiędzy komornikami sądowymi a administracyjnymi organami egzekucyjnymi (w sytuacji zbiegu egzekucji sądowych z administracyjną art. 773 § 1–6 k.p.c.).

W zakresie instytucji zbiegu egzekucji sądowych należy zauważyć, że pomimo raczej niewielkiego stopnia skomplikowania redakcji art. 773^1 § 1–4 k.p.c. pod względem językowym zagadnienie to staje się niestety bardzo często źródłem (polem) sytuacji spornych (konfliktowych) pomiędzy komornikami sądowymi, których prowadzenie odbywać się musi ze szkodą dla wierzycieli w ramach postępowań egzekucyjnych. Nierzadko bowiem dzieje się tak, że komornicy sądowi spierają się między sobą o to, który z nich ma prowadzić dalszą egzekucję do tych samych rzeczy, wierzytelności lub praw tego samego dłużnika, co do których nastąpił zbieg. Chociaż art. 773^1 § 2 k.p.c. jednoznacznie rozstrzyga, że jeżeli żaden z komorników nie jest właściwy według przepisów niniejszego kodeksu lub właściwych jest kilku komorników, to komornik, który później wszczął egzekucję niezwłocznie przekazuje sprawę komornikowi, który pierwszy wszczął egzekucję, o czym zawiadamia wierzyciela, to jednak wątpliwości powstają w zakresie tego, czy przekazaniu podlega sprawa rozumiana jako postępowanie egzekucyjne czy też tylko część tego postępowania, a więc jedynie egzekucja prowadzona z konkretnego składnika majątku dłużnika. Sytuacje konfliktowe (sporne) mogą generować też, niekiedy jedynie subiektywne przeświadczenia komorników sądowych o własnej właściwości do prowadzenia egzekucji z danego składnika majątku dłużnika. Sytuację może komplikować również wprowadzenie do danego „sporu o pierwszeństwo w ramach zbiegu egzekucji" zagadnienia dalszego tytułu wykonawczego[53].

Natomiast z dniem 8.09.2016 r. za sprawą art. 2 pkt 68 ustawy z 10.07.2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny, ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw ustawodawca zdecydował się na rezygnację z kontroli i rozstrzygania przez sąd w zakresie zbiegu egzekucji sądowych z egzekucjami administracyjnymi. Dotychczas bowiem stosownie do treści art. 773 § 1 k.p.c.

[52] Por. A. Cudak, *Zmiany w przepisach o skardze na czynności komornika obowiązujące do 1 stycznia 2019 r.* [w:] *Analiza...*, s. 561–562.

[53] O istocie, konsekwencjach i skutkach zbiegu egzekucji sądowej i administracyjnej por. J. Olszanowski, *Zbieg...*, s. 193–197. Por. także J. Olszanowski [w:] J. Olszanowski, P. Ostojski, W. Piątek, *Egzekucja administracyjna świadczeń pieniężnych*, Wrocław 2018, s. 146–164. Wypada wskazać w tym miejscu, że stosownie do treści art. 793 k.p.c., w razie potrzeby prowadzenia egzekucji na rzecz kilku osób lub przeciwko kilku osobom albo z kilku składowych części majątku tego samego dłużnika, sąd oprócz pierwszego tytułu wykonawczego może wydawać dalsze tytuły, oznaczając cel, któremu mają służyć i ich liczbę porządkową. Analogicznie, problematyka objęta art. 793 k.p.c. pozostaje aktualna także na gruncie art. 773 k.p.c.

w przypadku zbiegu egzekucji administracyjnej i sądowej co do tej samej rzeczy lub prawa majątkowego, administracyjny organ egzekucyjny i komornik byli zobowiązani wstrzymać czynności egzekucyjne na wniosek wierzyciela, dłużnika lub z urzędu i przekazać akta egzekucji administracyjnej i egzekucji sądowej sądowi rejonowemu, w którego okręgu wszczęto egzekucję w celu rozstrzygnięcia, który organ egzekucyjny – sądowy czy administracyjny – ma dalej prowadzić w trybie właściwym dla danego organu łącznie egzekucje z tej rzeczy lub prawa majątkowego, do którego nastąpił zbieg egzekucji. Z kolei sąd wydawał postanowienie (w terminie 14 dni, przy czym termin ten był uważany za instrukcyjny, przez co bardzo rzadko był przez sąd przestrzegany), biorąc pod uwagę stan każdego z postępowań egzekucyjnych, a jeżeli były one w równym stopniu zaawansowane, to wysokość egzekwowanych należności i kolejność ich zaspokojenia, równocześnie postanawiając, jakie już dokonane czynności egzekucyjne miały pozostać w mocy. Powyższa procedura nie znajdowała zastosowania w przypadku, gdy egzekucja sądowa była prowadzona na podstawie tytułu wykonawczego, o którym mowa w art. 783 § 4 k.p.c., gdyż wówczas łączne prowadzenie egzekucji przejmował komornik. Zmiana, która weszła w życie z dniem 8.09.2016 r. spowodowała wprowadzenie niemal analogicznej reguły do tej przewidzianej w art. 773^1 § 2 k.p.c., gdyż obecnie w przypadku zbiegu egzekucji sądowej i administracyjnej do tej samej rzeczy albo prawa majątkowego egzekucje do tej rzeczy lub prawa majątkowego prowadzi łącznie ten sądowy albo administracyjny organ egzekucyjny, który jako pierwszy dokonał zajęcia, a w razie niemożności ustalenia tego pierwszeństwa – organ egzekucyjny, który dokonał zajęcia na poczet należności w wyższej kwocie[54].

Odejście od zasady orzekania przez sądy (lub referendarzy sądowych) w zakresie zbiegu egzekucji opisanej w art. 773 k.p.c. spowodowało, że przestrzeń w tym zakresie została wypełniona przez działalność komorników sądowych i administracyjnych organów egzekucyjnych. Należy zaznaczyć, że zmiana w opisanym powyżej zakresie była oceniana przez jej autorów jako idąca w kierunku zapewnienia sprawności i efektywności egzekucji, z tych powodów należało w ich ocenie odstąpić od sądowego modelu rozstrzygania o zbiegu egzekucji i wprowadzić ustawowy model rozstrzygania o zbiegu[55]. Jak bowiem wskazano w projekcie ustawy zmieniającej m.in. art. 773 k.p.c., konieczność każdorazowego rozstrzygania o zbiegu przez sąd lub referendarza sądowego i dalsze czynności z tym związane znacznie opóźniają postępowania egzekucyjne i miały stanowić istotne obciążenie dla sądów. Dodatkowym mankamentem obowiązującego wówczas rozwiązania było to, że w chwili powstania zbiegu zachodziła konieczność wstrzymania czynności egzekucyjnych przez obydwa organy egzekucyjne. Należy dodać, że niektóre rozwiązania proponowane w niniejszym projekcie mogą spowodować częstsze korzystanie z niektórych sposobów egzekucji (np. elektroniczne zajęcie rachunku bankowego), co może zwiększyć liczbę zbiegów egzekucji[56]. Wydaje się jednak, że aktualne brzmienie art. 773 § 1 k.p.c. może również nasuwać szereg wątpliwości, które mogą generować sytuacje trudne, w efekcie czego szkodę może ponosić

[54] J. Olszanowski, *Zbieg*..., s. 177–184.
[55] *Uzasadnienie*..., druk sejmowy nr 2678, s. 32.
[56] *Uzasadnienie*..., druk sejmowy nr 2678, s. 32 oraz uwagi na s. 33.

wielrzyciel. Rozstrzygnięcie tego typu sytuacji może powodować konieczność ingerencji sądów w ramach art. 759 § 2 k.p.c.[57], dlatego też rozwiązanie przyjęte w ramach tego przepisu należy ocenić jako idące w kierunku realizacji wskazanych wyżej celów ustawodawcy, tym bardziej że została wprowadzona zasada wiążącego charakteru wykładni dokonanej przez sąd.

Jak już wyżej wskazano, powyższe wątpliwości interpretacyjne na gruncie zbiegu egzekucji mogą prowadzić do sytuacji spornych i trudnych, niekiedy niesprzyjających budowaniu poprawnych relacji w ramach samego samorządu komorniczego, których rozstrzygnięcia można oczekiwać właśnie na gruncie art. 759 § 2 k.p.c., głównie za sprawą nowego brzmienia tego przepisu, który wprowadza wiążący charakter wykładni dokonanej na mocy orzeczeniu sądu wydanego w trybie omawianego przepisu. Oprócz tego wydaje się, że rozwiązanie przyjęte na gruncie nowego brzmienia art. 759 § 2 może sprzyjać uporządkowaniu kwestii doktrynalnych na gruncie wykładni operatywnej odnośnie do poszczególnych mechanizmów w ramach systemu egzekucji sądowej. Taki stan rzeczy wynika bowiem z nałożenia na sąd przez ustawodawcę w sposób pośredni obowiązku sformułowania oceny prawnej w odniesieniu przecież do zastanych stanów faktycznych, dotyczących funkcjonowania poszczególnych aspektów egzekucji sądowych (sposobów jej prowadzenia, czynności egzekucji, przestrzegania zasad ich wykonywania, w tym terminów itp.). Oznacza to, że sąd, przeciwnie niż miało to miejsce przed 1.01.2019 r., będzie zmuszony do jeszcze głębszej analizy przedłożonego materiału dowodowego z uwagi na konieczność sformułowania w ramach zarządzeń wydanych w trybie art. 759 § 2 k.p.c. rozstrzygającej i wiążącej oceny prawnej.

Co warte podkreślenia, to wprowadzenie przez ustawodawcę w ramach art. 759 § 2 k.p.c. zmiany polegającej na zastąpieniu zwrotu „sąd może z urzędu wydawać" oraz „usuwać" odpowiednio w ramach art. § 2 zd. 1 zwrotami „sąd wydaje z urzędu" oraz „usuwa". Ustawodawca w ten sposób odchodzi od zezwolenia na rzecz nakazu, albowiem zastępuje dotychczasową fakultatywność obligatoryjnością dokonania czynności, o czym świadczy wprowadzenie do omawianego tu przepisu trybu oznajmującego, którego celem jest nie tylko samo wysłowienie kompetencji sądu do dokonania czynności w sposób i w zakresie wskazanym w tym przepisie, lecz również wyrażenie wprost nakazu skorzystania z tej kompetencji[58]. Z tego też powodu przepis art. 759 § 2 k.p.c. należy uznać za kompetencyjny przepis zrębowy[59]. Wydaje się, że w ten sposób ustawodawca chciał uzyskać wzmocnienie prewencyjnego i represyjnego zakresu oddziaływania wyrażonej w tym przepisie normy kompetencyjnej.

Konsekwencją zmiany wprowadzonej w ramach art. 759 § 2 k.p.c. jest, jak już wyżej wskazano w przypadku § 3, możliwość zobowiązania komornika do składania sprawozdań z czynności podjętych w wyniku zarządzeń, o których mowa w § 2. W tym miejscu również należy się odwołać do powyżej poczynionych ustaleń, zakładając

[57] Na temat zastosowania art. 759 § 2 k.p.c. (w brzmieniu sprzed 1.01.2019 r.) na gruncie art. 773 i 773[1] k.p.c., por. J. Olszanowski, *Zbieg*..., s. 106–110.

[58] Por. M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2010, s. 117. Pogląd o zastąpieniu zasady fakultatywności zarządzenia sądu zasadą obligatoryjności wyraża także A.G. Harla, *Nadzór*... [w:] *Analiza*..., s. 193–194.

[59] Zgodnie z terminologią zaproponowaną przez M. Zielińskiego, *Wykładnia*…, s. 116–117, por. przypis 57.

przy tym językową i systemową racjonalność ustawodawcy. Należy bowiem podnieść, że o ile w przypadku normy wyrażonej w art. 759 § 2 k.p.c. ustawodawca nakazał sądowi korzystać z przyznanej kompetencji, o tyle już w ramach § 3 pozostawił w tym względzie dowolność, czyniąc tę czynność fakultatywną. Wydaje się, że może to być oceniane na płaszczyźnie konsekwencji (racjonalności) prawodawcy, albowiem o ile w przepisie poprzedzającym § 3 stwarza on obligatoryjną sytuację kompetencyjną, o tyle już w omawianym tu przepisie stwarza sytuację fakultatywną, co może czynić w ten sposób całą procedurę ujmowaną łącznie w ramach § 2 i 3 nierównoważną wewnętrznie za sprawą posługiwania się operatorami „nakazu" i „dozwolenia". Skoro bowiem ustawodawca z jednej strony nakazuje sądowi wydawać zarządzenia w trybie omawianego tu przepisu, których immamentną częścią może być przecież zarówno wydawanie z urzędu komornikowi zarządzeń zmierzających do zapewnienia należytego wykonania egzekucji oraz jednoczesne usuwanie spostrzeżonych uchybień, to tym bardziej składanie sprawozdań z czynności podjętych w wyniku zarządzeń powinno być obligatoryjne, a nie fakultatywne. Takie stanowisko wydaje się być tym bardziej zasadne, gdy weźmie się pod uwagę wprowadzenie do art. 759 § 2 zdania drugiego, w którym wskazuje się na wiążący charakter oceny prawnej wyrażonej w ramach zarządzenia sądu. Oprócz tego należy zwrócić uwagę, wstępnie jedynie, że ustawodawca zawarł w ramach ustawy o komornikach sądowych wiele odesłań do art. 759 k.p.c., co oznacza, że przypisuje temu przepisowi istotną funkcję i znaczenie w ramach systemu nadzoru nad komornikami, co tym bardziej powinno powodować koncekwencję funkcjonalną w relacji między § 2 i 3 art. 759 k.p.c.[60]

Na marginesie art. 759 § 3 k.p.c. wypada poczynić jeszcze jedno spostrzeżenie. Otóż ustawodawca nie określił w przywołanym tu przepisie katologu podmiotów, którym komornik jest zobowiązany przedłożyć sprawozdanie – w przypadku, gdy nałożony zostanie na ten organ tego typu obowiązek. Wydaje się jednak, że komornik sądowy ma składać sprawozdanie w szczególności sądowi egzekucyjnemu, który nakłada nań tego typu obowiązek. Jednakże, omawiany przepis prawa nie zawiera żadnej przesłanki negatywnej, która pozwoliłaby wykluczyć, aby w ramach postanowienia wydanego w trybie art. 759 § 2 i 3 k.p.c. sąd mógł nałożyć obowiązek składania sprawozdania również na ręce prezesa sądu rejonowego, przy którym dany komornik prowadzi kancelarię komorniczą. Co więcej, wydaje się, że sprawozdanie tego typu może być też przedłożone stosownym organom i podmiotom upoważnionym wprost przez przepisy ustawy o komornikach sądowych do inicjowania postępowania, o którym mowa w art. 759 § 2 k.p.c. Taki sposób rozumienia art. 759 § 3 k.p.c. pozostawałby w logicznej i funkcjonalnej konsekwencji (korespondencji) z przepisami ustawy o komornikach sądowych (np. art. 166 ust. 3, art. 166 ust. 6, art. 175 ust. 2 pkt 2, art. 183 ust. 1 pkt 3), jak również byłoby czynnikiem wpływającym na transparentność i usprawnienie m.in. nadzoru administracyjnego ze strony prezesa sądu rejonowego (nadzoru odpowiedzialnego), a także czynności i zadań innych podmiotów lub osób.

[60] Por. szerzej na temat uprawnień i obowiązków prezesa sądu rejonowego, okręgowego i apelacyjnego J. Gołaczyński, *Nadzór prezesów sądów rejonowych, okręgowych i apelacyjnych nad komornikami* [w:] *Analiza*…, s. 151 i n. Por. także ostatnio G. Julke, *Nadzór prezesa sądu rejonowego nad komornikiem sądowym* [w:] *Komornicy*..., s. 63 i n., jak również Z. Woźniak, *Nadzór prezesa sądu okręgowego i apelacyjnego nad komornikiem sądowym* [w:] *Komornicy*..., s. 77 i n.

Wydaje się, że celem ustawodawcy, poprzez wprowadzenie zmian w ramach art. 759 k.p.c. za sprawą zmiany brzmienia § 2 i dodania § 3 było wzmocnienie tej części nadzoru judykacyjnego sądu nad komornikiem sądowym, która za sprawą redakcji przepisu posiada charakter prewencyjny (gdy jest mowa o wydawaniu zarządzeń/poleceń) i represyjny (gdy jest mowa o usuwaniu spostrzeżonych uchybień). Natomiast wprowadzenie możliwości nałożenia przez sąd na komornika sądowego obowiązku składania sprawozdań z wykonania zarządzeń ma zapewne wpływać na urealnie i uskutecznienie nadzoru judykacyjnego sprawowanego przez sąd[61].

4. Ustawa o komornikach sądowych zawiera szereg odesłań do art. 759 § 2 k.p.c. W tym względzie należy wskazać na przypadki, w których ustawodawca zdecydował się na bezpośrednie odesłanie do omawianego przepisu w ramach tego aktu normatywnego.

Pierwsze odesłanie do omawianego przepisu zawiera art. 3 ust. 5, który stanowi:

> „Na czynności komornika, o których mowa w ust. 4 pkt 1 i 2, przysługuje skarga do sądu rejonowego. Przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego, w szczególności art. 759 § 2 i art. 767–767(4), stosuje się odpowiednio. Zażalenie na postanowienie sądu nie przysługuje, z wyjątkiem postanowień w przedmiocie kosztów komorniczych".

Wskazany tu przepis, a szczególnie jego zdanie trzecie, stanowi konsekwencję zasady wyrażonej w art. 770 § 5 k.p.c. Oprócz tego należy wskazać, że, jak słusznie zauważa B. Falkowski, ustawodawca w art. 3 ust. 5 zdanie pierwsze pominął możliwość skorzystania ze skargi na czynność komornika dla czynności nieegzekucyjnej sprawowania urzędowego nadzoru nad dobrowolnymi publicznymi licytacjami, z przybiciem najniższej lub najwyższej oferty[62]. Pojawia się jednak pytanie, czy czynność wskazana w art. 3 ust. 4 pkt 3 (dobrowolna publiczna licytacja) jest objęta zakresem normowania art. 759 § 2 k.p.c. Wydaje się, że w tym zakresie, podobnie jak w odniesieniu do skargi na czynności komornika, należy udzielić również odpowiedzi negatywnej. Jak wskazuje R. Reiwer, odpowiednie stosowanie przywołanych w tym miejscu przepisów Kodeksu postępowania cywilnego może mieć miejsce tylko do wymienionych w art. 4 pkt 1 i 2 czynności nieegzekucyjnych[63].

Drugie odesłanie do art. 759 § 2 k.p.c. ustawodawca zawarł w art. 166 ust. 1 ustawy o komornikach, który stanowi:

> „W ramach nadzoru judykacyjnego komornik przy wykonywaniu czynności podlega orzeczeniom sądu, w tym wydanym w trybie art. 759 § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego".

Wskazany tu przepis wysławia nawiązanie do art. 165 ust. 1 ustawy o komornikach sądowych, który stanowi, że nadzór nad komornikami obejmuje nadzór

[61] Nie kryje tego zresztą R. Reiwer – por. szerzej R. Reiwer, *Ustawa*..., s. 471–472.
[62] Por. tak B. Falkowski [w:] *Ustawa o komornikach sądowych. Ustawa o kosztach komorniczych. Komentarz*, red. M. Simbierowicz, M. Świtkowski, Warszawa 2018, s. 43.
[63] R. Reiwer [w:] *Ustawa*..., s. 26.

judykacyjny, nadzór administracyjny oraz nadzór wewnętrzny samorządu komorniczego, przy czym zgodnie z art. 165 ust. 2 tejże ustawy ustawodawca zdecydował się na jednoznaczne rozdzielenie nadzoru administracyjnego od judykacyjnego, wskazując że ten pierwszy nie może wchodzić w zakres drugiego. Należy zauważyć, że ustawodawca, chyba po raz pierwszy, zdecydował się na wyraźne normatywne podkreślenie konieczności ujmowania czynności sądu w ramach art. 759 § 2 k.p.c. jako czynności w ramach nadzoru judykacyjnego. Przepis art. 166 ust. 2–6 zawiera szereg wskazówek w zakresie stosowania instytucji nadzoru judykacyjnego w trybie art. 759 § 2 i 3 k.p.c. i wydaje się, że w taki sposób powinien być traktowany. Chociaż należy zauważyć, że wskazane tutaj przepisy wydają się znajdować zastosowanie również w stosunku do art. 767–767(4) k.p.c. Tym bardziej że jak już wcześniej wskazano, ustawodawca w art. 3 ust. 5 ustawy o komornikach sądowych zestawia art. 759 § 2. Taki stan rzeczy może być postrzegany jako brak konsekwencji systemowej ze strony ustawodawcy, szczególnie że skarga na czynności komornika mieści się w ramach nadzoru judykacyjnego[64].

Oprócz tego spostrzeżenia na płaszczyźnie zasad techniki prawodawczej może budzić takie uszczegółowienie zarówno art. 759 § 2 i 3, jak i art. 767–767(4) k.p.c. na gruncie aktu normatywnego posiadającego charakter niższej rangi względem Kodeksu postępowania cywilnego. W tym kontekście należy jedynie wskazać na treść art. 166 ust. 5 ustawy o komornikach sądowych, który stanowi wyłączenie możliwości orzekania w zakresie, o którym mowa w art. 166 ust. 4 tejże ustawy. Taki zapis w akcie rangi niższej, niż kodeks, szczególnie w kontekście zapisów wynikających z art. 759 § 1^1 k.p.c., wydaje się być dyskusyjny, chociaż niebudzący aktualnie zasadniczych kontrowersji[65]. Wypada w tym miejscu przypomnieć, że ustawodawca w ramach właśnie tego przepisu już wcześniej rozstrzygnął o tym, z wyłączeniem których czynności mogą być wykonywane przez referendarzy sądowych czynności zastrzeżone dla sądu. Tymczasem zmiany legislacyjne, które weszły w życie w ramach art. 261 pkt 2 dotyczyły właśnie art. 759 § 2 (lit. a) i dodania § 3 (lit. b).

Niemniej jednak do wskazówek, o których wyżej mowa, można zaliczyć następujące przepisy ustawy o komornikach sądowych:

- art. 166 ust. 2 („W przypadku stwierdzenia oczywistego naruszenia prawa przez komornika sąd sygnalizuje ten fakt prezesowi właściwego sądu rejonowego");
- art. 166 ust. 3 („Odpisy zarządzeń wydanych w trybie art. 759 § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego sąd przesyła prezesowi właściwego sądu rejonowego. W przypadku stwierdzenia uchybień mniejszej wagi lub jeżeli wydane zarządzenia dotyczą kwestii organizacyjno-technicznych przepisu zdania pierwszego nie stosuje się");
- art. 166 ust. 4 („Sąd, rozpoznając sprawę w ramach nadzoru judykacyjnego, w przypadku stwierdzenia rażącej obrazy przepisów, niezależnie od innych uprawnień, wytyka uchybienie komornikowi. Przed wytknięciem uchybienia sąd poucza komornika o możliwości złożenia na piśmie

[64] Por. szerzej A.G. Harla, *Nadzór*... [w:] *Analiza*..., s. 191–193 oraz literatura powołana w przypisie 60.
[65] B. Falkowski wskazuje, że przepis ten został prawidłowo umieszczony w ramach instytucji wytyku, a nie w ramach art. 759 k.p.c., gdyż dotyczy uprawnienia wynikającego z tej ustawy, a nie z Kodeksu postępowania cywilnego (por. B. Falkowski [w:] *Ustawa*..., s. 394).

wyjaśnień w terminie 7 dni. Wytknięcie uchybienia wymaga uzasadnienia. W przypadku gdy uchybienie wytknął sąd rejonowy, a sprawa, w której wytknięto uchybienie, była przedmiotem postępowania odwoławczego, sąd okręgowy może z urzędu zmienić treść wytknięcia lub je uchylić");

– art. 166 ust. 6 („Odpis postanowienia, zawierającego wytknięcie uchybienia, przesyła się prezesowi właściwego sądu rejonowego, radzie właściwej izby komorniczej, Krajowej Radzie Komorniczej oraz Ministrowi Sprawiedliwości. Do odpisu postanowienia dołącza się także złożone przez komornika wyjaśnienia. Odpis postanowienia wraz z wyjaśnieniami Minister Sprawiedliwości dołącza do akt osobowych komornika").

W ramach przywołanych tu przepisów ustawy o komornikach sądowych, ustawodawca posługuje się w zdecydowanej większości trybem oznajmującym, co oznacza, że przepisy te mają charakter przepisów kompetencyjnych, jednakże posiadających funkcję modyfikującą względem art. 759 § 2 oraz art. 767–767(4) k.p.c. i z tego powodu powinny być określane jako modyfikatory względem wskazanych przepisów zrębowych zawartych z kolei w Kodeksie postępowania cywilnego.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że ustawodawca wprowadził do ustawy o komornikach sądowych w ramach zagadnienia nadzoru judykacyjnego zwroty nieostre i niedookreślone, tj. „oczywiste naruszenie prawa" (art. 166 ust. 2), „uchybienia mniejszej wagi" (art. 166 ust. 3) czy też „rażąca obraza przepisów" (art. 166 ust. 4). Zwroty te nie zostały przez ustawodawcę w sposób legalny wyjaśnione (w szczególności za pomocą definicji legalnej, co wydaje się oczywiste zważywszy na to, że są to zwroty – co do zasady – trudne do zdefiniowania, na poziomie generalnym i abstrakcyjnym, natomiast ich wykładnia możliwa jest jedynie w ramach indywidualnie i konkretnie wskazanego stanu faktycznego), co oznacza że sądy orzekając na podstawie wskazanych przepisów będą się musiały kierować poglądami doktryny oraz tezami wynikającymi z wykładni dokonywanej przez Sąd Najwyższy[66]. Jak zauważa przy tym M. Klonowski, istnieje zasadnicza różnica pomiędzy „oczywistym" naruszeniem prawa a „oczywistym i rażącym" naruszeniem prawa. Według tego autora można wręcz mówić o pewnej gradacji naruszeń prawa. Oczywiste naruszenie prawa to zatem taka sytuacja, która nie budzi żadnych wątpliwości sądu, a treść naruszonego przepisu nie dopuszcza rozbieżności interpretacyjnych. Jak twierdzi przywołany tu autor oczywiste naruszenie prawa można ocenić za pomocą podstawowych zasad wykładni prawa. Natomiast rażące naruszenie prawa, według wyrażonej opinii, posiada kwalifikowany charakter i powinno być oceniane przez pryzmat nie tylko konkretnych przepisów prawa, lecz także skutków społeczno-gospodarczych[67]. Pogląd tak wyrażony zdaje się zakładać w swej istocie, dopuszczalność posługiwania się jedynie podstawowymi dyrektywami wykładni prawa w odniesieniu do przypadku oczywistego naruszenia prawa, natomiast dopiero przypadek oczywistego i rażącego zarazem naruszenia prawa pociągać ma za sobą „ocenę przez pryzmat konkretnych przepisów". Wydaje się,

[66] Por. szerzej na ten temat ostatnio J. Misztal-Konecka, *Stwierdzenie oczywistego naruszenia prawa przez komornika sądowego* [w:] *Komornicy*..., s. 93 i n.
[67] Por. M. Klonowski [w:] *Ustawa*..., s. 491 i n.

że pogląd ten wymaga doprecyzowania na gruncie współczesnych rozważań o wykładni prawa[68]. Wydaje się także, że każdy przypadek (zarówno „oczywisty", jak i „oczywisty i rażący") pociąga za sobą konieczność jego oceny przez pryzmat konkretnych przepisów.

W tym względzie przykładowo należy wskazać, że oczywiste naruszenie prawa według poglądu SN wyrażonego na gruncie nieobowiązującego już art. 393 § 2 k.p.c. ma charakter kwalifikowany, w tym sensie iż przekracza miarę „zwykłego" naruszenia prawa stanowiącego zazwyczaj wystarczającą podstawę innych środków odwoławczych. Wymaga się tu naruszenia prawa w stopniu „oczywistym", czyli rażącego, widocznego na pierwszy rzut oka, bez potrzeby zagłębiania się w sprawę[69]. Jak wskazuje w innym miejscu SN, oczywistość naruszenia prawa (art. 393 § 2 k.p.c.) powinna być rozumiana jako widoczna, bez pogłębionej analizy sprzeczność wykładni lub stosowania prawa z jego brzmieniem albo powszechnie pojętymi regułami interpretacji[70]; oczywiste naruszenie prawa przez zaskarżony wyrok jest możliwe do przyjęcia tylko wówczas, gdy jest ono z góry widoczne dla każdego prawnika, bez potrzeby głębszej analizy prawniczej[71]; gdy jest zupełnie pewne i nie może ulegać żadnej wątpliwości[72]; gdy jest niewątpliwie sprzeczne z zasadniczymi i niepodlegającymi różnej wykładni przepisami prawa[73]. Co więcej, Sąd Najwyższy w jednym ze swoich orzeczeń podnosi, że w ramach oczywistego naruszenia prawa należy wyraźnie wykazać przepisy, których uchybienie spowodować miało oczywiste naruszenie prawa i w czym owo naruszenie się przejawia. W tym względzie należy przytoczyć argumenty świadczące o tym, że naruszenie prawa nosi znamiona oczywistości. Pojęcie „oczywistości" mieści się w sferze obiektywnej i łączy się z powinnością wykazania, że określone przepisy zostały naruszone w sposób zauważalny, bez dokonywania głębszej analizy tekstu tych przepisów i bez doszukiwania się ich znaczenia[74].

Wydaje się, że w ramach prawidłowej wykładni, czy dane uchybienie jest mniejszej wagi czy też większej wagi, konieczne jest odwołanie się do poglądów wyrażonych przez Sąd Najwyższy oraz próba analizy tego pojęcia za pomocą wszystkich dyrektyw wykładni prawa.

Na gruncie egzekucji sądowej powinien zwracać uwagę dla celów poglądowo-odwzorowujących art. 991 § 1 k.p.c., w którym mowa jest, z jednej strony, o naruszeniu przepisów prawa, a z drugiej strony – o uchybieniach, które posiadają istotny wpływ na wynik przetargu. Wydaje się, że przez uchybienie większej wagi należy rozumieć

[68] „Współcześnie można uznać, że do dobra wspólnego wchodzi takie podejście do wykładni, wedle którego z wykładnią (interpretacją) mamy do czynienia w każdym przypadku rozumienia tekstu prawnego. Jest to stanowisko w pełni spójne z koncepcjami językoznawczymi i kulturoznawczymi. Stanowisko, zgodnie z którym wykładni podlegają tylko teksty budzące wątpliwość (przedstawiane swego czasu przez J. Wróblewskiego), spotyka się współcześnie z radykalną krytyką, przeciwko której nie przedstawiono dotąd kontrargumentów" – por. M. Zieliński, O. Bogucki, A. Choduń, S. Czepita, B. Kanarek, A. Municzewski, *Zintegrowanie polskich koncepcji wykładni prawa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologioczny" 2009/4, s. 25.

[69] Postanowienie SN z 8.07.2004 r., II UK 70/04, LEX nr 1614910.

[70] Postanowienia SN: z 26.02.2001 r., I PKN 15/01, OSNAPiUS 2002/20, poz. 494; z 17.10.2001 r., I PKN 157/01, OSNP 2003/18, poz. 437.

[71] Por. orzeczenie SN z 8.06.1934 r., C III 76/34, Zb. Orz. 1935/I, poz. 15.

[72] Por. orzeczenie SN z 25.09.1934 r., C II 1532/34, Zb. Orz. 1935/III, poz. 98.

[73] Por. orzeczenie SN z 30.01.1963 r., II CZ 3/63, OSPiKA 1963/11, poz. 286. Postanowienie z 8.07.2004 r., II PK 70/04 – przywołane w przyp. 69–72 orzeczenia i tezy pochodzą z uzasadnienia tegoż postanowienia.

[74] Postanowienie z 30.11.2005 r., I CK 325/05, LEX nr 491462.

takie naruszenie przepisów prawa, które z jednej strony posiada wpływ na rezultat dokonanej czynności egzekucyjnej, a z drugiej strony – w sposób istotny wywiera wpływ na prawa i obowiązki dłużnika lub wierzyciela albo innych uczestników prowadzonego postępowania egzekucyjnego. Jak wskazuje przykładowo Sąd Najwyższy do uchybień można zaliczyć m.in. wadliwości postępowania powstałe przed licytacją[75], niezawiadomienie dłużnika o terminie licytacji[76] czy też naruszenie prawa dłużnika[77].

W kontekście „rażącej obrazy przepisów prawa" należy wskazać, że doskonałym przykładem do zobrazowania sposobu rozumienia tego zwrotu może być jego postrzeganie na gruncie odpowiedzialności dyscyplinarnej sędziego. Jak wskazuje SN, obraza przepisów prawa jest oczywista, gdy błąd jest łatwy do stwierdzenia, został popełniony w odniesieniu do określonego przepisu, mimo że znaczenie tego przepisu nie powinno nasuwać wątpliwości nawet u osoby o przeciętnych kwalifikacjach prawniczych, a jego zastosowanie nie wymaga głębszej analizy. Natomiast rażący charakter tejże obrazy, zdaniem SN, należy odnosić do jej skutków ocenianych na tle konkretnych okoliczności, gdy popełniony błąd narusza istotne interesy stron bądź innych osób biorących udział w postępowaniu lub powoduje zagrożenia dla dobra wymiaru sprawiedliwości[78]. Z tego punktu widzenia, w kontekście przywołanego tu stanowiska SN wydaje się, że czynność egzekucyjna dokonana przez komornika sądowego będzie w sposób rażący obrażać przepisy prawa wtedy, gdy popełniony błąd naruszy istotne interesy stron bądź innych osób biorących udział w postępowaniu lub powoduje zagrożenia dla dobra wymiaru sprawiedliwości.

Przywołanie powyżej orzeczenia Sądu Najwyższego właśnie w sprawie dyscyplinarnej nie jest przypadkowe, jeżeli zwróci się uwagę na treść uzasadnienia projektu ustawy o komornikach sądowych, albowiem wówczas możliwe jest dostrzeżenie w sposób pełny celu i zamiarów ustawodawcy, zdaniem którego nowa regulacja daje sądowi możliwość wytknięcia uchybień w przypadku stwierdzenia, że czynności komornika zostały dokonane z oczywistą i rażącą obrazą przepisów. Instytucja ta, jak można przeczytać w uzasadnieniu do projektu ustawy – nowa w przypadku komorników, jest wzorowana na rozwiązaniach przyjętych w ustawie – Prawo o ustroju sądów powszechnych. W konsekwencji np. dwukrotne wytknięcie uchybienia będzie miało wpływ na przysługujące komornikowi prawa korporacyjne w ramach samorządu komorniczego[79].

Niezależnie od powyższych ustaleń, z uwagi na wejście w życie przywołanych przepisów w dniu 1.01.2019 r. wydaje się, że linia orzecznicza lub wypracowanie pewnego sposobu ich rozumienia i wykładni będzie możliwe dopiero po upływie pewnego czasu. Z tej perspektywy czasowej będzie dopiero również możliwa ocena, czy posłużenie się przez prawodawcę zwrotami nieostrymi i niedookreślonymi będzie mogła być ocenione pozytywnie, a więc czy zastosowana redakcja przepisów przysłuży się do sprawnego procedowania w ramach nadzoru judykacyjnego.

---

[75] Postanowienie SN z 21.12.1999 r., III CKN 707/99, LEX nr 529713.
[76] Postanowienie SN z 20.12.2000 r., V CKN 1634/00, LEX nr 548821.
[77] Postanowienie SN z 12.04.2001 r., II CKN 1376/00, LEX nr 1168697.
[78] Wyroki Sądu Najwyższego – Sądu Dyscyplinarnego z 11.12.2014 r., SNO 61/14, niepubl.; z 27.06.2002 r., SNO 18/02, OSNSD 2002/z. I/II, poz. 9. Wyrok z 17.04.2015 r., SNO 20/15, LEX nr 1666911 – przywołane orzeczenia pochodzą z uzasadnienia tegoż wyroku. Por. także szerzej J. Misztal-Konecka, *Stwierdzenie*..., s. 93 i n.
[79] Tak dosłownie w: *Uzasadnienie*…, druk sejmowy nr 1582, s. 32.

Kolejnym miejscem w ramach, którego ustawodawca odwołuje się do art. 759 § 2 k.p.c. jest bez wątpienia art. 169 ust. 1 ustawy o komornikach sądowych. Zgodnie z tym przepisem:

> „Osoby powołane do sprawowania nadzoru nad działalnością komorników oraz organy nadzoru administracyjnego w każdym czasie mają prawo wglądu w czynności komorników, mogą żądać przedstawienia akt, wyjaśnień oraz w przypadku stwierdzenia uchybień mogą wystąpić do sądu o wydanie zarządzenia w trybie art. 759 § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego".

Prawidłowa wykładnia przywołanego przepisu wymaga uwzględnienia w szczególności art. 167 ust. 1–3, które to przepisy wskazują organy nadzoru administracyjnego (minister sprawiedliwości, prezesi właściwych sądów rejonowych, okręgowych i apelacyjnych). Słusznie zwraca uwagę A. Grajewski, gdy wskazuje że ze strony Ministerstwa Sprawiedliwości nie każdy pracownik ministerstwa ma prawo wglądu do akt egzekucyjnych, albowiem z uwagi na treść art. 172 ust. 3 ustawy o komornikach sądowych prawo to przysługuje sędziom, referendarzom i prokuratorom delegowanym do tegoż ministerstwa[80]. Celem tego przepisu jest bezspornie przede wszystkim bieżące i niezwłoczne reagowanie na dostrzeżone w ramach tego rodzaju nadzoru uchybienia komorników sądowych. Jest to też instrument mający na celu sprawne wzajemne oddziaływanie nadzoru administracyjnego na nadzór judykacyjny w sensie inicjującym procedowanie w trybie art. 759 § 2 k.p.c. Przy czym należy zwrócić uwagę na to, że ustawodawca odchodzi w tym miejscu od koncepcji przyjętej w ramach omawianego przepisu, a zakładającej działanie sądu z urzędu. Wydaje się, że przepis ten (art. 169 ust. 1) w sposób jednoznaczny dopuszcza właśnie wszczęcie procedury, o której mowa w art. 759 § 2 k.p.c. na wniosek ministra sprawiedliwości lub innych organów nadzoru administracyjnego (prezesi sądów), o czym świadczy zwrot: „mogą wystąpić do sądu o wydanie zarządzenia". Nie ma tu już mowy, jak to miało miejsce w przypadku dawnego art. 3 ust. 2 pkt 4 ustawy o komornikach sądowych i egzekucji, o „zawiadomieniu sądu o potrzebie". W takim przypadku zatem sąd, przy którym działa komornik, podejmuje działania w trybie art. 759 § 2 k.p.c. na wniosek, a nie z urzędu, jak mogłaby na to wskazywać wyłącznie językowa wykładnia tego przepisu[81]. Należy w tym miejscu wskazać również na pogląd wyrażony przez A. Grajewskiego, zgodnie z którym sformułowanie „osoby powołane do sprawowania nadzoru nad działalnością komorników" ma obejmować też upoważnionego sędziego, o którym mowa w art. 170 ust. 1 ustawy, sędziów, prokuratorów i referendarzy, o których mowa w art. 172 ust. 3 ustawy oraz Krajową Radę Komorniczą i komorników wizytatorów[82].

[80] A. Grajewski [w:] *Ustawa*..., s. 399 i 403. Szerzej por. także M. Klonowski, *Ustawa*..., s. 505–506.

[81] Jak wskazuje jednak J. Misztal-Konecka, w przypadku prezesa sądu rejonowego jest to zawiadamianie o potrzebie wydania zarządzenia, natomiast nadzór prezesa nie może wkraczać w zakres podlegający nadzorowi judykacyjnemu – por. J. Misztal-Konecka, *Nadzór prezesów sądów powszechnych nad komornikami sądowymi* [w:] *Analiza*…, s. 111 i 115. Na temat nadzoru sprawowanego przez ministra sprawiedliwości – por. P. Rączka, *Nadzór administracyjny Ministra Sprawiedliwości nad komornikami sądowymi* [w:] *Komornicy*..., s. 47 i n.

[82] A. Grajewski [w:] *Ustawa*..., s. s. 400. Podobnie M. Klonowski [w:] *Ustawa*..., s. 504–505.

Ustawodawca zawarł odesłanie do art. 759 § 2 k.p.c. również w ramach art. 175 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy o komornikach sądowych. Przepisy te stanowią, że:

„Uprawnienia nadzorcze prezesa właściwego sądu rejonowego obejmują:
1) zawiadamianie sądu o potrzebie wydania komornikowi zarządzeń w trybie art. 759 § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego;
2) badanie prawidłowości realizacji zarządzeń sądu wydanych w trybie art. 759 § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego".

Przywołany powyżej przepis wysławia niektóre uprawnienia nadzorcze prezesa sądu rejonowego, których wykonywanie ustawodawca powierzył temu organowi w ramach instytucji nadzoru administracyjnego. Uprawnienia, o których tu mowa powinny być postrzegane ściśle w ramach okoliczności (przesłanek) wymienionych w ramach art. 175 ust. 1 pkt 1–9 i jego urzeczywistnienia w postaci zapisów wynikających z art. 176 ust. 1–6.[83] Natomiast na gruncie przywołanego powyżej przepisu (art. 175 ust. 2 pkt 1 i 2) można sformułować następujące spostrzeżenia i uwagi.

Po pierwsze, ustawodawca w ramach art. 175 ust. 2 pkt 1 wyraźnie mówi o tym, że prezes sądu rejonowego może zawiadomić sąd o potrzebie wydania komornikowi zarządzeń w trybie art. 759 § 2 k.p.c., co może sugerować, iż sąd ten działa z urzędu, natomiast jak już wcześniej wskazano, z kolei w art. 169 ust. 1 mowa jest o występowaniu do sądu o wydanie zarządzenia. Taka właśnie redakcja przepisów może nasuwać istotne spostrzeżenia na gruncie wykładni językowej i systemowej, chyba że ten właśnie organ, tj. prezesa sądu rejonowego należałoby uznać jako podmiot wyłączony z zakresu normowania art. 169 ust. 1, czyli przejaw nadzoru odpowiedzialnego (art. 175 ust. 1). Wydaje się jednak, że taki sposób postrzegania uprawnienia prezesa sądu rejonowego byłby oczywiście nie do pogodzenia z zamiarem ustawodawcy, który wyposażył tenże organ w szczególne uprawnienia, słusznie zakładając iż posiadać on będzie orientację w zagadnieniu funkcjowania i działalności poszczególnych komorników sądowych prowadzących kancelarię komorniczą przy tym sądzie rejonowym[84].

Po drugie, prezes sądu rejonowego, jako organ sprawujący administracyjny nadzór odpowiedzialny, został upoważniony do badania prawidłowości realizacji zarządzeń sądu wydanych w trybie art. 759 § 2 k.p.c. W tym miejscu po raz kolejny nie sposób nie dostrzec fakultatywnego charakteru obowiązku, o którym mowa w art. 759 § 3 k.p.c. Ustawodawca, z nieznanych bliżej przyczyn, zdecydował się na zastosowanie w ramach tego przepisu sformułowania „sąd może zobowiązać komornika do składania sprawozdań", co w praktyce może powodować, że sądy wydające zarządzenia nie we wszystkich przypadkach będą korzystać z przysługującego im uprawnienia (kompetencji). Tymczasem wydaje się, że zastosowanie

[83] Por. literaturę przywołaną w ramach przypisu 81.
[84] Por. K. Gołaszewski [w:] *Ustawa*..., s. 524–528. Przy czym autor ten wyraźnie wskazuje właśnie na zwracanie się do sądu z wnioskami w trybie art. 167 ustawy o komornikach sądowych, co może wskazywać, że rozróżnia on sytuację „zawiadomienia sądu o potrzebie wydania komornikowi zarządzeń", wskazaną w art. 175 ust. 2 pkt 1 tejże ustawy – por. tak na s. 525. Szerzej na tamat nadzoru prezesów sądów nad komornikiem por. literaturę przywołaną w przypisie 60.

przez ustawodawcę trybu oznajmującego zamiast dozwalającego przemawiałoby za wzmocnieniem wykonywania przez prezesa sądu rejonowego tej części administracyjnego nadzoru odpowiedzialnego, o której mowa jest właśnie w art. 175 ust. 2 pkt 2 ustawy o komornikach sądowych[85].

Ostatnim bodaj miejscem, w którym ustawodawca zawarł bezpośrednie odesłanie do art. 759 § 2 k.p.c. jest art. 183 ust. 1 pkt 3 ustawy o komornikach sądowych. Przepis ten stanowi:

> „W ramach zlecenia, o którym mowa w art. 174 ust. 1, sędziemu wizytatorowi przysługują uprawnienia do: (...) 3) kontrolowania wykonania zarządzeń wydanych w trybie art. 759 § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego".

Przywołany powyżej przepis pozostaje w istotnej relacji z art. 174 ust. 1 ustawy, który umożliwia organom nadzoru administracyjnego, z wyłączeniem prezesa sądu rejonowego, a więc *de facto* ministrowi sprawiedliwości, prezesowi sądu okręgowego i prezesowi sądu apelacyjnego zlecić sędziemu wizytatorowi przeprowadzenie wizytacji lub lustracji w określonej kancelarii lub zbadanie toku postępowania w konkretnej sprawie. Może to być zatem nadzór szeroki, obejmujący kancelarię komorniczą i całość prowadzonych przez danego komornika spraw (lub tylko sprawy danego typu lub rodzaju) albo nadzór wąski zakreślony jedynie do konkretnej sprawy, rozumianej jako konkretne postępowanie egzekucyjne. Należy zauważyć, że czynności sędziego wizytatora można określić jako posiadające niekiedy wtórny charakter, jeżeli weźmie się pod uwagę kontrolowanie wykonania zarządzeń wydanych w trybie art. 759 § 2 k.p.c. Jednakże, taka właśnie forma kontroli może się okazać jedyną w szczególności wtedy, gdy sąd odstąpi od nałożenia na komornika sądowego obowiązku, o którym mowa w art. 759 § 3 k.p.c.[86]

5. Tytułem podsumowania należy podkreślić, że pomimo wskazanych wyżej pewnych spostrzeżeń i uwag, zmiany, które weszły w życie za sprawą wskazanej na wstępie ustawy o komornikach sądowych z dniem 1.01.2019 r. będą zapewne oceniane jako ważny i znaczący krok w kierunku zwiększenia nadzoru nad komornikami sądowymi. Ocena skutków wprowadzonych zmian oraz ich funkcjonowanie (procedowanie) w praktyce będzie możliwa dopiero po upływie pewnego czasu, w którym dane przepisy będą stosowane w praktyce. Tym bardziej, że wprowadzone zmiany dotyczą, jak już wyżej wskazano nie tylko samego art. 759 § 2 k.p.c., lecz także zakładają wprowadzenie szeregu nieznanych dotychczas egzekucji sądowej w Polsce rozwiązań. Wystarczy tylko wskazać, że sam art. 759 § 2 k.p.c. był przywoływany przez prawodawcę w ramach przepisów ustawy o komornikach sądowych i egzekucji z 1997 r. w zasadzie tylko w dwóch przypadkach (art. 3 ust. 2 pkt 4 i art. 65

[85] Zob. przypis 84.

[86] Jak wskazuje P. Dzienis, rozwiązanie przyjęte w art. 183 ust. 1 pkt 3 ustawy o komornikach sądowych ma służyć pośrednio też nadzorowi judykacyjnemu, ponieważ w założeniu działalność wizytatora powinna poprawiać pracę komornika. Co więcej, autor ten wskazuje, że kontrola wykonania zarządzeń dotyczy nie tylko spraw, w których o ich wydanie wystąpił sędzia wizytator, lecz może dotyczyć wszystkich spraw (por. szerzej P. Dzienis [w:] *Ustawa*..., s. 549–550).

ust. 4), gdy tymczasem za sprawą wejścia w życie nowej ustawy o komornikach sądowych tych odesłań jest, jak już wyżej wskazano, znacznie więcej. Można śmiało powiedzieć, że niewątpliwie za sprawą wejścia w życie nowej ustawy o komornikach sądowych uszczegółowienia doznał nadzór judykacyjny ze strony sądu, m.in. poprzez doprecyzowanie zasad stosowania art. 759 § 2 i art. 767–767 (4) k.p.c. Nie należy jednak zapominać, że nadzór ten, a ściślej rzecz biorąc jego mechanizmy prewencyjne i represyjne, są skierowane przeciwko osobom podejmującym działania niezgodne z prawem lub mające na celu jego obejście, nie zaś wobec osób, które w sposób rzetelny i odpowiedzialny, nierzadko w trudnych warunkach, podejmują na co dzień ważne z punktu widzenia polskiego systemu prawa cywilnego czynności. Trudno wyobrazić sobie dzisiaj funkcjonowanie systemu prawa cywilnego bez komornika sądowego.

Jednakże wydaje się, że znaczącym kierunkiem na drodze usprawnienia nadzoru judykacyjnego będzie wejście w życie z dniem 1.01.2020 r. art. 297 pkt 1 i 2 ustawy o komornikach sądowych, a więc przepisów dotyczących wydziałów egzekucyjnych. Dopiero zatem z pewnej perspektywy czasowej będzie możliwa pełna i rzetelna ocena funkcjonowania i realizacji założeń wynikających z nowej ustawy.

Abstract

Łukasz Kondratko, *Judicial Supervision over Court Enforcement Officers. Several Remarks by Way of an Aside to Article 759(2) and (3) of the Code of Civil Procedure*

On 1 January 2019 the Polish system of court enforcement underwent major changes as the Act of 22 March 2018 on Court Enforcement Officers (Polish official journal Dz.U. 2018, item 771 as amended) and the Act of 28 February 2018 on Costs of Court Enforcement Officers (Dz.U. 2018, item 770 as amended) entered into force. This way, pursuant to Article 305 of the Act on Court Enforcement Officers, the Act of 29 August 1997 on Court Enforcement Officers and on Enforcement (Dz.U. 2017, items 1277, 1343, 1452 and 1910; 2018, item 398) was repealed. The two new statutes are commonly referred to as the statutes on court enforcement officers.

This article is an attempt to show the essence and the consequences of the amendments that were introduced in Article 759 of the Code of Civil Procedure, namely change of the wording of para. 2 of this article, and the insertion of para. 3. In this regard, the author provides a certain comparative and historical perspective on the aforementioned provision, presenting its amendments in the span of the last over 20 years. Additionally, some views expressed by legal scholars in this field are indicated and an attempt is made to indicate the first views of legal scholars and practitioners from the period after the adoption and entry into force of the aforementioned statutes on court enforcement officers. The reader should observe that these voices came from both persons who had influence on the new provisions and from the Academic and Training Centre of the National Council of Court Enforcement Officers, or from court enforcement officers themselves. The narrative is supported by selected judgments of the Supreme Court from the period 1999–2018.

The amendments that entered into force on 1 January 2019 because of the Act on Court Enforcement Officers, as mentioned in the introduction, will certainly be seen as an important and significant step towards tighter supervision over court enforcement officers. The author ends this article by expressing the view that a significant step towards more efficient judicial supervision will be made on 1 January 2020, when Article 297 (1) and (2) of the Act on Court Enforcement Officers will enter into force. These provisions concern

enforcement divisions. Therefore, it is only after the lapse of some time that a full and reliable assessment of the functioning of the new statute and the implementation of the underpinning assumptions will be possible.

Keywords: *judicial enforcement, Code of Civil Procedure, court enforcement officer, costs of court, enforcement officers, legislation, Minister of Justice, supervision over judicial enforcement, administrative supervision, judicial supervision, amending statute, enforcement authority, district court president, regional court president, complaint concerning measures taken by a court, enforcement officer, court enforcement system, supervisory ordinance*

Streszczenie

Łukasz Kondratko, *Nadzór judykacyjny nad komornikiem sądowym. Kilka uwag na marginesie art. 759 § 2 i 3 Kodeksu postępowania cywilnego*

Z dniem 1.01.2019 r. polski system egzekucji sądowej doznał zasadniczych zmian za sprawą wejścia w życie przepisów ustawy z 22.03.2018 r. o komornikach sądowych (Dz.U. z 2018 r. poz. 771 ze zm.) i ustawy z 28.02.2018 r. o kosztach komorniczych (Dz.U. z 2018r. poz. 770 ze zm.). W ten sposób, zgodnie z art. 305 ustawy o komornikach sądowych utraciła moc ustawa z 29.08.1997 r. o komornikach sądowych i egzekucji (Dz.U. z 2017 r. poz. 1277, 1343, 1452 i 1910 oraz z 2018 r. poz. 398). Nowe ustawy określa się powszechnie mianem przepisów komorniczych.

Celem niniejszego artykułu jest próba ukazania istoty i konsekwencji wynikających ze zmian, które miały miejsce w ramach art. 759 Kodeksu postępowania cywilnego, poprzez zmianę brzmienia jego § 2, jak również za sprawą dodania po nim § 3. W tym względzie wskazano na pewną perspektywę porównawczo-historyczną wskazanego przepisu prawa, w kontekście zmian mających miejsce na przestrzeni ostatnich przeszło 20 lat. Oprócz tego, wskazano na niektóre poglądy doktryny w tym zakresie, oraz podjęto próbę wskazania na pierwsze głosy doktryny i praktyki mające miejsce już po uchwaleniu i wejściu w życie wyżej wskazanych ustaw komorniczych. Należy odnotować, że chodzi tu o głosy zarówno ze strony osób mających wpływ na kształt nowych przepisów, jak i ze strony Ośrodka Naukowo-Szkoleniowego przy Krajowej Radzie Komorniczej czy samego środowiska komorniczego. Narracja poparta została wybranymi orzeczeniami Sądu Najwyższego z lat 1999–2018.

Zmiany, które weszły w życie za sprawą wskazanej na wstępie ustawy o komornikach sądowych z dniem 1.01.2019 r. będą zapewne oceniane jako ważny i znaczący krok w kierunku zwiększenia nadzoru nad komornikami sądowymi. Autor niniejszego artykułu wyraża przy tym końcową opinię, że kolejnym etapem na drodze usprawnienia nadzoru judykacyjnego będzie wejście w życie z dniem 1.01.2020 r. art. 297 pkt 1 i 2 ustawy o komornikach sądowych, a więc przepisów dotyczących wydziałów egzekucyjnych. Dopiero zatem z pewnej perspektywy czasowej będzie możliwa pełna i rzetelna ocena funkcjonowania i realizacji założeń wynikających z nowej ustawy.

Słowa kluczowe: *egzekucja sądowa, Kodeks postępowania cywilnego, komornik sądowy, koszty komornicze, legislacja, minister sprawiedliwości, nadzór nad egzekucją sądową, nadzór administracyjny, nadzór judykacyjny, nowelizacja, organ egzekucyjny, prezes sądu rejonowego, prezes sądu okręgowego, skarga na czynności komornika, system egzekucji sądowej, zarządzenie nadzorcze*

Literatura:

1. Bieżuński M., Bieżuński P., *Ustawa o komornikach sądowych i egzekucji. Komentarz*, Warszawa 2011;
2. Cudak A., *Skarga na czynności komornika*, Sopot 2015;
3. Cudak A., *Zmiany w przepisach o skardze na czynności komornika obowiązujące do 1 stycznia 2019 r.* [w:] *Analiza i ocena ustawy o komornikach sądowych oraz ustawy o kosztach komorniczych*, red. A. Marciniak, Sopot 2018;
4. Dalka S., Świeczkowski J., *O prewencyjnym nadzorze judykacyjnym sądu nad komornikiem według art. 759 § 2 Kodeksu postępowania cywilnego,* Przegląd Prawa Egzekucyjnego 2004, nr 3–4;
5. Gołaczyński J. (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Postępowanie zabezpieczające i egzekucyjne. Komentarz*, Warszawa 2012;
6. Gołaczyński J., *Nadzór prezesów sądów rejonowych, okręgowych i apelacyjnych nad komornikami* [w:] *Analiza i ocena ustawy o komornikach sądowych oraz ustawy o kosztach komorniczych*, red. A. Marciniak, Sopot 2018;
7. Harla A.G., *Nadzór judykacyjny nad komornikiem sądowym według ustawy o komornikach sądowych* [w:] *Analiza i ocena ustawy o komornikach sądowych oraz ustawy o kosztach komorniczych*, red. A. Marciniak, Sopot 2018;
8. Jankowski J. [red.] *Kodeks postępowania cywilnego. Postępowanie egzekucyjne. Komentarz do art. 758–1088,* Warszawa 2011;
9. Julke G. *Nadzór prezesa sądu rejonowego nad komornikiem sądowym* [w:] *Komornicy sądowi i egzekucja w nowej rzeczywistości prawnej*, red. R. Kulski, Sopot 2019;
10. Knypl Z., Marchel Z., *Komentarz do ustawy o komornikach sądowych i egzekucji*, Sopot 2013;
11. Manowska M., *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2013;
12. Marciniak A., *Ustawa o komornikach sądowych i egzekucji. Komentarz*, Warszawa 2010;
13. Marciniak A., *Sądowe postępowanie egzekucyjne*, Warszawa 2011;
14. Mendrek A., *Orzekanie o kosztach egzekucyjnych według ustawy o kosztach komorniczych* [w:] *Analiza i ocena ustawy o komornikach sądowych oraz ustawy o kosztach komorniczych*, red. A. Marciniak, Sopot 2018;
15. Misztal-Konecka J., *Nadzór prezesów sądów powszechnych nad komornikami sądowymi* [w:] *Analiza i ocena ustawy o komornikach sądowych oraz ustawy o kosztach komorniczych*, red. A. Marciniak, Sopot 2018;
16. Misztal-Konecka J., *Czy nadzór nad komornikiem w trybie art. 759 § 2 k.p.c. zawsze sprawuje sąd rejonowy, przy którym działa komornik?*, Polski Proces Cywilny 2018, nr 3;
17. Misztal-Konecka J., *Stwierdzenie oczywistego naruszenia prawa przez komornika sądowego* [w:] *Komornicy sądowi i egzekucja w nowej rzeczywistości prawnej*, red. R. Kulski, Sopot 2019;
18. Olszanowski J., *Zbieg egzekucji w sądowym i administracyjnym postępowaniu egzekucyjnym*, Warszawa 2016;
19. Olszanowski J., Ostojski P., Piątek W., *Egzekucja administracyjna świadczeń pieniężnych*, Wrocław 2018;
20. Pelc M., *Nadzór judykacyjny nad komornikiem sądowym w Niemczech*, Polski Proces Cywilny 2018, nr 3;
21. Pelc M., *Nadzór judykacyjny nad komornikiem sądowym w Polsce i w Niemczech*, Sopot 2019;
22. Piszko R., *Zasady techniki prawodawczej w praktyce wykładni prawa*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 2002, nr 4;
23. Rączka P. *Nadzór administracyjny Ministra Sprawiedliwości nad komornikami sądowymi* [w:] *Komornicy sądowi i egzekucja w nowej rzeczywistości prawnej*, red. R. Kulski, Sopot 2019;
24. Reiwer R., *Ustawa o komornikach sądowych. Ustawa o kosztach komorniczych. Komentarz*, Warszawa 2019;

25. Rzewuski M., *Dopuszczalność zmiany przez sąd prawomocnego postanowienia komornika, wadliwie ustalającego wysokość opłaty egzekucyjnej. Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 19 kwietnia 2007 r., sygn. III CZP 16/07*, Monitor Prawniczy 2010, nr 6;
26. Simbierowicz M., Świtkowski M., *Ustawa o komornikach sądowych. Ustawa o kosztach komorniczych. Komentarz*, Warszawa 2018;
27. Studzińska J., *Koszty egzekucji w świetle ustawy o kosztach komorniczych* [w:] *Analiza i ocena ustawy o komornikach sądowych oraz ustawy o kosztach komorniczych*, red. A. Marciniak, Sopot 2018;
28. Studzińska J., *Zasady miarkowania opłaty komorniczej w ustawie o kosztach komorniczych* [w:] *Komornicy sądowi i egzekucja w nowej rzeczywistości prawnej*, red. R. Kulski, Sopot 2019;
29. Szczurek Z., *Egzekucja sądowa w prawie polskim*, Sopot 2015;
30. Świeczkowski J., *Granice nadzoru judykacyjnego sądu sprawowanego nad komornikiem w trybie art. 759 § 2 Kodeksu postępowania cywilnego*, Przegląd Prawa Egzekucyjnego 2007, nr 4;
31. Uliasz M., *Opłaty egzekucyjne według ustawy o kosztach komorniczych* [w:] *Analiza i ocena ustawy o komornikach sądowych oraz ustawy o kosztach komorniczych*, red. A. Marciniak, Sopot 2018;
32. Woźniak Z. *Nadzór prezesa sądu okręgowego i apelacyjnego nad komornikiem sądowym* [w:] *Komornicy sądowi i egzekucja w nowej rzeczywistości prawnej*, red. R. Kulski, Sopot 2019;
33. Wronkowska S., Zieliński M., *Komentarz do zasad techniki prawodawczej*, Warszawa 2004;
34. Zedler F., *Postępowanie zabezpieczające i egzekucyjne. Komentarz*, t. 2, *Postępowanie egzekucyjne (art. 758–843 Kpc)*, Toruń 1995;
35. Zieliński M., Bogucki O., Choduń A., Czepita S., Kanarek B., Municzewski A., *Zintegrowanie polskich koncepcji wykładni prawa*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 2009, nr 4;
36. Zieliński M., *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2010.

PRAWO W DZIAŁANIU
SPRAWY CYWILNE
40/2019
DOI: 10.32041/pwd.4008

Mirosława Pytlewska*

System Losowego Przydziału Spraw jako gwarancja bezstronnego prawa do sądu w kontekście zaleceń Unii Europejskiej**

UWAGI WPROWADZAJĄCE

Sprawy, które wpływają do sądów są przydzielane poszczególnym sędziom referentom według zasad, które wywoływały wiele dyskusji. Przepisy Kodeksu postępowania karnego[1] – w przeciwieństwie do Kodeksu postępowania cywilnego[2] – przed 1.01.2018 r. zawierały regulacje dotyczące trybu i sposobu przydzielania spraw, co wynikało z regulacji unijnych.

Dnia 13.10.1994 r. na 516 posiedzeniu zastępców ministrów przyjęto przez Komitet Ministrów zalecenie Nr R(94)12 Komitetu Ministrów Rady Europy dla państw członkowskich dotyczące niezawisłości, sprawności i roli sędziów. Zgodnie z nim Komitet Ministrów zaleca, aby rządy państw członkowskich podejmowały lub utrwalały wszelkie środki niezbędne do podwyższenia roli poszczególnych sędziów i całego sądownictwa, a także, aby umacniały ich niezawisłość i jego niezależność. Niezawisłość odnosi się do sędziów, zaś niezależność do sądów[3]. Te ogólne zasady niezawisłości sędziów powinny być realizowane m.in. przez stosowanie odpowiednich metod. Zgodnie z nimi na przydzielanie spraw nie powinny mieć wpływu życzenia którejkolwiek ze stron ani jakiejkolwiek osoby zainteresowanej rozstrzygnięciem sprawy. Jako przykład przydzielania spraw Komitet wskazuje losowanie, automatyczne ich rozdzielanie zgodnie z porządkiem alfabetycznym lub innym podobnym sposobem (zasada I, ust. 3 pkt e zalecenia Nr R(94)12).

W Polsce przydzielanie spraw karnych poszczególnym sędziom regulował art. 351 k.p.k., określający sposób wyznaczania składu orzekającego w sprawach

* Autorka jest doktorem nauk prawnych, starszym referendarzem sądowym w Sądzie Rejonowym dla Warszawy-Mokotowa, Polska, ORCID 0000–0002–0299–055X, e-mail: mirkapytlewska@poczta.onet.pl
** Data zgłoszenia tekstu przez autorkę: 4.03.2019 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 4.09.2019 r.
1 Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2018 r. poz. 1987 ze zm.) – dalej k.p.k.
Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2019 r. poz. 1460 ze zm.).
2 A. Żuławik, *Ustrój sądownictwa w Polsce*, Warszawa 2013, s. 29.
3 Zdaniem B. Przymusińskiego na mocy art. 47a § 1 prawa o ustroju sądów powszechnych zasada losowego przydziału spraw stała się zasadą ustrojową, zob. szerzej B. Przymusiński, *Ustrój sądów powszechnych. Przepisy z wprowadzeniem*, Warszawa 2017, s. 44–45.

karnych. Przepis ten miał charakter organizacyjny oraz gwarancyjny zapewniający realizację prawa do bezstronnego sądu.

Przed wprowadzeniem systemu losowego przydziału spraw jako zasady ustrojowej[4] w każdym wydziale sporządzano alfabetyczną listę sędziów, uwzględniającą również sędziów delegowanych do orzekania w tym wydziale, zaś zasada losowości była realizowana przez przydzielanie spraw sędziom według kolejnych numerków nadawanych przez pracowników sekretariatu[5]. Następnie do każdego kolejnego nazwiska z listy przyporządkowywano kolejną sprawę wpływającą do sądu. Sprawy były przydzielane do wydziałów zgodnie z podziałem czynności, a następnie już w wydziałach były przydzielane według kolejności ich wpływu do sądu. W przypadku nierównomiernego obciążenia przewodniczący wydziału zmieniał ustaloną kolejność w taki sposób, aby przydzielone sprawy jednakowo obciążały poszczególnych sędziów. Zasady te uznano za niestanowiące gwaranta bezstronności i wprowadzono jako zasadę ustrojową instrument automatycznego, losowego przydzielania spraw.

Dnia 1.01.2018 r. wprowadzono do polskiego prawa System Losowego Przydziału Spraw (dalej SLPS) jako zasadę ustrojową na podstawie ustawy z 27.07.2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych[6] zmienionej ustawą z 12.07.2017 r. o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych oraz niektórych innych ustaw[7]. Tym samym po raz pierwszy w Polsce za zasady ustrojowe uznano zarówno losowy przydział spraw sędziom, jak i zasady równego obciążenia sędziów sprawami w sądzie.

Uznanie losowego przydziału spraw sędziom oraz zasady równego ich obciążenia w sądzie sprawami, dla zapewnienia równego i sprawiedliwego obciążenia pracą kadry orzeczniczej sądów oraz zagwarantowania bezstronności stronom postępowań jako zasady ustrojowej, nastąpiło w poselskim projekcie ustawy o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych oraz niektórych innych ustaw[8]. Podstawę prawną do wydania Regulaminu urzędowania sądów powszechnych, który w § 43 pkt 1 potwierdza, że sprawy są przydzielane losowo sędziom jako referentom, o czym stanowił art. 41 ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych. Zgodnie z art. 41 § 1 u.s.p. minister sprawiedliwości, po zasięgnięciu opinii Krajowej Rady Sądownictwa (KRS), określa, w drodze rozporządzenia, regulamin wewnętrznego urzędowania sądów powszechnych określający wewnętrzną organizację i porządek funkcjonowania sądów[9], szczegółowe zasady przydziału spraw, w tym sposób dokonywania losowania spraw (art. 41 § 1 pkt 2 lit. a u.s.p.).

---

[4] B. Przymusiński, *Ustrój*…, s. 45.

[5] Tekst jedn.: Dz.U. z 2019 r. poz. 52 – dalej u.s.p.

[6] Dz.U. z 2017 r. poz. 1452 ze zm.

[7] Druk sejmowy nr 1491, https://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=1491 (dostęp: 13.10.2019 r. w zakresie treści dokumentu).

[8] Już w 1989 r. wskazywano negatywne skutki nadmiernego rozdrobnienia sądów jako przyczynę niejednolitości orzecznictwa, zróżnicowania poziomu oraz osłabienie nadzoru, zob. T. Ereciński, J. Gudowski [red.] J. Iwulski, *Prawo o ustroju sądów powszechnych. Ustawa o Krajowej Radzie Sądownictwa. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 58. Natomiast w okresie 1944–1989 organizacja sądów powszechnych była dostosowana do podziału administracyjnego państwa, zob. szerzej T. Maciejewski, *Historia ustroju i prawa sądowego Polski*, Warszawa 2017, s. 381. Na temat wewnętrznej organizacji sądów zob. szerzej M. Romańska [red.] *Regulamin urzędowania sądów powszechnych*, Warszawa 2013, s. 40.

[9] B. Kołecki [w:] I. Hayduk-Hawrylak, B. Kołecki, A.Wleklińska, *Prawo o ustroju sądów powszechnych. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 138.

Rozwiązania te miały zwiększyć transparentność mechanizmów przydzielania spraw poszczególnym sędziom, oraz zapewnić równe i sprawiedliwe obciążenie pracą kadry orzeczniczej sądów, a także zagwarantować stronom bezstronność postępowań. Zgodnie z założeniami instrumenty te miały wyłączyć możliwość ingerencji czynnika ludzkiego w przebieg losowania[10]. Stały się również elementem dostosowywania polskiego wymiaru sprawiedliwości do zaleceń unijnych, zaś sama zasada dotyczy wyłącznie sędziów i asesorów sądowych, a wobec referendarzy sądowych – spełniających zadania z zakresu ochrony prawnej[11], może być stosowana odpowiednio.

Przepisy dotyczące Systemu Losowego Przydziału Spraw były uregulowane w rozporządzeniu z 23.12.2015 r. – Regulamin urzędowania sądów powszechnych[12] zmienionym z dniem 22.01.2019 r. rozporządzeniem z 21.12.2018 r. zmieniającym rozporządzenie – Regulamin urzędowania sądów powszechnych[13]. Istotną zmianą jest wydłużenie (po przejściowym skróceniu z 4 do 2 dni roboczych na podstawie rozporządzenia z 21.12.2018 r.) do 3 dni roboczych rejestracji spraw w systemie informatycznym od daty ich wpływu do sądu – zgodnie z § 49 ust. 1 Regulaminu. Ponadto zgodnie z § 50 ust. 3 Regulaminu na potrzeby przydziału spraw rozpoznawanych w składzie 3 sędziów narzędzie informatyczne losowo tworzy składy, którym przydziela sprawy referentów wyznaczonych za pomocą SLPS. Najpóźniej po 12 miesiącach przewodniczący wydziału zarządza ponowne utworzenie składów. Wśród zmian wprowadzono także miejsce dla sędziów, czyli składy utworzone losowo dla sędziów, zamiast imiennie oznaczonego sędziego. Miejsce dla sędziów znajduje zastosowanie dla sędziów o zmniejszonych wskaźnikach przydziału lub dla sędziego o zmniejszonym wskaźniku i sędziego o wskaźniku 100%, a także delegowanych na podstawie art. 77 § 9 u.s.p. lub na krótkie, następujące po sobie delegacje. Dodatkowo, w celu sprawniejszego orzekania, w sprawach przydzielanych przez narzędzie informatyczne, w razie przydzielenia do wydziału kolejnego sędziego lub asesora sądowego albo powrotu referenta, którego referat został w całości podzielony, przewodniczący wydziału może zwiększyć udział tego sędziego lub asesora sądowego w przydziale do 75% spraw podlegających przydziałowi w danej kategorii. Rozwiązania te mają wzmacniać bezstronność sędziów w orzekaniu poprzez losowe tworzenie składów.

Obecnie obowiązuje rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 18.06.2019 r. – Regulamin urzędowania sądów powszechnych[14], wydane na podstawie art. 41 § 1 u.s.p. W § 2 pkt 16 Regulaminu z 2019 r. zdefiniowano System Losowego Przydziału Spraw jako system teleinformatyczny służący do losowego przydziału spraw i zadań sądu, działający w oparciu o generator liczb losowych.

W załączniku do rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28.12.2017 r. zmieniającego rozporządzenie – Regulamin urzędowania sądów powszechnych[15] dokonano podziału spraw na kategorie w poszczególnych urządzeniach ewidencyjnych.

[10] A. Wleklińska [w:] I. Hayduk-Hawrylak, B. Kołecki, A. Wleklińska, *Prawo*..., s. 449.
[11] Dz.U. z 2015 r. poz. 2316.
[12] Dz.U. z 2019 r. poz. 69.
[13] Dz.U. z 2019 r. poz. 1141 – dalej Regulamin z 2019 r.
[14] Dz.U. z 2017 r. poz. 2481.
[15] Dz.U. z 2017 r. poz. 2481 ze zm.

Odnośnie do spraw karnych kryterium podziału stała się wielkość (liczba tomów akt), zaś w sprawach cywilnych, w poszczególnych repertoriach wyodrębniono numery odpowiadające sprawom podzielonym na poszczególne kategorie. Każdej sprawie nadano symbol statystyczny. Jeżeli zaliczenie danej sprawy do określonej kategorii zależy od symbolu statystycznego, to sprawy bez symbolu podlegają zaliczeniu do kategorii zawierającej sprawy podobne. W ten sposób na potrzeby narzędzia informatycznego, jakim jest SLPS, powstały dwa zbiory, w których elementy stanowią: nazwiska poszczególnych sędziów z danego wydziału oraz symbole przyporządkowane dla każdej sprawy, przy czym te zbiory spraw oznaczone symbolami statystycznymi zostały dodatkowo podzielone na poszczególne kategorie spraw o zbliżonej pracochłonności. W ten sposób dokonuje się losowanie: najpierw sędziego, a potem symboli statystycznych przypisanych do każdej ze spraw, która jeszcze dodatkowo wchodzi w skład poszczególnych kategorii. Taki podział i losowy przydział spraw gwarantuje bezstronność i przydział spraw niezależny od czynnika ludzkiego. Z tych względów nie jest możliwe określanie przedmiotu poszczególnych spraw i przypisywanie ich dla konkretnych sędziów, gdyż istotą losowego przydziału spraw jest zupełna anonimizacja sędziów i losowy automatyzm przydzielania poszczególnych spraw, podzielonych uprzednio na statystyczne symbole.

ROZWIĄZANIA REKOMENDOWANE PRZEZ UNIĘ EUROPEJSKĄ

Podstawę prawną wprowadzonych rozwiązań stanowiło rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości zmieniające rozporządzenie – Regulamin urzędowania sądów powszechnych z 28.12.2017 r.[16], które w zakresie swojej regulacji wdrożyło decyzję ramową Rady 2001/470/WE z 28.05.2001 r. ustanawiającą Europejską Sieć Sądową w sprawach cywilnych i handlowych[17]. Dyspozycja ta została zmieniona decyzją Parlamentu Europejskiego i Rady nr 568/2009/UE z 18.06.2009 r.[18], który jako powód utworzenia europejskiej sieci sądowej w sprawach cywilnych i handlowych wskazuje stworzenie przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości, zaś w celu ułatwienia dostępu do wymiaru sprawiedliwości i współpracy sądowej w sprawach cywilnych wzywa do dalszych wysiłków poprzez m.in. Program Haski przyjęty przez Radę Europejską na posiedzeniu w dniach 4 i 5.11.2004 r.[19] Celem Programu Haskiego jest wzmocnienie wspólnego potencjału Unii Europejskiej i jej państw członkowskich służącego do zagwarantowania praw podstawowych, minimalnych zabezpieczeń proceduralnych i dostępu do wymiaru sprawiedliwości. W pkt 3 tego programu jako wzmacnianie wymiaru sprawiedliwości wskazano potrzebę dalszej intensyfikacji prac nad tworzeniem Europy dla obywateli i kluczową rolę, jaką pod tym względem odgrywa ustanowienie europejskiej przestrzeni sprawiedliwości.

Dokumentem, który wskazywał automatyzm przydzielania spraw, jako gwarancję bezstronności, była Rekomendacja nr. CM/Rec(2010)12 Komitetu Ministrów

[16] Dz.Urz. WE L 168 z 2001 r., s. 35.
[17] Dz.Urz. UE L 168, s. 35.
[18] Program Haski: wzmacnianie wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości w Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE C 53, s. 1), https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2005.053.01.0001.01.POL&toc=OJ:C:2005:053:TOC (dostęp: 12.06.2019 r.).
[19] https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805b1524 (dostęp: 12.06.2019 r.).

przyjęta przez Radę Ministrów 17.11.2010 r. dotycząca sędziów i ich niezawisłości, odpowiedzialności i efektywności[20]. Zgodnie z pkt 24 tej rekomendacji przydzielenie spraw w celu zagwarantowania prawa do niezawisłego i bezstronnego sądu powinno się odbywać – w ramach danego sądu – na podstawie obiektywnych, wcześniej ustalonych kryteriów. Jako sposób na dokonywanie takiego przydziału wskazano używanie elektronicznego systemu zarządzania sprawami oraz technologii komunikacyjnych, które powinny być promowane przez organy i sędziów.

WDRAŻANIE ZALECEŃ UNIJNYCH

Wprowadzenie do polskiego prawa Systemu Losowego Przydziału Spraw stanowi realizację zaleceń zawartych w wymienionych dokumentach unijnych. Tym samym została wzmocniona zasada bezstronności i niezawisłości sędziów.

Na podstawie § 43 Regulaminu z 2019 r. wprowadzono ogólną zasadę, iż wszystkie sprawy, niezależnie od tego w jakim urządzeniu ewidencyjnym są rejestrowane, podlegają losowaniu z wykorzystaniem SLPS – poza określonymi wyjątkami[21]. Zgodnie z § 43 ust. 1 tego Regulaminu sprawy są przydzielane losowo sędziom jako referentom, zgodnie z podziałem czynności, przez SLPS, oddzielnie dla każdego repertorium, wykazu lub innego urządzenia ewidencyjnego, chyba że przepisy niniejszego rozporządzenia przewidują inne zasady przydziału. Oczywiście przydziału przez SLPS nie stosuje się, gdy tylko jeden sędzia uczestniczy w przydziale spraw danego rodzaju.

Przed wprowadzeniem tych rozwiązań (jako wyjątek) przydział spraw karnych regulował art. 351 § 2 k.p.k., umożliwiający wyznaczenie składu orzekającego na wniosek prokuratora lub obrońcy w drodze losowania, gdy w akcie oskarżenia zarzucano popełnienie zbrodni zagrożonej karą 25 lat pozbawienia wolności albo dożywotniego pozbawienia wolności. W sprawach cywilnych obowiązywał system alfabetyczno-numerkowy, zgodnie z którym sprawy cywilne przydzielano według kolejności wpływu.

Niektóre rodzaje postępowań, jak np. postępowanie wieczystoksięgowe oraz niektóre sądy, np. Sąd Najwyższy, ze względu na odrębności zostały wyłączone ze stosowania tych rozwiązań. Każdy przydział spraw musi odzwierciedlać określony procentowo wskaźnik udziału w przydziale, czyli podział czynności ustalony w oparciu o art. 22a u.s.p. oraz § 48 Regulaminu z 2019 r.

Zgodnie z art. 22a § 1 u.s.p. prezes sądu apelacyjnego w sądzie apelacyjnym po zasięgnięciu opinii kolegium sądu apelacyjnego, prezes sądu okręgowego w sądzie okręgowym po zasięgnięciu opinii kolegium sądu okręgowego oraz prezes sądu rejonowego w sądzie rejonowym po zasięgnięciu opinii kolegium właściwego sądu okręgowego ustalają, najpóźniej do końca listopada każdego roku, podział czynności[22], który określa: 1) przydział sędziów, asesorów sądowych i referendarzy

[20] Uzasadnienie do projektu rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 4.12.2017 r. zmieniającego rozporządzenie – Regulamin urzędowania sądów, s. 34, https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//517/12306010/12476543/12476544/dokument320376.pdf (dostęp: 12.06.2019 r.).

[21] Podział czynności regulował art. 22a u.s.p. w brzmieniu ustawy z 10.07.2015 r. o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r. poz. 1224), która weszła w życie z dniem 1.01.2016 r., zob. szerzej B. Kołecki, *Prawo o ustroju sądów powszechnych. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 32.

[22] Podział spraw na kategorie został określony w załączniku nr 2 do rozporządzenia z 23.12.2015 r. – Regulamin urzędowania sądów powszechnych (Dz.U. z 2015 r. poz. 2316 ze zm.).

sądowych do wydziałów sądu; 2) zakres obowiązków sędziów, asesorów sądowych i referendarzy sądowych i sposób ich uczestniczenia w przydziale spraw; 3) plan dyżurów oraz zastępstw sędziów, asesorów sądowych i referendarzy sądowych – przy uwzględnieniu specjalizacji sędziów, asesorów sądowych i referendarzy sądowych w rozpoznawaniu poszczególnych rodzajów spraw, konieczności zapewnienia właściwego rozmieszczenia sędziów, asesorów sądowych i referendarzy sądowych w wydziałach sądu i równomiernego rozłożenia ich obowiązków oraz potrzeby zagwarantowania sprawnego postępowania sądowego.

Zaś zgodnie z § 68 ust. 1 Regulaminu w podziale czynności dla każdego sędziego, asesora sądowego i referendarza sądowego uwzględnia się:

1) przydział do wydziału lub wydziałów sądu, a w razie przydziału w ramach wydziału do wydzielonej sekcji również wskazanie sekcji;
2) wskaźnik procentowy udziału w przydziale wpływających do wydziału spraw przy zachowaniu następujących zasad:
   a) 100% – orzecznik przydzielony wyłącznie do jednego wydziału, niepełniący funkcji, niedelegowany do innej jednostki, niepełniący funkcji, niedelegowany do innej jednostki,
   b) co najmniej 90% – sędzia będący członkiem kolegium sądu okręgowego, w którego obszarze właściwości limit etatów sędziowskich wynosi mniej niż 200 lub sądu apelacyjnego, w którego obszarze właściwości limit etatów sędziowskich wynosi mniej niż 900, zastępca przewodniczącego wydziału liczącego do 15 orzeczników, a ponadto zastępca rzecznika dyscyplinarnego, rzecznik prasowy i koordynator do spraw mediacji w sądzie okręgowym, w którego obszarze właściwości limit etatów sędziowskich wynosi mniej niż 200,
   c) co najmniej 75% – sędzia będący członkiem kolegium sądu okręgowego, w którego obszarze właściwości limit etatów sędziowskich wynosi nie mniej niż 200 lub sądu apelacyjnego, w którego obszarze właściwości limit etatów sędziowskich wynosi nie mniej niż 900, zastępca przewodniczącego wydziału liczącego powyżej 15 orzeczników, a ponadto zastępca rzecznika dyscyplinarnego oraz rzecznik prasowy w sądzie apelacyjnym oraz w sądzie okręgowym, w którego obszarze właściwości limit etatów sędziowskich wynosi nie mniej niż 200, koordynator ds. mediacji w sądzie okręgowym, w którego obszarze właściwości limit etatów sędziowskich wynosi nie mniej niż 200, oraz kierownik sekcji,
   d) co najmniej 50% – orzecznik pełniący funkcję przewodniczącego wydziału liczącego do 15 orzeczników, koordynator do spraw współpracy międzynarodowej i praw człowieka w sprawach cywilnych albo w sprawach karnych oraz wizytator, z tym że przy określaniu zakresu udziału wizytatora w przydziale spraw wpływających do wydziału uwzględnia się liczbę jednostek organizacyjnych w obszarze właściwości sądu apelacyjnego lub okręgowego, liczbę etatów sędziowskich, asesorskich i referendarskich w tych jednostkach oraz zakres zaplanowanych czynności nadzorczych,
   e) co najmniej 30% – orzecznik pełniący funkcję przewodniczącego wydziału liczącego powyżej 15 sędziów, asesorów sądowych i referendarzy sądowych oraz prezes lub wiceprezes sądu dyscyplinarnego,

f) co najmniej 25% – sędzia pełniący funkcję prezesa lub wiceprezesa sądu, sędzia będący członkiem Krajowej Rady Sądownictwa oraz sędzia delegowany do Biura KRS,
g) co najmniej 10% – Rzecznik Dyscyplinarny Sędziów Sądów Powszechnych, zastępca Rzecznika Dyscyplinarnego Sędziów Sądów Powszechnych oraz koordynator ds. informatyzacji sądownictwa powszechnego,
h) co najmniej 10% i nie więcej niż 25% – sędzia delegowany do pełnienia czynności lub prowadzenia zajęć szkoleniowych w Krajowej Szkole Sądownictwa i Prokuratury, po zasięgnięciu opinii dyrektora tej szkoły. Zgodnie z § 68 ust. 2 u.s.p. w razie zbiegu wskaźników procentowych udziału w przydziale wpływających do wydziału spraw dla danego orzecznika uwzględnia się wskaźnik najniższy.

Przepis ten zawiera katalog osób, tj. sędziów, asesorów sądowych i referendarzy sądowych, którym przyznano ograniczony udział w przydziale spraw wpływających do wydziału. Powodem ich odciążenia od obowiązków orzeczniczych jest zwiększone obciążenie pracą w związku z pełnieniem wymienionych funkcji.

Losowy i równy przydział spraw ustanowiony jako zasady ustrojowe dopuszcza od nich odstępstwa, przy czym jednocześnie musi uwzględniać możliwości techniczne systemu losowego przydziału spraw.

Obecnie zgodnie z art. 47a § 1 u.s.p. sprawy są przydzielane sędziom i asesorom sądowym losowo, w ramach poszczególnych kategorii spraw. Wyjątek stanowią sprawy podlegające przydziałowi sędziemu pełniącemu dyżur. Oprócz zasady losowego przydziału spraw wprowadzono także zasadę równego przydziału, jednak doznaje ona pewnych ograniczeń. Zgodnie bowiem z art. 47a § 2 u.s.p. przydział spraw w ramach poszczególnych kategorii jest równy, chyba że został zmniejszony z uwagi na pełnioną funkcję, uczestniczenie w przydziale spraw innej kategorii lub z innych przyczyn przewidzianych ustawą. System losowego przydziału spraw jako zasada ustrojowa obejmuje wyłącznie sędziów i asesorów sądowych, natomiast zgodnie z art. 47a § 3 u.s.p. przepisy dotyczące losowego i równego przydziału stosuje się odpowiednio do przydziału spraw referendarzom sądowym. Ze względu na specyfikę spod losowego przydziału spraw wyłączono sprawy z zakresu prawa opiekuńczego i nieletnich oraz inne sprawy należące do sądu opiekuńczego. Mogą być one przydzielane według kryterium terytorialnego, po określeniu obszarów przyporządkowanych poszczególnym sędziom, w sposób zapewniający równy przydział spraw, a ograniczenia w tych sprawach są podyktowane obeznaniem sędziów z sytuacją konkretnych rodzin poprzez współpracę z kuratorami rodzinnymi, przy czym stosowanie kryterium terytorialnego jest możliwością, a nie obowiązkiem. Przydziału obszarów poszczególnym sędziom dokonuje się losowo na okres 7 lat z takim ograniczeniem, że w losowaniu danego obszaru nie uczestniczy sędzia, któremu ten obszar był dotychczas przydzielony. Zdaniem ustawodawcy okres ten wystarczy, aby sędzia zapoznał się z rodzinami z tego obszaru wymagającymi interwencji sądu opiekuńczego lub nieletnich i wykorzystał wiedzę w orzekaniu (§ 56 Regulaminu z 2019 r.).

Niektóre kategorie spraw i postępowań ze swej istoty uniemożliwiają stosowanie systemu losowego przydziału spraw determinując ich przydział sędziom przy

zastosowaniu odmiennych niż losowanie reguł. Z wyłączeniem zażaleń w sprawach związanych z wykonaniem orzeczeń, sprawy są przydzielane zgodnie z podziałem czynności. Jeśli podział czynności nie przewiduje stosowania SLPS, wówczas przydział spraw może nastąpić:

1) w wydziałach penitencjarnych według kryterium terytorialnego położenia jednostki penitencjarnej (zakładu karnego, aresztu śledczego) po określeniu jednostek penitencjarnych przyporządkowanych poszczególnym sędziom, w sposób zapewniający równy przydział spraw;
2) według rodzaju kary lub środka karnego;
3) referentowi, który wydał wykonywane orzeczenie;
4) referentowi, któremu według odrębnych zasad już została przydzielona sprawa związana z wykonaniem tego samego orzeczenia;
5) referentowi, który wszczął z urzędu postępowanie – we wszczętej przez niego sprawie.

Spośród wymienionych zasad przydziału dwie pierwsze mogą mieć zastosowanie tylko w sprawach karnych. Przedostatnia z tych zasad stanowi o przydziale spraw związanych z wykonywaniem jednego orzeczenia jednemu referentowi. W takim przypadku należy odrębnie ustanowić zasadę przydziału pierwszej sprawy związanej z wykonywaniem danego orzeczenia. Jeśli taka zasada nie zostanie ustalona, wówczas pierwsza sprawa jest przydzielana przy wykorzystaniu SLPS.

Szczególne zasady przydziału mogą zostać ustanowione także w sprawach rejestrowych oraz wieczystoksięgowych, które nie stanowią wymiaru sprawiedliwości *sensu stricto*, ale są sprawami z zakresu ochrony prawnej. Wszystkie wyjątki od SLPS mogą zostać ustalone przez ministra sprawiedliwości w regulaminie wewnętrznego urzędowania sądów powszechnych, do czego podstawę stanowi art. 41 § 1 u.s.p. zawierający delegację do określenia szczegółowych zasad funkcjonowania sądów przy zapewnieniu równomiernego i obiektywnego obciążenia sędziów, asesorów sądowych i referendarzy sądowych obowiązkami, zapewnienia zbliżonego prawdopodobieństwa udziału w składzie wieloosobowym, wykorzystania rozwiązań informatycznych do losowego przydziału spraw oraz zastosowania innych sposobów losowego przydziału spraw w przypadku braku możliwości korzystania z tych rozwiązań, jak również wprowadzenia podziału spraw na kategorie obejmujące sprawy o zbliżonym stopniu skomplikowania i pracochłonności.

Przydział spraw z wyłączeniem narzędzia informatycznego nastąpił w postępowaniach rejestrowych, w których sprawy są przydzielane zgodnie z podziałem czynności, zaś w szczególności dopuszcza się przydział spraw według przypisania poszczególnym orzekającym spraw dotyczących konkretnych pozycji właściwego rejestru. Oczywiście zasady te muszą zapewniać równy przydział spraw.

Zgodnie z § 59 Regulaminu z 2019 r. z wyłączeniem narzędzia informatycznego w postaci SLPS przydziela się sprawy, zgodnie z podziałem czynności w wydziałach rejestrowych oraz w wydziałach ksiąg wieczystych. W szczególności przydział spraw może nastąpić według konkretnej pozycji repertorium KW (księgi wieczystej), według oznaczeń księgi hipotecznej (gruntowej, wieczystej) lub z uwzględnieniem zasady przydziału jednemu orzecznikowi wszystkich spraw zarejestrowanych kolejno

z jednego aktu notarialnego, zapewniających równy przydział spraw. W związku z tym, że do referendarzy sądowych nie stosuje się systemu losowego przydziału spraw jako zasady ustrojowej, przydział spraw dla referendarzy sądowych może nastąpić według numerów porządkowych sprawy lub przez inne niż SLPS narzędzie informatyczne.

MECHANIZM FUNKCJONOWANIA SLPS

Za podstawę funkcjonowania systemu losowego przydziału spraw przyjęto algorytm i oparto go na funkcji kosztu, która albo zwiększa, albo zmniejsza prawdopodobieństwo wylosowania sprawy w określonej kategorii, na które podzielono wszystkie sprawy[23]. Od 29.03.2019 r. wskutek wdrożenia nowej wersji SLPS pojęcie funkcji kosztu zastąpiono obciążeniem przed losowaniem.

System ten skorelowano ze Zintegrowanym Systemem Informatycznym Rachunkowości i Zarządzania Kadrami (dalej ZSRK) obsługującym pracowników, którego celem było zwiększenie skuteczności i efektywności zarządzania finansami i kadrami w sądownictwie powszechnym. Stanowi to element menedżerskiego systemu zarządzania oddzielającego aspekt administracyjny od aspektu orzeczniczego[24]. Ten program płacowo-kadrowy powstał na podstawie systemu SAP, jednego z głównych rozwiązań informatycznych, które funkcjonowały już wcześniej w niektórych urzędach i administracji. Ujawnione w systemie kadrowo-płacowym dane są pobierane i wykorzystywane przez system, jak również mają wpływ na sposób przydzielania spraw przez SLPS.

System Losowego Przydziału Spraw jest aplikacją sieciową dostępną z komputerów zalogowanych do wewnętrznych sieci informatycznych w sądach, natomiast podstawową jednostką organizacyjną dla tej aplikacji jest wydział. System został wyposażony w dwa rodzaje uprawnień pracowników sądów: PS – Pracownika Sekretariatu – które upoważniają do zwykłej obsługi aplikacji, w tym także do rejestrowania spraw, a pierwotnie również do wprowadzania nieobecności sędziów. Obecnie po wdrożeniu nowej wersji SLPS, pracownicy sądu nie mają uprawnień do wprowadzania nieobecności sędziów i asesorów, która w wymiarze powyżej 4 dni predestynuje do nieuczestniczenia w przydziale. Drugi rodzaj uprawnień to PW – Przewodniczącego Wydziału – który upoważnia do czynności mających wpływ na podział spraw w danym wydziale. Uprawnieniom PW odpowiadają decyzje zastrzeżone dla przewodniczącego wydziału lub prezesa sądu, przy czym osoby te mogą wykonywać te decyzje zarówno osobiście po uzyskaniu uprawnień PW, jak i wydając polecenia pracownikom sekretariatu mającym te uprawnienia.

Centralny komputer, który wykorzystuje generator liczb losowych, po godzinach pracy sądu zajmuje się po kolei każdym wydziałem każdego sądu powszechnego i dokonuje losowego przydziału sędziego referenta w każdej sprawie wprowadzonej danego dnia do SLPS. Następnie, po wylosowaniu referenta program w kategorii, do której przypisano wylosowaną sprawę, oblicza wartość funkcji (F), czyli

[23] D.E. Kotowski, *Dyrektor sądu jako organ menedżerskiego systemu zarządzania w sądach powszechnych,* Warszawa 2018, s. 211–212.
[24] Por. przypis 20.

obciążenie przed losowaniem, która odzwierciedla liczbę spraw wylosowanych przez sędziego w danej kategorii[25]. Jednak w losowaniu każdorazowo nie biorą udziału wszyscy sędziowie z danego wydziału, a jedynie połowa z nich. Każdą sprawę przy rejestracji zalicza się do określonej kategorii. Do losowania referenta każdej ze spraw, SLPS wyznacza tylko sędziów o najmniejszej wartości F (najmniejszym obciążeniu) w danej kategorii spośród sędziów danego wydziału. Określa się tę grupę jako tzw. pulę losującą, która składa się z połowy sędziów uczestniczących w przydziale spraw w danej kategorii. W przypadku, gdy liczba sędziów jest nieparzysta, liczebność puli losującej zaokrągla się w górę. Każda sprawa przydzielona sędziemu zwiększa wartość jego funkcji (F), (jego obciążenia) w danej kategorii o jeden. Wyjątki mogą wynikać z podziału czynności, które mogą przewidywać niższy wskaźnik przydziału niż 100% oraz nieobecności.

Cechą SLPS jest codzienne wysyłanie do centrali za pośrednictwem sieci informatycznej listy spraw, które złożono w sądzie. Sprawom tym po zarejestrowaniu są przydzielane specjalne kody, a następnie jest przeprowadzane losowanie sędziów, zaś wyniki losowań są odsyłane w porze nocnej. SLPS wykorzystuje w mechanizmie działania (funkcjonowania) przed wylosowaniem referenta tzw. obciążenie przed losowaniem, zwane poprzednio wartością funkcji kosztu. Polega ono na tym, że system informatyczny oblicza obciążenie przed losowaniem, które odpowiada liczbie spraw przeliczeniowych, które wylosował dany sędzia w danej kategorii, przy czym liczba spraw przeliczeniowych to nie jest rzeczywista liczba spraw. Zróżnicowanie takie jest spowodowane zróżnicowanym (niejednakowym) podziałem czynności i wskaźnikami przydziału niższymi od 100%. W przypadku sędziego bądź asesora, dla którego podział czynności przewiduje określony procentowo zmniejszony przydział, każda sprawa powiększa obciążenie przed losowaniem o wartość równą odwrotności wyrażonego ułamkiem wskaźnika.

Kolejnym czynnikiem wpływającym na zróżnicowanie wielkości przydziału są nieobecności, które mają taki sam skutek jak zmniejszony udział w przydziale: nieobecny sędzia bądź asesor nie uczestniczy w przydziale, lecz po zakończeniu nieobecności w każdej sprawie trafia do puli losującej i zostaje mu wtedy przydzielony zwiększony przydział.

Wyliczone automatycznie obciążenie przed losowaniem decyduje o tym, czy dany referent bierze udział w losowaniu kolejnej sprawy.

Zgodnie z § 60 ust. 1 Regulaminu z 2019 r. SLPS w losowaniu referentów nie uwzględnia osoby nieprzerwanie nieobecne w pracy przez co najmniej 4 dni robocze, począwszy od losowania poprzedzającego pierwszy dzień nieobecności, pod warunkiem uprzedniego zarejestrowania nieobecności w systemie teleinformatycznym. Po okresie nieobecności, począwszy od losowania poprzedzającego pierwszy dzień obecności, SLPS przydziela sprawy tak, aby w ciągu roku od rozpoczęcia nieobecności liczba spraw przydzielonych poszczególnym referentom w każdej kategorii była proporcjonalna do liczby dni pracy poszczególnych referentów i ich wskaźników przydziału. Z kolei w sprawach przydzielanych bez wykorzystania SLPS podział czynności może ustanowić zasadę odmienną. Referent podlega

[25] Obecny § 2 pkt 5 Regulaminu został zmieniony rozporządzeniem z 28.12.2017 r. (Dz.U. z 2017 r. poz. 2481), które weszło w życie z dniem 1.01.2018 r.

wyłączeniu z przydziału w ciągu 5 dni roboczych poprzedzających nieobecność, trwającą co najmniej 15 dni roboczych. Natomiast w przypadku niedostatecznej wielkości referatu przydział może zostać wznowiony jeszcze przed zakończeniem nieobecności.

Zgodnie z założeniami ustawodawcy w losowaniu każdej sprawy bierze udział tylko połowa sędziów, lecz nie więcej niż sześciu, przy czym są to sędziowie, którzy mają najmniejsze obciążenie przed losowaniem. Tak skonstruowany mechanizm miał zapewnić stałe wyrównywanie się obciążenia poszczególnych sędziów, czyli stałe wyrównywanie liczby przydzielonych im spraw przeliczeniowych. Żeby zapewnić przydział proporcjonalny do wskaźników przydziału oraz liczby dni pracy sędziego, stosowane jest przeliczanie każdej wylosowanej sprawy wskaźnikiem przydziału oraz współczynnikiem zależnym od liczby dni nieobecności. Dla wielkości przydziału ważne są różnice wysokości obciążenia przed losowaniem, czyli różnice liczby spraw przeliczeniowych pomiędzy sędziami. Z tego powodu funkcja kosztu, czyli obciążenie ciągle się zmniejsza, tak aby jego najmniejsza wartość w określonej kategorii wynosiła 0.

Wartość funkcji kosztów, zwana także wielkością obciążenia przed losowaniem, dla danego sędziego stanowi różnicę między liczbą spraw wylosowanych przez danego sędziego i liczbą spraw wylosowanych przez tego sędziego, który wylosował ich najmniej spraw. Oznacza to, że sędzia, który w danym wydziale wylosował najmniej spraw, ma funkcję kosztu równą 0, a pozostali sędziowie mają funkcję kosztu równą różnicy w liczbie spraw z tym sędzią, który wylosował ich najmniej. Czyli wartość zero przyjmuje się dla liczby spraw wylosowanych przez sędziego, który ma najmniej tych spraw.

Dla poprawnego zrozumienia mechanizmu przydziału spraw za pomocą narzędzia informatycznego, istotne jest założenie przejawiające się w tym, że system nie przewiduje żadnego okresu rozliczeniowego, w którym liczba spraw przydzielonych referentom wyrównałaby się do zera. System posługuje się jedynie funkcją kosztu, która wpływa na zwiększenie lub zmniejszenie prawdopodobieństwa wylosowania do rozpoznania danej sprawy.

Po dokonaniu przydziału przy użyciu narzędzia informatycznego w postaci SLPS, sprawy podlegają rozpoznaniu przez poszczególnych sędziów. Jednak ze względu na opisany mechanizm, który nie gwarantuje identycznej liczby spraw w referatach poszczególnych sędziów, różne jest w praktyce obciążenie sędziów sprawami. Konsekwencją niejednakowego przydziału jest to, że sprawom przydzielonym do mniej obciążonych referatów bieg jest nadawany znacznie szybciej niż tym, które zostaną przydzielone do referatów sędziów z większą liczbą spraw do rozpoznania. Wówczas dwie złożone w tym samym czasie sprawy zostaną rozpoznane w różnych terminach. Szczególnemu trybowi podlega przydział spraw zdefiniowanych jako pilne.

KOLEJNOŚĆ PRZYDZIAŁU A SPRAWY PILNE

Zgodnie z dominującą zasadą wyrażoną w § 49 Regulaminu z 2019 r. sprawy powinny być rozpoznawane według kolejności ich wpływu do danego referatu, chyba że przepisy szczególne określają termin do ich rozpoznawania lub zachodzi

inna uzasadniona przyczyna zmiany tej kolejności wynikająca z organizacji pracy sądu. W pozostałych sprawach podejmuje się tylko czynności niecierpiące zwłoki. Poza tą kolejnością na terminy rozpraw lub posiedzeń należy kierować sprawy pilne, zaś w szczególnie uzasadnionych przypadkach przewodniczący wydziału może zarządzić rozpoznanie sprawy lub spraw poszczególnych kategorii poza tak określoną kolejnością.

Definicja spraw pilnych została zawarta w § 2 pkt 5 Regulaminu z 2019 r.[26], który sprawy pilne definiuje jako:

a) sprawy w przedmiocie zastosowania tymczasowego aresztowania, sprawy, w których jest stosowane tymczasowe aresztowanie lub zatrzymanie, a także sprawy, w których orzeczono środek zabezpieczający, sprawy rozpoznawane w postępowaniu przyspieszonym oraz sprawy zagrożone przedawnieniem karalności czynu albo przedawnieniem wykonania kary, zadania sądu w postępowaniu przygotowawczym, w których przesłuchanie świadka odbywa się przez sąd na podstawie art. 185a–185c k.p.k. albo art. 316 § 3 k.p.k. oraz sprawy o zastosowanie środka detencyjnego w postaci umieszczenia cudzoziemca w strzeżonym ośrodku lub zastosowania wobec niego aresztu dla cudzoziemców, a także sprawy, w których wykonywana jest kara pozbawienia wolności albo inna kara lub środek przymusu skutkujący pozbawieniem wolności, jeżeli rozstrzygnięcie sądu dotyczy zwolnienia osoby pozbawionej wolności z zakładu karnego lub aresztu śledczego, albo jest niezbędne do wykonania takiej kary lub środka przymusu w tym zakładzie lub areszcie,
b) wnioski o udzielenie zabezpieczenia,
c) wnioski o nadanie klauzuli wykonalności,
d) sprawy o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką, wymagające wydania zarządzenia w trybie art. 569 § 2 k.p.c., sprawy, o których mowa w ustawie z 19.08.1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego[27], sprawy dotyczące umieszczenia nieletniego w schronisku dla nieletnich, sprawy, w których nieletni został umieszczony w schronisku dla nieletnich oraz sprawy dotyczące umieszczenia małoletniego cudzoziemca w placówce opiekuńczo-wychowawczej, jak również czynności z zakresu postępowania wykonawczego w wyżej wymienionych sprawach, a także sprawy w przedmiocie rozpoznania wniosków o ustanowienie kuratora w celu reprezentowania interesów małoletnich w postępowaniu przed sądem lub innym organem,
e) sprawy z zakresu prawa pracy związane z roszczeniami pracownika w razie nieuzasadnionego lub niezgodnego z prawem wypowiedzenia lub rozwiązania umowy o pracę przez pracodawcę bez wypowiedzenia z winy pracownika,
f) sprawy z zakresu prawa ubezpieczeń społecznych dotyczące przyznania lub wstrzymania prawa do emerytury lub renty,
g) skargi na czynności komornika,

[26] Dz.U. z 2018 r. poz. 1878 oraz z 2019 r. poz. 730.
[27] Dz.U. z 2014 r. poz. 24; z 2015 r. poz. 396; z 2016 r. poz. 2205 oraz z 2018 r. poz. 2435.

h) sprawy o naruszenie posiadania,
i) sprawy z powództwa i przeciwko syndykowi oraz zarządcy ustanowionemu w postępowaniu restrukturyzacyjnym,
j) sprawy, o których mowa w ustawie z 22.11.2013 r. o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób[28],
k) sprawy, w których uwzględniono skargę złożoną w trybie ustawy z 17.06.2004 r. o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu przygotowawczym prowadzonym lub nadzorowanym przez prokuratora i postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki[29] albo gdy orzeczeniem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka stwierdzono naruszenie prawa do rozpoznania sprawy w rozsądnym terminie,
l) wnioski o zatwierdzenie układu w postępowaniu w przedmiocie zatwierdzenia układu i otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego,
m) sprawy o wpis do księgi wieczystej ostrzeżenia o toczącym się postępowaniu rozpoznawczym lub ustanowieniu zakazu zbywania lub obciążania nieruchomości na podstawie postanowienia Komisji do spraw reprywatyzacji nieruchomości warszawskich,
n) sprawy z wniosku, o którym mowa w art. 11a ustawy z 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie[30],
o) sprawy dotyczące podziału sumy uzyskanej z egzekucji,
p) spraw, w których oskarżonym jest sędzia lub prokurator,
r) sprawy o uchylenie, stwierdzenie nieważności oraz ustalenie istnienia albo nieistnienia uchwał spółek kapitałowych,
s) zadania sądu przesłuchania osoby w trybie zabezpieczenia dowodu lub co do której zachodzi obawa, że nie będzie można jej przesłuchać na rozprawie.

Zgodnie z § 2 pkt 5 lit. m Regulaminu z 2019 r. sprawy pilne to wyłącznie sprawy o wpis do księgi wieczystej ostrzeżenia o toczącym się postępowaniu rozpoznawczym lub ustanowieniu zakazu zbywania lub obciążania nieruchomości na podstawie postanowienia Komisji do spraw reprywatyzacji nieruchomości warszawskich[31]. Jednak praktyka sądów wieczystoksięgowych pokazuje, że w sposób priorytetowy, jako sprawy pilne, są traktowane wszystkie sprawy, w których stroną jest komisja. Oznacza to, że sprawy te podlegają rozpoznaniu poza kolejnością wpływu, a więc niezgodnie z kolejnością wynikającą z § 79 ust. 1 w związku z § 2 pkt 5 lit. m Regulaminu z 2019 r.

Należy podkreślić, że za zasady ustrojowe uznano nie tylko samą losowość przydziału, ale przede wszystkim przydział równy, w znaczeniu jednakowości zarówno liczebności, jak i jakości (ciężaru gatunkowego). Zgodnie bowiem z uzasadnieniem do nowelizacji ustawy zasadniczym celem zmian było wprowadzenie,

[28] Dz.U. z 2018 r. poz. 75.
[29] Dz.U. z 2015 r. poz. 1390 oraz z 2019 r. poz. 730.
[30] Komisję do spraw reprywatyzacji nieruchomości warszawskich utworzono na podstawie ustawy z 9.03.2017 r. o szczególnych zasadach usuwania skutków prawnych decyzji reprywatyzacyjnych dotyczących nieruchomości warszawskich, wydanych z naruszeniem prawa (Dz.U. z 2017 r. poz. 718).
[31] Por. przypis 8.

jako zasady ustrojowej, losowego przydziału spraw sędziom oraz zasady równego obciążenia w sądzie sędziów sprawami. Skutkiem tych regulacji miało być, z jednej strony, zapewnienie równego i sprawiedliwego obciążenia pracą kadry orzeczniczej sądów, z drugiej zaś strony – zagwarantowanie bezstronności stronom postępowań. Ani założenia projektu, ani też treść uchwalonych przepisów nie wskazują na pierwszeństwo jednej z tych zasad nad drugą. Wręcz przeciwnie: zarówno przydział losowy, jak i równe obciążenie sędziów zostały uznane za zasady równoprawne.

Połączenie zasady losowości z zasadą równości przydziału ma gwarantować sędziom równe obciążenie obowiązkami w sądzie. Stanowi to wzmocnienie niezawisłości sędziego, który zyskuje pewność, że organy administracji sądowej podlegle ministrowi sprawiedliwości nie będą mogły obciążać go ponad miarę i w sposób dowolny. Równość przydziału oznacza, że każdy sędzia w danej kategorii wylosuje niemal identyczną liczbę spraw, ale nie identyczną.

Jednak ponadroczny okres stosowania Systemu Losowego Przydziału Spraw przy rozdziale spraw pozwala dostrzec efekty działania tego instrumentu w postaci zarówno rodzajów, jak i liczby spraw przydzielonych do poszczególnych referatów.

O ile bowiem losowość przydziału jest rozumiana jako niezależne od woli ludzkiej losowe przyporządkowanie każdej sprawy losowo wybranemu sędziemu, o tyle zasada ta jest oczekiwana jako bezwzględnie skorelowana z równym i identycznym przydziałem w określonych, zamkniętych czasowo, okresach. W celu oceny założeń ustrojowych z ich wdrożeniem w postaci SLPS, przeprowadzono od maja do czerwca 2019 r. badania ankietowe wśród osób obsługujących oraz wśród referentów, którym są przydzielane sprawy poprzez SLPS.

W pierwszym pytaniu skierowanym do referentów zapytano, czy wprowadzenie SLPS miało wpływ na liczbę spraw przydzielonych do referatów.

W przeprowadzonych ankietach w pierwszym półroczu 2019 r. wśród 235 referentów, którym są przydzielane sprawy za pośrednictwem narzędzia informatycznego, jakim jest SLPS, zadano pytania dotyczące oceny wprowadzenia i funkcjonowania tego instrumentu, a także jego wpływu na sprawność i jakość postępowań sądowych. Uczestnikom ankiet umożliwiono również poprzez pytania otwarte wypowiedzenie się co do oczekiwanych rozwiązań i postulatów *de lege ferenda*.

Pierwsze trzy z pytań ankietowych dotyczyły oceny wpływu przydzielania spraw poprzez narzędzie informatyczne, jakim jest SLPS na liczbę, rodzaj oraz równość (jednakowość) spraw w poszczególnych referatach. Na te pytania odpowiedzi twierdzącej, czyli zdecydowanego wpływu na charakter przydziału, udzieliło ponad 105 uczestników, tj. 45%. Ci badani odpowiadając na otwarte pytanie dotyczące potrzeby dalszego rozbudowania bądź wyposażenia w dodatkowe funkcje, wskazali na potrzebę likwidacji SLPS jako systemu niesprawiedliwego, nieuwzględniającego wielu czynników oraz charakteru wszystkich spraw. Przeciwnego zdania była pozostała część ankietowanych, którzy w otwartym pytaniu wyrazili konieczność połączenia SLPS z programami informatycznymi, które obsługują biurowość sekretariatów oraz obieg dokumentów w sądach.

Kolejne trzy pytania dotyczyły oceny gwarancji sprawiedliwego rozdziału spraw oraz usprawnienia pracy w wydziałach oraz w referatach. Spośród wszystkich

uczestników badania odpowiedzi negatywnej, tj.: „nie" oraz „zdecydowanie nie" udzieliło 70 uczestników, czyli 30%. Zdecydowana większość tych ankietowanych wskazuje potrzebę dalszego rozbudowywania oraz zmiany tego narzędzia. Jako pożądane rozwiązania wskazano kompatybilność z systemami biurowymi obsługującymi pracę wydziałów, a także doposażenie SLPS w funkcję wyrównywania liczby spraw w referatach oraz możliwości ustalania wagi (ciężaru merytorycznego i czasochłonnego) poszczególnych spraw. Pozostałe 50 osób nie miało zdecydowanego zdania co do wpływu bądź jego braku na liczbę spraw, sprawiedliwy i równy przydział oraz usprawnienie pracy w referacie i wydziale.

Po przeanalizowaniu udzielonych odpowiedzi najcenniejsze dla funkcjonowania narzędzia informatycznego, jakim jest System Losowego Przydziału Spraw, okazały się odpowiedzi na ostatnie z pytań, które dało uczestnikom badania możliwość wskazania konkretnych potrzeb i pożądanych rozwiązań. Jako konieczne wskazano połączenie z systemami biurowymi w celu usprawnienia pracy biurowej. Udzielone odpowiedzi wskazują także na potrzebę uwzględnienia obciążenia referatów tzw. sprawami starymi, niewidocznymi dla SLPS (przekazanymi do referatów przed 1.01.2018 r.). W składach wieloosobowych ankietowani oczekują możliwości losowania sędziego sprawozdawcy oraz potrzebę wyrównywania referatów tuż po okresach nieobecności, spowodowanych np. chorobą.

Prawie połowa spośród ankietowanych, tj. 47% wskazało na potrzebę objęcia Systemem Losowego Przydziału Spraw, jako zasady ustrojowej też referendarzy sądowych.

Przydzielanie spraw do rozpoznania w sposób autonomiczny, niezależny od decyzji człowieka, było społecznie oczekiwane i spełniło swoją funkcję nawet pomimo pewnych niedoskonałości rozwiązań. Przeprowadzone badania ankietowe potwierdzają pozytywną ocenę wprowadzenia do polskiego systemu prawa losowego przydziału spraw. Jego funkcjonowanie ukazało pewne niedoskonałości, które mogą być usunięte poprzez korektę rozwiązań informatycznych, nie naruszając ustrojowych założeń.

POSTULATY *DE LEGE FERENDA*

Oprócz technicznych udoskonaleń SLPS jako narzędzia informatycznego, częstym zarzutem wobec losowego przydziału spraw są wyłączenia, do których zalicza się m.in. art. 47 § 4 k.p.c., zgodnie z którym prezes sądu może zarządzić rozpoznanie sprawy w składzie trzech sędziów zawodowych, jeżeli uzna to za wskazane ze względu na szczególną zawiłość lub precedensowy charakter sprawy. Ponadto, zgodnie z § 47 Regulaminu z 2019 r., jeżeli zachodzi potrzeba wyznaczenia do udziału w losowaniu sędziego orzekającego w innym wydziale, to prezes sądu określa wydział lub inną zasadę ustalenia sędziów biorących udział w losowaniu. Regulacja ta powinna zostać doprecyzowana poprzez określenie katalogu spraw, które nie mają podlegać losowemu przydziałowi, jak np. sprawy co do których nastąpiło wyłączenie sędziego z mocy ustawy (*iudex inhabilis*) na podstawie art. 48 k.p.c., zgodnie z którym sąd wyłącza sędziego na jego żądanie lub na wniosek strony, jeśli istnieje okoliczność tego rodzaju, że mogłaby wywołać uzasadnioną wątpliwość co do bezstronności sędziego w danej sprawie.

Abstract

Mirosława Pytlewska, *Random Allocation of Judges System as a Guarantee of Impartial Right to a Fair Trial in the Context of the European Union's Recommendations*

This article concerns the introduction into the Polish law of the Random Allocation of Judges System (Polish abbreviation: SLPS) as implementation of the European Union's recommendations. The implemented IT tool has strengthened the principle of impartiality and parties' guarantee that their case will be heard by an independent court, to which the case was allocated in a manner independent of the human factor. The author describes the mechanism of SLPS operation, indicating the individual legal solutions and their correlation with the system. In spite of the imperfect functionality, the application of the publicly expected SLPS should be seen as a positive development.

Keywords: *allocation of cases to judges, random allocation of cases, principle of impartiality, order of hearing cases, commission for matters of re-privatization of property in Warsaw, IT tool, electronic case management system*

Streszczenie

Mirosława Pytlewska, *System Losowego Przydziału Spraw jako gwarancja bezstronnego prawa do sądu w kontekście zaleceń Unii Europejskiej*

Artykuł dotyczy wprowadzenia do polskiego prawa Systemu Losowego Przydziału Spraw jako realizacji unijnych zaleceń. Wdrożone narzędzie informatyczne wzmocniło zasadę bezstronności oraz gwarancji stron do rozpoznania sprawy przez niezawisły sąd, któremu przydzielono sprawę w sposób niezależny od czynnika ludzkiego. Scharakteryzowany został mechanizm funkcjonowania SLPS, ze wskazaniem na poszczególne rozwiązania prawne i ich korelację do systemu. Mimo niedoskonałości funkcjonalnych stosowanie oczekiwanego społecznie SLPS należy ocenić pozytywnie.

Słowa kluczowe: *przydział spraw sędziom, losowy przydział spraw, zasada bezstronności, kolejność rozpoznawania spraw, komisja ds. reprywatyzacji nieruchomości warszawskich, narzędzie informatyczne, elektroniczny system zarządzania sprawami*

Literatura:

1. Ereciński T., Gudowski J. [red.] *Prawo o ustroju sądów powszechnych. Ustawa o Krajowej Radzie Sądownictwa. Komentarz,* J. Iwulski, Warszawa 2010;
2. Kołecki B., *Prawo o ustroju sądów powszechnych. Komentarz*, Warszawa 2016;
3. Kołecki B. [w:] Hayduk-Hawrylak I., Kołecki B., Wleklińska A., *Prawo o ustroju sądów powszechnych. Komentarz*, Warszawa 2018;
4. Kotowski D.E., *Dyrektor sądu jako organ menadżerskiego systemu zarządzania w sądach powszechnych*, Warszawa 2018;
5. Maciejewski T., *Historia ustroju i prawa sądowego Polski*, Warszawa 2017;
6. Przymusiński B., *Ustrój sądów powszechnych. Przepisy z wprowadzeniem*, Warszawa 2017;
7. Romańska M. [red.] *Regulamin urzędowania sądów powszechnych,* Warszawa 2013;
8. Strus Z., Godlewska-Michalak B., Kremer J., *Prawo o ustroju sądów powszechnych Komentarz*, Warszawa 2013;
9. Żuławik A., *Ustrój sądownictwa w Polsce,* Warszawa 2013.

PRAWO W DZIAŁANIU
SPRAWY CYWILNE
40/2019
DOI: 10.32041/pwd.4009

Bartłomiej Oręziak*

Analiza prawnej dopuszczalności zamieszczania hiperlinków w internecie. Uwagi na tle wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 4.12.2018 r. w sprawie MAGYAR JETI ZRT przeciwko Węgrom**[1]

1. WSTĘP

Zagadnienie odpowiedzialności cywilnej za zamieszczanie hiperlinków w internecie stanowi aktualne oraz ciągle rozwijające się zagadnienie natury prawnej. Dzieje się tak dlatego, że z jednej strony konieczna jest skuteczna ochrona słusznych interesów podmiotów prawa autorskiego przed bezprawnymi naruszeniami, z drugiej zaś – nie mniej istotne jest zagwarantowanie pełnego korzystania przez użytkowników internetu z ich wolności do ekspresji. Okazuje się więc, że niezbędne jest opracowanie optymalnych kryteriów dopuszczalności linkowania, które będą właściwe zarówno z punktu widzenia prawa własności intelektualnej, jak i międzynarodowego systemu ochrony praw człowieka.

Początkiem bardziej skonkretyzowanych rozważań dotyczących tytułowego zagadnienia była działalność Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej TS lub TSUE) w Luksemburgu, dotycząca autonomicznej interpretacji pojęcia „publicznego udostępniania"[2] użytego w art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 22.05.2001 roku[3]. Przedmiotowe orzecznictwo jasno opowiedziało się po stronie wzmożonej ochrony prawno-autorskiej, określając rygorystyczne zasady i czynniki decydujące o odpowiedzialności użytkowników internetu za umieszczanie hiperlinków. Uwaga ta dotyczy w szczególności orzeczeń w sprawie:

* Autor jest doktorantem w Katedrze Ochrony Praw Człowieka i Prawa Międzynarodowego Humanitarnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Polska, ORCID 0000–0001–8705–6880, e-mail: boreziak@gmail.com

** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 12.06.2019 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 4.09.2019 r.

[1] Nr skargi 11257/16. Wszystkie wyroki Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej ETPC) są dostępne na stronie HUDOC.

[2] Pierwszym orzeczeniem TS w tej materii był wyrok z 13.02.2014 r., C-466/12, Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman, Pia Gadd przeciwko Retriever Sverige AB, EU:C:2014:76.

[3] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2001/29/WE z 22.05.2001 r. w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym (Dz.Urz. UE L 167, s. 10) – dalej dyrektywa 2001/29/WE.

- GS Media[4], gdzie zaproponowano zasady i czynniki decydujące o legalności umieszczania hiperlinków referujących do utworu dostępnego w internecie bez zgody podmiotu prawa autorskiego. TSUE wskazał, że w takich okolicznościach konieczna jest analiza z punktu widzenia zasady dwóch przesłanek, czyli identyfikacji czynności udostępnienia utworu i udostępnienia go publiczności oraz zasady zindywidualizowanej oceny, tj. zbadanie roli użytkownika i zamierzonego charakteru jego działania, zdekodowanie pojęcia „publiczności" oraz „nowej publiczności", ustalenie istnienia bądź braku zgody podmiotu praw autorskich oraz uwzględnienie zarobkowego charakteru udostępnienia[5];
- Filmspeler[6], gdzie na podstawie zasad i czynników określonych w wyroku GS Media wyinterpretowano odpowiedzialność cywilną sprzedawcy odtwarzacza multimedialngo, na którym zostały preinstalowane (dostępne w internecie) wtyczki zawierające hiperłącza prowadzące do ogólnodostępnych serwisów internetowych, zawierających utwory chronione prawem autorskim umieszczone tam bez zezwolenia podmiotów tych praw (linkowanie w urządzeniach materialnych)[7];
- The Pirate Bay[8], gdzie dokonano rozszerzającej interpretacji zasad i czynników z wyroku GS Media i zaproponowano nową formę zjawiskową linkowania. Mianowicie, TS uznał za uzasadnione pociągnięcie do odpowiedzialności cywilnej użytkownika internetu, który zarządzając i udzielając dostępu do platformy wymiany online, działającej na zasadzie indeksacji metadanych dotyczących utworów chronionych, umożliwiał użytkownikom tej platformy wyszukanie tych utworów oraz ich wymianę w ramach sieci równorzędnej (udostępnienie pośrednie albo pomocnictwo w linkowaniu). Uzasadnienie przedmiotowej konstrukcji prawnej oparto na warunku *sine qua non*, zgodnie z którym: gdyby administratorzy witryny internetowej nie udzielali dostępu do platformy i nie zarządzali nią, to utwory chronione nie mogłyby być wymieniane przez użytkowników lub ich wymiana w internecie byłaby trudniejsza[9];

[4] Wyrok TS z 8.09.2016 r., C-160/15, GS Media przeciwko Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruidzie Dekker, EU:C:2016:644 – dalej wyrok GS Media.

[5] E. Rosati, *GS Media and its implications for the construction of the right of communication to the public within EU copyright architecture*, "Common Market Law Review" 2017/4, s. 1221–1230; P. Radosavljev, *For whom the copyright scale tips: Has the CJEU established a proper balance of rights with its GS Media case judgement?*, "European Journal of Law and Technology" 2017/3, s. 5; J. Long, *Different Solutions for Similar Questions: Hyperlinks and the Right of Communication to the Public in China and the EU*, "International Review of Intellectual Property and Competition Law" 2018/4, s. 430–433.

[6] Wyrok TS z 26.04.2017 r., C-527/15, Stichting Brein przeciwko Jackowi Frederikowi Wullemsowi, EU:C:2017:300.

[7] G. Colangelo, M. Maggiolino, *ISPs' copyright liability in the EU digital single market strategy*, "International Journal of Law and Information Technology" 2018/2, s. 142–159; J. Ginsburg, *The Court of Justice of the European Union Creates an EU Law of Liability for Facilitation of Copyright Infringement: Observations on Brein v. Filmspeler [C-527/15] (2017) and Brein v. Ziggo [C-610/15] (2017)*, "Columbia Law and Economics Working Paper" 2017/572, s. 4–5.

[8] Wyrok TS z 14.06.2017 r., C-610/15, Stichting Brein przeciwko Ziggo BV, XS4ALL Internet BV, EU:C:2017:456.

[9] D. Visser, *Kroniek van de intellectuele eigendom*, "Nederlands Juristenblad" 2018/93, s. 1025–1026; J. Koo, *Away we Ziggo: the latest chapter in the EU communication to the public story*, "Journal of Intellectual Property Law & Practice" 2018/7, s. 542–551; J. Nordemann, *Recent CJEU case law on communication to the public and its application in Germany: A new EU concept of liability*, "Journal of Intellectual Property Law & Practice" 2018/9, s. 744–756.

- Renckhoff[10], gdzie podkreślono, że o legalności umieszczania hiperlinków referujących utwory dostępne w internecie za zgodą podmiotu prawa autorskiego nie decydują zasady i czynniki z wyroku GS Media, lecz tylko i wyłącznie prosta subsumpcja autonomicznie rozumianego pojęcia „nowej publiczności" pod stan faktyczny. TSUE opierając swój wywód na powyższym założeniu, doszedł do wniosku, że pojęcie „publicznego udostępniania" z art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29/WE należy interpretować w ten sposób, iż obejmuje ono zamieszczenie na stronie internetowej fotografii, która została wcześniej opublikowana na innej stronie internetowej, bez ograniczeń uniemożliwiających jej pobranie i za zgodą podmiotu praw autorskich[11].

Powyżej zarysowane orzecznictwo buduje przeświadczenie pełnej oraz skutecznej ochrony praw autorskich w internecie, nie zajmując się wnikliwą analizą wolności wypowiedzi i informacji, pomimo przewidzenia jej w art. 11 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej [12]: „1. Każdy ma prawo do wolności wypowiedzi. Prawo to obejmuje wolność posiadania poglądów oraz otrzymywania i przekazywania informacji i idei bez ingerencji władz publicznych i bez względu na granice państwowe. 2. Szanuje się wolność i pluralizm mediów.". W związku z powyższym, użytkownicy internetu mogli zaczynać mieć uzasadnione obawy związane z nieadekwatnością ingerencji TS we właściwe funkcjonowanie społeczeństwa informacyjnego. Konieczna zatem stała się inicjacja dyskusji dotycząca tytułowego zagadnienia na płaszczyźnie praw przynależnych każdemu człowiekowi. Podmiotem właściwym instytucjonalnie do podjęcia takich działań jest inny europejski trybunał, mianowicie Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu. Dnia 4.12.2018 r. został wydany wyrok ETPC w sprawie Magyar Jeti Zrt przeciwko Węgrom[13] będący przedmiotem analizy niniejszego artykułu, a dotyczący odpowiedzialności prawnej za zamieszczanie hiperlinków w internecie w kontekście pogłębionego zbadania przedmiotu i zakresu wolności wyrażania opinii przewidzianej w art. 10 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności[14], którego synonimicznym odpowiednikiem jest art. 11 KPP. Wskazane orzeczenie ETPC może być poczytywane jako przejaw dialogu sądowego w sferze ochrony praw człowieka oraz złagodzenie tonu dyskursu stworzonego przez TSUE[15]. Celem naukowym niniejszego opracowania jest ustalenie zasadności powyższego stwierdzenia.

[10] Wyrok TS z 7.08.2018 r., C-161/17, Land Nordrhein-Westfalen przeciwko Dirkowi Renckhoffowi, EU:C:2018:634.

[11] I. Fernández-Díez, *La puesta a disposición de obras y prestaciones protegidas por quien no tiene la autorización de los titulares de derechos de propiedad intelectual cuando previamente se ha hecho accesible dicha obra en Internet con licencia del autor*, "La Ley Unión Europea" 2018/64, s. 2; D. Visser, *Hof van Justitie van de Europese Unie, 7 augustus 2018, C-161/17, ECLI:EU:C:2018: 634*, "AMI: tijdschrift voor auteurs-, media-en informatierecht" 2018/8, s. 183–190; F. Wang, *Current developments – Europe*, "Intellectual Property Forum: journal of the Intellectual and Industrial Property Society of Australia and New Zealand" 2018/8, s. 61–65.

[12] Dz.Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 389 – dalej KPP, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=celex%3A12012P%2FTXT (dostęp: 8.05.2019 r.).

[13] Dalej wyrok Magyar Jeti Zrt przeciwko Węgrom.

[14] Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.) – dalej EKPC.

[15] L. Guerra, *Dialogues between the Strasbourg Court and National Courts* [w:] *Judicial Dialogue and Human Rights*, red. A. Müller, H.E. Kjos, Cambridge 2017, s. 401–410.

2. STAN FAKTYCZNY

Dnia 23.02.2016 r. spółka prawa węgierskiego Magyar Jeti Zrt (dalej MJZ) złożyła skargę przeciwko Węgrom w trybie art. 34 EKPC, podnosząc zarzut z art. 10 EKPC. Zgodnie z tym przepisem sądy krajowe, przypisując odpowiedzialność MJZ za opublikowanie hiperłącza na swojej stronie internetowej prowadzącego do treści oszczerczych/zniesławiających (ang. *defamatory content*)[16], nadmiernie ograniczyły jej swobodę wypowiedzi. Warty uwagi jest fakt, że MJZ prowadzi popularny portal informacyjny generujący ok. 75 artykułów dziennie na tematy związane z polityką, technologią sportem i kulturą i jest odwiedzany średnio przez 250 000 unikalnych użytkowników dziennie. Nad jego profesjonalną obsługą pracują 24 osoby[17].

Fakty przedstawiają się następująco. Dnia 5.09.2013 r. miał miejsce incydent związany z przejazdem kibiców przez wioskę Konyár na Węgrzech. Podczas postoju przy szkole podstawowej, w której uczniami byli głównie Romowie, kibice wysiedli z autobusu i zaczęli śpiewać, intonować i krzyczeć rasistowskie uwagi, i grozić uczniom, którzy byli wtedy obecni na placu zabaw. W celu ochrony dzieci, nauczyciele wezwali policję i zabrali je do środka oraz kazali ukryć się pod stołami i w łazience. Kibice piłki nożnej wsiedli do autobusu i opuścili teren dopiero po przybyciu policji. Tego samego dnia przywódca samorządu mniejszości romskiej w Konyár udzielił wywiadu w towarzystwie ucznia szkoły podstawowej i jego matki, który następnie został umieszczony na witrynie internetowej www.Youtube.com. Odnosząc się do wydarzenia z udziałem węgierskich kibiców, stwierdził on jednoznacznie[18], że odpowiedzialność za nie ponosi partia polityczna Jobbik[19]. Dnia 6.09.2013 r. MJZ opublikowała artykuł na temat incydentu w Konyár na stronie internetowej 444.hu pt. „Kibice piłki nożnej zmierzający do Rumunii zatrzymali się, aby zagrozić cygańskim uczniom"[20], którego integralną częścią był hipelink zewnętrzy do portalu Youtube. Po jego kliknięciu następowało przekierowanie poprzez otwarcie nowej strony do wywiadu udzielonego przez przywódcę samorządu mniejszości romskiej w Konyár 5.09.2013 r.[21]

Dnia 13.10.2013 r. partia polityczna Jobbik wszczęła postępowanie o zniesławienie przed Sądem Najwyższym w Debreczynie przeciwko ośmiu oskarżonym, w tym przeciwko MJZ. Jobbik argumentował, że media, publikując hiperlink do kwestionowanego filmu, naruszyły jego prawo do reputacji. MJZ przegrała sprawy sądowe w każdej instancji, a złożona przez nią skarga konstytucyjna została oddalona[22]. Zatem zostały wyczerpane dostępne krajowe środki zaskarżenia.

[16] Używana nomenklatura pochodzi wprost z orzeczenia. Wydaje się, że oznacza ona zarówno przypadki zniesławienia rozumianego zgodnie z polskim Kodeksem karnym (tekst jedn.: Dz.U. z 2019 r. poz. 1950), jak i treści naruszających dobra osobiste. Na potrzeby niniejszej publikacji pojęcie treści zniesławiających (ang. *defamatory content*) powinno być rozumiane w powyżej zaprezentowanym specyficznym meta języku.
[17] Wyrok Magyar Jeti Zrt przeciwko Węgrom, pkt 1.
[18] Przywódca samorządu mniejszości romskiej w Konyár podczas wywiadu używał takich sformułowań jak: „Zaatakowali szkołę, Jobbik ją zaatakował" oraz „Członkowie Jobbik, dodam, byli członkami Jobbik, z pewnością byli członkami Jobbik" (wyrok Magyar Jeti Zrt przeciwko Węgrom, pkt 8).
[19] Jobbik jest węgierską prawicową partią polityczną, https://www.jobbik.com (dostęp: 10.05.2019 r.).
[20] Tłumaczenie autora. Oryginalna treść tytułu artykułu brzmi: „*Football supporters heading to Romania stopped to threaten gypsy pupils*" (wyrok Magyar Jeti Zrt przeciwko Węgrom, pkt 9).
[21] Wyrok Magyar Jeti Zrt przeciwko Węgrom, pkt 7–8.
[22] Wyrok Magyar Jeti Zrt przeciwko Węgrom, pkt 20.

3. WŁAŚCIWE MIĘDZYNARODOWE ORAZ KRAJOWE STANDARDY

Duże znaczenie dla omawianej sprawy ma relewantne prawo i praktyka międzynarodowa oraz krajowa. Miała ona pośredni wpływ dla ostatecznej treści podjętego przez ETPC werdyktu[23]. Zatem zagadnienie prawnej odpowiedzialności za zamieszczanie hiperlinków w internecie należy konfrontować z wypracowanymi już standardami w tej materii[24]:

- Wspólna deklaracja specjalnego sprawozdawcy Organizacji Narodów Zjednoczonych ds. wolności opinii i wypowiedzi, przedstawiciela Organizacji Bezpieczeństwa Wewnętrznego Europy ds. wolności mediów oraz specjalnego sprawozdawcy Organizacji Państw Amerykańskich ds. wolności wypowiedzi[25].
  W deklaracji wskazano, że nikt nie powinien być pociągnięty do odpowiedzialności prawnej za treści internetowe, których nie jest autorem, chyba że przyjął je jako własne lub odmówił wykonania nakazu sądowego dotyczącego ich usunięcia.
- Zalecenie Komitetu Ministrów dla państw członkowskich w sprawie środków promujących wartość usług publicznych w internecie[26].
  W zaleceniu zauważono zwiększającą się rolę internetu w dostarczaniu społeczeństwu różnorodnych źródeł informacji i istotnej zależności ludzi od internetu jako narzędzia komunikacji. Podkreślono tam, że internet, z jednej strony, znacznie poprawia korzystanie z praw człowieka i podstawowych wolności (np. prawo do wolności wypowiedzi), z drugiej zaś strony – zwiększa jednak ryzyko naruszenia innych chronionych praw (np. poszanowanie życia prywatnego, tajemnica korespondencji oraz godność człowieka). Przedmiotowy dokument zawiera rekomendację opracowania przejrzystych ram prawnych w dziedzinie nowoczesnych technologii informacyjnych i komunikacyjnych oraz sugestię jasnej samoregulacji i współregulacji sektora prywatnego, na podstawie której zainteresowane podmioty działające w tym obszarze mogłyby zostać pociągnięte do odpowiedzialności.
- Zalecenie Komitetu Ministrów dla państw członkowskich w sprawie nowego pojęcia mediów[27].
  W zaleceniu podkreślono potrzebę przeprowadzenia analizy regulacyjnej w stosunku do kluczowych podmiotów dostarczających produkty lub świadczących usługi w ekosystemie nowoczesnych technologii

[23] Wyrok Magyar Jeti Zrt przeciwko Węgrom, pkt 26–32.
[24] Pomijając zarysowane powyżej orzecznictwo TS.
[25] Wspólna deklaracja z 21.12.2005 r. złożona przez specjalnego sprawozdawcę ONZ ds. wolności opinii i wypowiedzi, przedstawiciela OBWE ds. wolności mediów oraz specjalnego sprawozdawcy Organizacji Państw Amerykańskich ds. wolności wypowiedzi, https://www.osce.org/fom/27455?download=true (dostęp: 11.05.2019 r.).
[26] Zalecenie CM/Rec (2007) 16 Komitetu Ministrów dla państw członkowskich w sprawie środków promujących wartość usług publicznych w internecie przyjęte przez Komitet Ministrów 7.11.2007 r. na 1010. posiedzeniu Komitetu Delegatów Ministrów, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805d4a39 (dostęp: 11.05.2019 r.).
[27] Zalecenie CM/Rec (2011) 7 Komitetu Ministrów dla państw członkowskich w sprawie nowego pojęcia mediów przyjęte przez Komitet Ministrów 21.09.2011 r. na 1121. posiedzeniu Komitetu Delegatów Ministrów, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805cc2c0 (dostęp: 12.05.2019 r.).

informacyjnych i komunikacyjnych. Za cele przedmiotowej analizy wskazano zagwarantowanie obywatelom prawa do wyszukiwania, otrzymywania i przekazywania informacji zgodnie z art. 10 EKPC oraz rozszerzenie ochrony przed ingerencją obejmującą sytuacje zwiększające ryzyko nakładania nadmiernych samoograniczeń lub autocenzury, która mogłaby mieć negatywne oddziaływanie na te prawa. Dodatkowo, podkreślane w tym dokumencie zróżnicowane i wielostopniowe podejście wymaga, aby każdy podmiot działający na płaszczyźnie nowoczesnych technologii mógł skorzystać zarówno z odpowiedniej formy (zróżnicowanie), jak i właściwego poziomu (wielostopniowanie) ochrony. Konieczne jest także, aby jego odpowiedzialność była określona zgodnie z art. 10 EKPC i z innymi odpowiednimi standardami stworzonymi przez Radę Europy.

- Wyrok Federalnego Trybunału Konstytucyjnego (sygn. akt 1 BvR 1248/11)[28].
  W wyroku wskazano, że użytkownik internetu umieszczając hiperlink do innej strony internetowej nie czyni automatycznie zawartości tej strony swoją opinią, a samo umieszczenie linku nie narusza praw innych osób, gdy referowaną stronę internetowa zawierającą niezgodne z prawem treści można łatwo znaleźć za pomocą wyszukiwarki internetowej.
- Wyrok Sądu Najwyższego Kanady w sprawie Crookes przeciwko Newton[29].
  W wyroku zauważono, że użytkownik internetu nie może nikogo zniesławić publikując hiperlink do strony internetowej lub dokumentu podmiotu trzeciego, zawierającego zniesławiający materiał. Podkreślono, że hiperlinki różnią się zasadniczo od tradycyjnych form publikacji, gdyż jedynie informują o istnieniu jakiejś treści w internecie, ale same jej nie tworzą i nigdy nie powinny być poczytane jako publikacja treści, do której się odnoszą.
- Wyrok Sądu Apelacyjnego Stanów Zjednoczonych w sprawie Philadelphia Newspapers, LLC (precedens)[30].
  W wyroku stwierdzono, że zasady tradycyjnej publikacji, zgodnie z którymi przypisy (odniesienia tekstowe) nie są traktowane jako forma ponownej publikacji materiału, powinny mieć również zastosowanie do hiperlinków, jeśli nie przekształcają one referowanej treści.

4. STANOWISKO EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU PRAW CZŁOWIEKA

MJZ zarzuciła, że orzeczenia sądów węgierskich ustanawiające obiektywną odpowiedzialność za umieszczenie hiperlinka do treści zniesławiających w administrowanym przez nią portalu internetowym, stanowiły naruszenie wolności słowa

[28] Wyrok niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z 15.12.2011 r., 1 BvR 1248/11, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2011/12/rk20111215_1bvr124811.html (dostęp: 12.05.2019 r.).

[29] Wyrok Sądu Najwyższego Kanady z 19.10.2011 r. w sprawie Crookes przeciwko Newton, 2011 SCC 47, [2011] 3 S.C.R. 269, https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/7963/index.do (dostęp: 11.05.2019 r.).

[30] Wyrok Sądu Apelacyjnego Stanów Zjednoczonych dla trzeciego obwodu z 26.07.2012 r. w sprawie Philadelphia Newspapers, LLC (precedens), nr 11–3257, 2012 U.S., https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca3/11–3257/11–3257–2012–07–26.html (dostęp: 11.05.2019 r.).

zagwarantowanej w art. 10 EKPC. Zgodnie z tym przepisem każdy ma prawo do wolności wyrażania opinii, a prawo to obejmuje wolność posiadania poglądów oraz otrzymywania i przekazywania informacji, a także idei bez ingerencji władz publicznych, i to bez względu na granice państwowe. ETPC zaznaczył, że w tej sprawie nie ma wątpliwości co do tego, że doszło do ingerencji w prawo chronione na mocy EKPC. Natomiast za istotne uznał ustalenie, czy przedmiotowa ingerencja była przewidziana przez prawo i niezbędna w społeczeństwie demokratycznym w interesie bezpieczeństwa państwowego, integralności terytorialnej lub bezpieczeństwa publicznego ze względu na konieczność zapobieżenia zakłóceniu porządku lub przestępstwu, z uwagi na ochronę zdrowia i moralności, ochronę dobrego imienia i praw innych osób oraz ze względu na zapobieżenie ujawnieniu informacji poufnych lub na zagwarantowanie powagi i bezstronności władzy sądowej[31]. Innymi słowy, ETPC uznał za celowe zbadanie, czy w okolicznościach takich jak w sprawie MJZ przeciwko Węgrom, ingerencja w prawo przewidziane w art. 10 EKPC była oparta na istotnych i wystarczających powodach, a w konsekwencji – czy była ona konieczna w demokratycznym społeczeństwie.

Trybunał w Strasburgu zaczynając analizę w przedmiotowej sprawie, wskazał, że ingerencja dokonana przez sądy krajowe była przewidziana przez prawo, a dokładnie przez art. 75 i 78 węgierskiego Kodeksu cywilnego[32]. Natomiast podnoszona przez MJZ kwestia przewidywalności zastosowania powyższej normy prawnej do umieszczania hiperlinków nie została uznana za istotną[33]. Następnie, ETPC zaznaczył, że relewantne dla wyjaśnienia istoty sprawy jest ustalenie, czy przedmiotowa ingerencja w prawo chronione na mocy EKPC była rzeczywiście niezbędna w społeczeństwie demokratycznym i została dokonana w interesie ochrony dobrego imienia oraz praw innych osób. W tym zakresie przypomniano, że ochrona przyznana dziennikarzom w art. 10 EKPC odnosząca się do sprawozdawczości w kwestiach interesu ogólnego podlega zastrzeżeniu, iż działają oni w dobrej wierze oraz na dokładnych podstawach faktycznych i zapewniają wiarygodne oraz dokładne informacje zgodne z etyką dziennikarstwa[34]. ETPC badając, czy istniały uzasadnione powody ingerencji w wolność wyrażania opinii, uznał się za zobowiązany do ustalenia, czy władze krajowe dokonały sprawiedliwego wyważenia interesów przy ochronie dwóch wartości gwarantowanych przez EKPC, które w niektórych przypadkach mogą wejść ze sobą w konflikt. Mowa tu o wolności słowa z art. 10 EKPC i prawie do poszanowania życia prywatnego z art. 8 EKPC. ETPC stwierdził, że uwzględniając rolę internetu w zwiększaniu publicznego dostępu do wiadomości i informacji, celem hiperlinków jest umożliwianie użytkownikom, poprzez kierowanie do innych stron i zasobów internetowych, nawigowania do oraz z materiału w internecie charakteryzującym się dostępnością ogromnej ilości informacji[35]. Zauważono, że linki różnią się od tradycyjnych aktów

[31] Wyrok Magyar Jeti Zrt przeciwko Węgrom, pkt 63–67.
[32] 1959. évi IV. törvény a Polgári Törvénykönyvről, https://wipolex.wipo.int/en/text/242077 (dostęp: 12.05.2019 r.).
[33] MJZ argumentowała, że zgodnie z prawem krajowym nie można było przewidzieć, iż umieszczenie hiperłącza kwalifikuje się jako rozpowszechnianie nieprawdziwych lub zniesławiających informacji (wyrok Magyar Jeti Zrt przeciwko Węgrom, pkt 58).
[34] Wyrok ETPC z 29.03.2016 r., Bédat przeciwko Szwajcarii, nr skargi 56925/08, pkt 58.
[35] Wyrok Magyar Jeti Zrt przeciwko Węgrom, pkt 73.

publikacji tym, że – co do zasady[36] – kierują użytkowników do treści dostępnych już w innych miejscach w internecie, nie przekazują ich treści, a jedynie zwracają uwagę czytelników na istnienie tych materiałów na innej stronie internetowej[37]. Można z tego wysnuć wniosek, że zdaniem ETPC hiperlinki nie tworzą nowej treści w internecie, a więc nie stanowią czynności publikacji. Skład orzekający podkreślił także, że zasadniczo[38] osoba linkująca treści nie sprawuje kontroli nad zawartością strony internetowej, do której jej hiperlink umożliwia dostęp, a tym bardziej nie ma takiego wpływu na zamiany, jakie mogą być dokonane na tej konkretnej witrynie już po udostępnieniu linka[39].

W konsekwencji biorąc pod uwagę okoliczności sprawy oraz zarysowaną specyfikę linków, ETPC nie zgodził się z podejściem sądów węgierskich, polegającym na automatycznym przypisywaniu odpowiedzialności prawnej za referowaną treść w internecie, co jest wynikiem utożsamiania prostego zamieszczenia hiperlinka z czynnością publikacji. Niemniej jednak nie została wykluczona możliwość przypisania przedmiotowej odpowiedzialności. Dzieje się tak dlatego, że ETPC zaproponował kryteria indywidualnej oceny, z których w uzasadnionych okolicznościach może wynikać przypisanie odpowiedzialności prawnej za linkowanie, w tym przypadku dostosowane do linkowania treści zniesławiających oraz stanu faktycznego. Przedmiotowe kryteria indywidualnej oceny polegają na ustaleniu faktu[40]:

- czy dziennikarz poparł referowaną treść;
- czy dziennikarz powtórzył referowaną treść (bez jej poparcia);
- czy dziennikarz po prostu umieścił hiperlink do referowanej treści (bez jej popierania lub powtarzania);
- czy dziennikarz wiedział lub mógł racjonalnie wiedzieć, że referowana treść była zniesławiająca lub w inny sposób niezgodna z prawem;
- czy dziennikarz działał w dobrej wierze, szanował etykę dziennikarstwa i działał z należytą starannością w dziennikarstwie cechującym się odpowiedzialnością?

Trybunał strasburski wskazał, że artykuł opublikowany przez MJZ tylko i wyłącznie wspominał o wywiadzie oraz umożliwiał do niego dostęp za pośrednictwem hiperlinka, bez komentowania, popierania, stwierdzania prawdziwości czy powtórzeń przedmiotowego wywiadu[41]. Zatem kwestionowany artykuł nie był równoznaczny z opublikowaniem zniesławiających treści, a co za tym idzie przypisanie MJZ odpowiedzialności prawnej za linkowanie byłoby niewłaściwe. W konsekwencji ETPC stwierdził, że nałożenie przez sądy węgierskie obiektywnej odpowiedzialności na MJZ nie było oparte na istotnych i wystarczających podstawach, co oznacza nieproporcjonalne ograniczenie jej prawa do wolności wypowiedzi[42]. W związku z powyższym doszło do naruszenia art. 10 EKPC.

[36] Przedmiotowa kwestia jest zależna od rodzaju hiperlinka, zob. K. Janc, *Geografia hiperlinków-przestrzenny wymiar samorządowych serwisów internetowych*, „Studia Regionalne i Lokalne" 2011/12, s. 30–50.
[37] Wyrok Magyar Jeti Zrt przeciwko Węgrom, pkt 74.
[38] Wyjątkiem jest okoliczność, w której hiperłącze wskazuje na zawartość kontrolowaną przez osobę linkującą (wyrok Magyar Jeti Zrt przeciwko Węgrom, pkt 75).
[39] Wyrok Magyar Jeti Zrt przeciwko Węgrom, pkt 75–76.
[40] Wyrok Magyar Jeti Zrt przeciwko Węgrom, pkt 77.
[41] Wyrok Magyar Jeti Zrt przeciwko Węgrom, pkt 79.
[42] Wyrok Magyar Jeti Zrt przeciwko Węgrom, pkt 84–85.

5. KONSEKWENCJE (PODSUMOWANIE)

Bez wątpienia, orzeczenie ETPC w sprawie MJZ przeciwko Węgrom ma doniosłe znaczenie dla zagadnienia prawnej odpowiedzialności za zamieszczanie hiperlinków w internecie, gdyż może być poczytywane jako prawno-człowieczy głos w dyskusji. Dyskusji podjętej przede wszystkim z TSUE jako inicjatorem orzeczniczej analizy dopuszczalności linkowania. Uprawnione zatem jest traktowanie wyroku ETPC jako otwierającego dialog sądowy na płaszczyźnie praw człowieka, mający swoje formalne źródło w zinstytucjonalizowanych organach międzynarodowych[43].

Niemniej jednak podczas konfrontowania wyroku ETPC z linią orzeczniczą Trybunału w Luksemburgu możliwe jest zidentyfikowanie kilku problematycznych kwestii. Zdecydowanie najważniejszą jest ustalenie, czy wyrok strasburski jest zgodny z linią orzeczniczą TS. Przedmiotowe zagadnienie jest istotne i trudne do osądzenia. Z wykładni literalnej wynika, że ETPC nie traktuje umieszczenia hiperlinka odsyłającego do innej witryny internetowej jako czynności tworzącej nową treść w internecie[44]. W oczywistej opozycji znajduje się TSUE, który w orzeczeniach w sprawach GS Media, Filmspeler oraz The Pirate Bay doszedł do odmiennych konkluzji. Dodatkowo, TS w sprawie Renckhoff opiera swój wywód na założeniu, że zgoda podmiotu praw autorskich udzielona ogólnodostępnej stronie internetowej dotyczy tylko i wyłącznie tej konkretnej strony internetowej, a jakiekolwiek wykraczanie poza jej przedmiot jest niedopuszczalne. Założenie to jest literalnie nie do pogodzenia z wyrokiem MJZ przeciwko Węgrom, gdzie stwierdzono, że wraz z momentem załadowania treści referowanej przez pierwotnego administratora strony internetowej, do której prowadzi hiperlink, jest zapewniany do niej nieograniczony dostęp[45] (naturalnym wyjątkiem są zamknięte witryny internetowe świadczące usługi tylko i wyłącznie swoim klientom, np. Netflix). Zatem można dojść do niezgodnego wniosku, a nawet kolizji pomiędzy stanowiskami TSUE a ETPC. Ma to ogromne konsekwencje, ponieważ orzecznictwo TS dotyczące wykładni przepisów prawa pochodnego powinno być uwzględniane przez każde państwo członkowskie Unii Europejskiej[46]. Zgodnie z powyższymi uwagami istnieje w takiej sytuacji spore prawdopodobieństwo kolizji z art. 10 EKPC. Innymi słowy, państwo członkowskie[47], uwzględniając linie orzeczniczą TS dotyczącą linkowania, naraża się na naruszenie art. 10 EKPC.

Powyżej zaprezentowano prostszą drogę interpretacji i jej wynik. Do innych konkluzji może jednak prowadzić wykładnia celowościowa. Celem orzeczenia ETPC w wyroku MJZ przeciwko Węgrom nie było zaprzeczenie standardom wypracowanym przez TSUE, a raczej zwrócenie uwagi na inne, niż tylko prawno-autorskie oblicze hiperlinków, oblicze prawno-człowiecze. Potwierdzają to wskazanie przez Trybunał w Strasburgu orzeczenia w sprawie GS Media jako relewantnego międzynarodowego standardu[48] oraz synonimiczna treść subiektywnego kryterium

[43] J. Roig, *Human Rights and judicial dialogue between America and Europe: toward a new model of law?*, "The Age of Human Rights Journal" 2016/6, s. 24–41.
[44] Wyrok Magyar Jeti Zrt przeciwko Węgrom, pkt 73–83.
[45] Wyrok Magyar Jeti Zrt przeciwko Węgrom, pkt 75.
[46] M. Koszowski, *Granice związania orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej* [w:] *Granice państwa jako granice jurysdykcji w Unii Europejskiej*, red. S. Grochalski, Dąbrowa Górnicza 2012, s. 35–54.
[47] Warto podkreślić, że każde państwo członkowskie UE jest jednocześnie Państwem-Stroną EKPC.
[48] Wyrok Magyar Jeti Zrt przeciwko Węgrom, pkt 29.

indywidualnej oceny ETPC (czy dziennikarz wiedział lub mógł racjonalnie wiedzieć, że referowana treść była zniesławiająca lub w inny sposób niezgodna z prawem) z subiektywnym czynnikiem zasady zindywidualizowanej oceny TS (zbadanie roli użytkownika i zamierzonego charakteru jego działania). Zatem widoczne jest inspirowanie się przez ETPC linią orzeczniczą Trybunału luksemburskiego. Znamienne jest również podkreślenie w powyższym kryterium ETPC, że nie dotyczy ono tylko treści zniesławiających, ale także tych w inny sposób niezgodnych z prawem. Oznacza to, że też niezgodnych z prawem autorskim, a to ten element orzeczenia ETPC jest zbieżny ze stanowiskiem TSUE. Dodatkowo, orzeczenie ETPC dotyczy *expressis verbis* linkowania treści zniesławiających, a nie naruszających prawa autorskie posiadające swoją charakterystykę. W związku z powyższymi uwagami można dojść do funkcjonalnego wniosku, że:

- w sytuacji linkowania treści zniesławiających – mają w pełni zastosowanie kryteria indywidualnej oceny ETPC ze sprawy MJZ przeciwko Węgrom;
- w sytuacji linkowania treści dostępnych w internecie bez zgody podmiotu praw autorskich[49] – zastosowanie mają zasady i czynniki wypracowane przez TSUE w wyroku GS Media;
- w sytuacji linkowania treści dostępnych w internecie za zgodą podmiotu prawa autorskiego – brak prawnej odpowiedzialności, gdyż wyroku ETPC MJZ przeciwko Węgrom z wyrokiem TSUE w sprawie Renckhoff nawet funkcjonalnie nie da się pogodzić.

Reasumując, wyrok ETPC w sprawie MJZ przeciwko Węgrom należy ocenić pozytywnie, jako głos rozsądku w dyskusji dotyczącej prawnej odpowiedzialności za zamieszczanie hiperlinków w internecie. Orzeczenie to inicjuje dialog sądowy z TS nakierunkowany na zbudowanie optymalnego systemu linkowania w Europie, skoncentrowanego, z jednej strony, na słusznych interesach podmiotów prawa autorskiego, a z drugiej strony – na ochronie praw człowieka w internecie[50].

Abstract

Bartłomiej Oręziak, *Analysis of the Legal Admissibility of Placing Hyperlinks on the Internet. Comments against the Background of Judgment of the European Court of Human Rights of 4 December 2018 in Case Magyar Jeti Zrt v. Hungary*

The aim of this paper is to discuss the significance of the judgment issued by the European Court of Human Rights on 4 December 2018 in case Magyar Jeti Zrt v. Hungary in the light of the analysis of legal admissibility of placing hyperlinks on the Internet. First, introductory remarks focus on outlining ECtHR case law on the subject-matter of the analysis, with selected and most important theses being presented. Next, the facts of the case are presented, while relevant international and national standards regarding the responsibility

[49] Istotny jest tu przedmiot zgody podmiotu prawa autorskiego, gdyż może on zawierać ograniczenia co do zakresu odbiorców zamkniętego serwisu internetowego (np. Netflix).

[50] Na temat korelacji pomiędzy wolnością wyrażania opinii a internetem zob. R. MacKinnon, E. Hickok, A. Bar, H. Lim, *Fostering freedom online: The role of internet intermediaries*, Paryż 2015, s. 59–166; G. Ford, *The European Parliament and Human Rights on the Internet* [w:] *Human rights and the Internet*, red. S. Hick, E. Halpin, E. Hoskins, Londyn 2016, s. 21–30.

for posting links on the Internet are highlighted. The above allows for a full and essence-focused presentation of the ECtHR's position in the commented case. The article concludes with a concise and original summary focusing on the consequences and identified academic problems caused by the ECtHR judgment issued in case Magyar Jeti Zrt v. Hungary.

Keywords: *linking, freedom of expression, European Court of Human Rights, Court of Justice of the European Union, new technologies law*

Streszczenie

Bartłomiej Oręziak, *Analiza prawnej dopuszczalności zamieszczania hiperlinków w internecie. Uwagi na tle wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 4.12.2018 r. w sprawie MAGYAR JETI ZRT przeciwko Węgrom*

Celem niniejszego opracowania naukowego jest omówienie znaczenia wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC) z 4.12.2018 r. w sprawie Magyar Jeti Zrt przeciwko Węgrom, w kontekście analizy prawnej dopuszczalności zamieszczania hiperlinków w internecie. W pierwszej kolejności zostały zaprezentowane uwagi wprowadzające, w ramach których skupiono się na zarysie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w badanej materii, przedstawiając wybrane i najważniejsze tezy. Następnie zarysowano stan faktyczny oraz właściwe międzynarodowe i krajowe standardy dotyczące odpowiedzialności za zamieszczanie linków w internecie. Powyższe umożliwiło pełną i nakierunkowaną na esencję prezentację stanowiska Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w komentowanej sprawie. Praca kończy się zwięzłym i zawierającym autorskie spostrzeżenia podsumowaniem koncentrującym się na konsekwencjach oraz zidentyfikowanych problemach naukowych, związanych z wydaniem wyroku ETPC w sprawie Magyar Jeti Zrt przeciwko Węgrom.

Słowa kluczowe: *linkowanie, wolność wyrażania opinii, Europejski Trybunał Praw Człowieka, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, prawo nowych technologii*

Literatura:

1. Colangelo G., Maggiolino M., *ISPs' copyright liability in the EU digital single market strategy*, International Journal of Law and Information Technology 2018, nr 2;
2. Fernández-Díez I., *La puesta a disposición de obras y prestaciones protegidas por quien no tiene la autorización de los titulares de derechos de propiedad intelectual cuando previamente se ha hecho accesible dicha obra en Internet con licencia del autor*, La Ley Unión Europea 2018, nr 64;
3. Ford G., *The European Parliament and Human Rights on the Internet* [w:] *Human rights and the Internet*, red. S. Hick, E. Halpin, E. Hoskins, Londyn 2016;
4. Ginsburg J., *The Court of Justice of the European Union Creates an EU Law of Liability for Facilitation of Copyright Infringement: Observations on Brein v. Filmspeler [C-527/15] (2017) and Brein v. Ziggo [C-610/15] (2017)*, Columbia Law and Economics Working Paper 2017, nr 572;
5. Guerra L., *Dialogues between the Strasbourg Court and National Courts* [w:] *Judicial Dialogue and Human Rights*, red. A. Müller, H.E. Kjos, Cambridge 2017;
6. Koo J., *Away we Ziggo: the latest chapter in the EU communication to the public story*, Journal of Intellectual Property Law & Practice 2018, nr 7;

7. Koszowski M., *Granice związania orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej* [w:] *Granice państwa jako granice jurysdykcji w Unii Europejskiej*, red. S. Grochalski, Dąbrowa Górnicza 2012;
8. Long J., *Different Solutions for Similar Questions: Hyperlinks and the Right of Communication to the Public in China and the EU*, International Review of Intellectual Property and Competition Law 2018, nr 4;
9. MacKinnon R., Hickok E., Bar A., Lim H., *Fostering freedom online: The role of internet intermediaries*, Paryż 2015;
10. Nordemann J., *Recent CJEU case law on communication to the public and its application in Germany: A new EU concept of liability*, Journal of Intellectual Property Law & Practice 2018, nr 9;
11. Radosavljev P., *For whom the copyright scale tips: Has the CJEU established a proper balance of rights with its GS Media case judgement?*, European Journal of Law and Technology 2017, nr 3;
12. Roig J., *Human Rights and judicial dialogue between America and Europe: toward a new model of law?*, The Age of Human Rights Journal 2016, nr 6;
13. Rosati E., *GS Media and its implications for the construction of the right of communication to the public within EU copyright architecture*, Common Market Law Review 2017, nr 4;
14. Visser D., *Hof van Justitie van de Europese Unie, 7 augustus 2018, C-161/17, ECLI: EU:C:2018:634*, AMI: tijdschrift voor auteurs-, media-en informatierecht 2018, nr 8;
15. Visser D., *Kroniek van de intellectuele eigendom*, Nederlands Juristenblad 2018, nr 93;
16. Wang F., *Current developments – Europe*, Intellectual Property Forum: journal of the Intellectual and Industrial Property Society of Australia and New Zealand 2018, nr 8.

PRAWO W DZIAŁANIU
SPRAWY CYWILNE
40/2019
DOI: 10.3241/pwd.4010

Roland Szymczykiewicz*

Miejsce tzw. sygnalistów w polskim systemie prawnym. Część 1: ujęcie cywilnoprawne**

I. POJĘCIE SYGNALISTY I JEGO POZYCJA W PRAWIE MIĘDZYNARODOWYM

W polskim porządku prawnym nie ma obecnie ustawowej (legalnej) definicji pojęcia „sygnalisty", a także żadnego aktu prawnego, który jednolicie regulowałby tę materię prawną. Słowo to, powszechnie już używane, jest tłumaczeniem z języka angielskiego zwrotu *whistleblower*. W znaczeniu dosłownym oznacza on osobę „dmuchającą w gwizdek" (z ang. *whistleblowing*), co jest interpretowane jako nawiązanie do dawnego sposobu alarmowania o niebezpieczeństwie przez policjantów[1]. W ogólnym rozumieniu tego pojęcia jest to osoba zawiadamiająca w dobrej woli o nieprawidłowościach zachodzących w miejscu pracy, godzących w interes publiczny, a nieraz w interes pracodawcy[2].

Z kolei inne definicje wskazują na to, że:

- sygnalistami są osoby (pracownicy w szerokim tego słowa znaczeniu), które mając na względzie dobro swojego miejsca pracy i (lub) dobro publiczne, przekazują (najpierw swoim przełożonym, później – jeśli nie przynosi to skutku – innym instytucjom, organom ścigania lub mediom) informacje o nieprawidłowościach związanych z funkcjonowaniem swojej organizacji[3];
- sygnalistami są osoby, które działając w dobrej wierze oraz w obronie wartości istotnych z punktu widzenia interesu społecznego, decydują się ujawnić nieprawidłowości zaobserwowane w otoczeniu zawodowym[4]. Wskazane nieprawidłowości mogą także dotyczyć sfery przestępstw (zgłaszania przestępstw, w tym przestępstw korupcyjnych).

* Autor jest asystentem w Katedrze Postępowania Karnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Polska oraz adwokatem, ORCID 0000–0002–1292–9445, e-mail: r.szymczykiewicz@uksw.edu.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 2.07.2019 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 4.09.2019 r.

1 Por. A. Kobylińska, M. Folta, *Sygnaliści. Ludzie, którzy nie potrafią milczeć. Doświadczenia osób ujawniających nieprawidłowości w instytucjach i firmach w Polsce*, Warszawa 2015, s. 8.

2 Zob. internetowy słownik nowych wyrazów w języku polskim, http://nowewyrazy.uw.edu.pl/haslo/sygnalista.html?pdf=1 (dostęp: 24.06.2018 r.).

3 G. Makowski [w:] *Sygnaliści w Polsce okiem pracodawców i związków zawodowych*, red. G. Makowski, M. Waszak, Warszawa 2016, s. 9.

4 Takie określenie można znaleźć w: I. Czerniec [red.] *Sygnaliści*, „Przegląd Antykorupcyjny" 2016/2(7), s. 6 (Wstęp do opracowania).

Transparency International, jedna z czołowych organizacji pozarządowych działających na rzecz korupcji, definiuje to pojęcie jako ujawnienie albo przekazanie informacji o nieprawidłowościach, które dotyczą korupcji lub innych działań o charakterze przestępczym, niedopełnienia obowiązków, niezgodnych z prawem decyzji, sytuacji zagrożenia zdrowia publicznego i środowiska naturalnego, nadużycia władzy, nieuprawnionego wykorzystywania publicznych środków i majątku, rażącego marnowania zasobów publicznych lub złego zarządzania, konfliktu interesów oraz wszystkich działań mających na celu ukrycie tych patologii[5].

Z kolei Parlament Europejski (PE) w rezolucji z 24.10.2017 r. w sprawie uzasadnionych środków ochrony sygnalistów działających w interesie publicznym podczas ujawniania poufnych informacji posiadanych przez przedsiębiorstwa i organy publiczne (2016/2224(INI))[6], w pkt 14 definiuje sygnalistę „jako osobę, która zgłasza lub ujawnia informacje w interesie publicznym, w tym w europejskim interesie publicznym, dotyczące czynów nielegalnych lub zabronionych bądź stanowiących zagrożenie lub powodujących szkodę, które to czyny szkodzą interesowi publicznemu lub narażają go na niebezpieczeństwo, zazwyczaj, choć nie tylko, w związku ze stosunkiem pracy sygnalisty w sektorze publicznym lub prywatnym, stosunkiem umownym lub działalnością w związku zawodowym lub stowarzyszeniu; podkreśla, że obejmuje to osoby pozostające poza tradycyjnymi stosunkami pracownik – pracodawca, takie jak konsultanci, wykonawcy, stażyści, wolontariusze, pracownicy będący studentami, pracownicy tymczasowi, byli pracownicy, które posiadają dowody takich czynów i na uzasadnionych podstawach uważają, że przekazywane informacje są prawdziwe".

Polskim potencjalnym odpowiednikiem zwrotu sygnalista mógłby być „demaskator"[7], ale pojęcie to nie jest powszechnie używane i należy wskazać, że zwrot „sygnalista" przyjął się po prostu w polskiej kulturze prawnej, czego wyrazem jest szereg opracowań dotyczących tej tematyki z użyciem tego właśnie zwrotu[8]. Również polski ustawodawca zdaje się preferować ten zwrot, albowiem w projekcie ustawy o jawności życia publicznego[9] posługuje się właśnie tym określeniem i formułuje tam przepisy mające uregulować status prawny sygnalisty w Polsce.

Z oczywistych względów należy wskazać, że działalność sygnalistów ma i może mieć taki charakter, iż naraża ich na różnego rodzaju reperkusje i działania odwetowe ze strony pracodawców lub podmiotów, na których niekorzyść działali. Mogą to być w szczególności działania o charakterze mobbingu lub dyskryminacji, niesłuszne zwolnienia z pracy lub wypowiedzenia warunków pracy lub płacy, a także (w stosunku do funkcjonariuszy służb mundurowych) działania wykorzystujące narzędzia pragmatyki służbowej w celu dokuczenia sygnaliście (pogorszenia jego sytuacji życiowej, faktycznej), np. przez jego przeniesienie do miejsca służby oddalonego od miejsca zamieszkania o 300 km.

---

[5] Definicję tę przytaczają M. Kobylińska, M. Folta – zob. M. Kobylińska, M. Folta, *Sygnaliści…*, s. 7.

[6] Tekst rezolucji jest dostępny na stronie http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2017–0402+0+DOC+PDF+V0//PL (dostęp: 30.06.2018 r.).

[7] Szeroko na temat tego zwrotu zob. W. Rogowski, *Whistleblowing: bohaterstwo, zdrada czy interes?,* „Przegląd Corporate Governance" 2007/1, s. 23–41.

[8] Por. A. Wojciechowska-Nowak, *Ochrona sygnalistów w Polsce. Stan obecny i rekomendacje zmian*, Warszawa 2015; M. Kobylińska, M. Folta, *Sygnaliści…*; I. Czerniec, *Sygnaliści…*; G. Makowski [w:] *Sygnaliści…*

[9] Projekt ustawy o jawności życia publicznego wraz z uzasadnieniem jest dostępny na stronie Rządowego Centrum Legislacji, https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12304351/12465433/12465434/dokument324982.pdf (dostęp: 30.06.2018 r.).

W związku z powyższym, naturalne wydaje się, że przepisy prawne powinny stanowić ochronę dla sygnalistów. Do obowiązku ochrony sygnalistów odwołują się też wiążące Polskę akty prawa międzynarodowego w postaci Konwencji Organizacji Narodów Zjednoczonych przeciwko korupcji (art. 33)[10] oraz Cywilnoprawnej Konwencji o korupcji przyjętej przez Radę Europy[11]. Oba te akty prawne stanowią o konieczności ochrony sygnalistów przed nieuzasadnionymi działaniami (sankcjami) pracodawców.

Należy również wspomnieć o Rezolucji nr 1729 Rady Europy[12], która wzywa państwa do tego, aby w sposób kompleksowy regulować istotne aspekty ochrony sygnalisty (pkt 6.1) oraz przywoływanej już Rezolucji PE w sprawie uzasadnionych środków ochrony sygnalistów działających w interesie publicznym podczas ujawniania poufnych informacji posiadanych przez przedsiębiorstwa i organy publiczne (2016/2224(INI)), która wzywa Komisję Europejską do przeprowadzenia stosownych analiz prawnych, i do zgłoszenia przekrojowego wniosku ustawodawczego, ustanawiającego kompleksowe wspólne ramy regulacyjne, które zapewnią sygnalistom w całej UE wysoki poziom ochrony zarówno w sektorze publicznym, jak i prywatnym, a także w instytucjach krajowych i europejskich.

Należy tu wskazać, że obecnie poszczególne kraje wyrażają w tym zakresie dwa modelowe podejścia[13]:

- tzw. ochronę sektorową (czyli rozproszenie poszczególnych zapisów w aktach prawnych regulujących dane materie, np. sektory gospodarki czy funkcjonowanie grup zawodowych), która występuje np. w Irlandii, USA;
- ochronę całością, uniwersalną (tzw. *free standing law*) wyrażającą się w przyjęciu przez ustawodawcę jednego aktu prawnego, który całościowo (holistycznie) reguluje daną materię (tak jest np. w Wielkiej Brytanii, Australii, Rumunii, Słowacji i na Węgrzech).

Należy wskazać, że w Polsce, pomimo braku legalnej definicji sygnalisty oraz braku aktu prawnego formalnie regulującego tę materię, poszczególne przepisy polskiego prawa zawierają rozproszone rozwiązania mające i mogące służyć ochronie sygnalistów. Ochrona sygnalistów jest więc generalnie ochroną sektorową. Należy dodać, że obok przepisów prawa polskiego obowiązują także przepisy implementowane do polskiego prawa z przepisów Unii Europejskiej, a dotyczące funkcjonowania rynku finansowego. W listopadzie 2015 r., na mocy dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/36/UE z 26.06.2013 r. w sprawie warunków dopuszczenia instytucji kredytowych do działalności oraz nadzoru ostrożnościowego nad instytucjami kredytowymi i firmami inwestycyjnymi, zmieniającej dyrektywę 2002/87/WE i uchylającej dyrektywy 2006/48/WE oraz 2006/49/WE[14], wprowadzono obowiązek funkcjonowania efektywnych systemów *whistleblowingu* obejmujący instytucje kredytowe. W celu wprowadzenia ochrony sygnalistów, odnoszącej się do wszystkich

[10] Dz.U. z 2007 r. Nr 84, poz. 563.
[11] Dz.U. z 2004 r. Nr 244, poz. 2443.
[12] Rezolucja Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy nr 1729(2010) w sprawie ochrony informatorów wewnętrznych, tekst przyjęty 29.04.2010 r.
[13] Por. A. Wojciechowska-Nowak, *Ochrona*…, s. 8.
[14] Dz.Urz. UE L 176 z 2013 r., s. 338 ze zm.

przedsiębiorstw działających na rynku usług finansowych, zaimplementowano rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 596/2014 z 16.04.2014 r. w sprawie nadużyć na rynku (rozporządzenie w sprawie nadużyć na rynku) oraz uchylające dyrektywę 2003/6/WE Parlamentu Europejskiego i Rady i dyrektywy Komisji 2003/124/WE, 2003/125/WE i 2004/72/WE[15]. Przepisy te obowiązują w Polsce od 3.07.2016 r. i dotyczą jedynie instytucji rynku finansowego. Mają one charakter bardzo ogólny, albowiem formułują pewne zalecenia co do ochrony sygnalistów, ale mechanizm tej ochrony oraz jej wdrożenie pozostawiają państwom członkowskim UE. Powoduje to, że trudno tu mówić o „gotowym" modelu ochrony sygnalistów, raczej można mówić o odgórnym zaleceniu ich ochrony.

Na marginesie należy wskazać, że Fundacja im. Stefana Batorego, Forum Związków Zawodowych, Helsińska Fundacja Praw Człowieka i Instytut Spraw Publicznych publicznie deklarują prowadzenie prac nad obywatelskim projektem ustawy o sygnalistach. Projekt ten ma mieć znacznie szerszy zakres definicji sygnalisty oraz szerszy zakres jego ochrony, i jest zapowiadany jako kompleksowa próba uregulowania statusu sygnalisty w polskim prawie. Trudno się jednak do tego projektu odnieść szerzej z uwagi na to, że z formalnego punktu widzenia nie został on skierowany do Sejmu RP ani nie zainicjowano jeszcze właściwego trybu legislacyjnego (zbierania podpisów)[16]. Co więcej, projekt ten nie został upubliczniony w swojej finalnej i ostatecznej wersji.

Przedmiotowe opracowanie przedstawi, jak polskie przepisy chronią sygnalistów w ujęciu cywilnoprawnym, tj. przez pryzmat przepisów z zakresu prawa pracy oraz prawa cywilnego dotyczących ochrony ich praw w sferze relacji z szeroko rozumianym pracodawcą. Ochrona sygnalistów w ujęciu karnoprawnym, tj. związana ze składaniem przez nich zawiadomień o możliwości popełnienia przestępstwa, składaniem zeznań i ogólnie szeroko rozumianym udziale w postępowaniu karnym (w tym współpracy z organami ścigania) będzie przedmiotem osobnego opracowania.

Należy w tym miejscu zasygnalizować, że obecnie polski ustawodawca pracuje nad uregulowaniem materii dotyczącej sygnalistów we wspomnianym projekcie ustawy o jawności życia publicznego. Wskazany projekt znajduje się aktualnie na etapie procedowania w Stałym Komitecie Rady Ministrów, trwają więc nad nim prace.

Zgodnie z uzasadnieniem ww. projektu – jednym z elementów projektu ustawy o jawności życia publicznego obok wzmocnienia transparentności zarządzania państwem i jego majątkiem jest także wprowadzenie do polskiego porządku prawnego zasad i środków ochrony sygnalistów[17].

Z uwagi na to, że projekt ten dotyczy sygnalistów z perspektywy osób zgłaszających nieprawidłowości będące przestępstwami (zob. art. 2 ust. 1 pkt 15 projektu ustawy o jawności życia publicznego[18]), projekt ten będzie szeroko omówiony w części opracowania dotyczącej ochrony sygnalistów z perspektywy prawno-karnej.

[15] Dz.Urz. UE L 173 z 2014 r., s. 1 ze zm.

[16] Por. A. Matłacz, *Powstaje obywatelski projekt ustawy o ochronie sygnalistów* z 6.04.2018 r., dostępnyna portal lex.pl, http://www.lex.pl/czytaj/-/artykul/powstaje-obywatelski-projekt-ustawy-o-ochronie-sygnalistow (dostęp: 21.06.2018 r.).

[17] Zob. uzasadnienia projektu ustawy o jawności życia publicznego, s. 1.

[18] Zgodnie z definicją przez pojęcie to należałoby rozumieć osobę fizyczną lub przedsiębiorcę, których współpraca z wymiarem sprawiedliwości polegająca na zgłoszeniu informacji o możliwości popełnienia przestępstwa przez podmiot, z którym jest związana umową o pracę, stosunkiem służbowym lub innym stosunkiem umownym, może niekorzystnie wpłynąć na jej sytuację życiową, zawodową, materialną i której prokurator przyznał status sygnalisty.

II. OCHRONA SYGNALISTY NA PŁASZCZYŹNIE PRZEPISÓW DOTYCZĄCYCH UPRAWNIEŃ PRACOWNICZYCH

1. Wprowadzenie

W polskim porządku prawnym, jak już to było wcześniej wskazywane, brak jest legalnej definicji sygnalisty oraz aktu prawnego regulującego zbiorczo te kwestie. W związku z tym analiza dotycząca ochrony prawnej sygnalistów musi być przeprowadzona na kilku płaszczyznach, z podziałem na rodzaj stosunku prawnego łączącego sygnalistę z jego pracodawcą lub z innym podmiotem, który może stosować wobec niego krzywdzące (odwetowe) działania.

Poniżej zostanie poddana analizie ochrona pracowników i stosunków pracy określonych w Kodeksie pracy[19], następnie ochrona funkcjonariuszy służb mundurowych oraz ochrona osób w innych pozycjach prawnych. Odrębnie zostanie również omówiona ochrona działaczy związkowych oraz działanie ustawy o tzw. zwolnieniach grupowych[20].

2. Ochrona pracowników objętych przepisami Kodeksu pracy

Kodeks pracy zawiera przepisy regulujące kwestie umów o pracę (na czas nieokreślony, określony oraz na okres próbny), powołania, mianowania, pracy z wyboru oraz stosunku pracy opartego na spółdzielczej umowie o pracę. Analiza pozycji prawnej sygnalistów i ich uprawnień zostanie przedstawiona osobno, dla każdego ze wskazanych rodzajów zatrudnienia (wraz ze skrótowym przedstawieniem istoty danego rodzaju zatrudnienia).

2.1. Pracownicy zatrudnieni na podstawie umowy o pracę

W pierwszej kolejności należy wskazać, że każda z umów może być rozwiązana za wypowiedzeniem, którego długość określają przepisy Kodeksu pracy[21]. Umowa ulega rozwiązaniu wraz z upływem okresu wypowiedzenia. Każda z nich może być także rozwiązana w trybie art 52 k.p., czyli rozwiązania stosunku pracy bez wypowiedzenia.

W Kodeksie pracy przewidziano wiele instytucji o charakterze ochronnym dla pracownika, spośród których należy wymienić:

Po pierwsze, prawo wniesienia odwołania do sądu od otrzymanego wypowiedzenia i domagania się odpowiednio:

a) ustalenia bezskuteczności wypowiedzenia w okresie jego biegu i tym samym ustalenia, że ktoś pozostaje nadal zatrudniony (dotyczy to wszystkich pracowników),

[19] Ustawa z 26.06.1974 r. – Kodeks pracy (tekst jedn.: Dz.U. z 2019 r. poz. 1040 ze zm.) – dalej k.p.

[20] Ustawa z 13.03.2003 r. o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników (tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r. poz. 1969) – dalej u.z.g. lub ustawa o zwolnieniach grupowych.

[21] Art. 34 k.p. reguluje okresy wypowiedzenia umowy na okres próbny (np. najkrótszy okres to trzy dni robocze, jeżeli okres próbny nie przekracza dwóch tygodni), z kolei okresy wypowiedzenia umowy o pracę na czas określony i nieokreślony są wskazane w art. 36 k.p. (np. najkrótszy okres wypowiedzenia to 2 tygodnie, jeżeli pracownik był zatrudniony krócej niż 6 miesięcy).

b) przywrócenia do pracy na poprzednich warunkach lub odszkodowania (dotyczy to tylko pracowników zatrudnionych na umowę o pracę na czas nieokreślony),
c) zapłaty odszkodowania (dotyczy to pracowników zatrudnionych na czas określony). Zgodnie z art. 50 § 4 k.p. odszkodowanie, o którym mowa w § 3, przysługuje w wysokości wynagrodzenia za czas, do upływu którego umowa miała trwać, nie więcej jednak niż za trzy miesiące[22],
d) zapłaty odszkodowania (dotyczy pracowników zatrudnionych na okres próbny). Zgodnie z art. 50 § 1 k.p. odszkodowanie za niesłuszne rozwiązanie umowy na okres próbny przysługuje w wysokości wynagrodzenia za czas, do upływu którego umowa miała trwać.

Po drugie, prawo wniesienia odwołania do sądu od rozwiązania umowy o pracę bez wypowiedzenia i to niezależnie od jego trybu (z winy pracownika, przyczyn niezawinionych przez pracownika)[23] i prawo domagania się odszkodowania lub przywrócenia do pracy (i wówczas też ewentualnie wynagrodzenia za czas pozostawania bez pracy[24]).

Zgodnie z art. 58 k.p. odszkodowanie przysługuje w wysokości wynagrodzenia za okres wypowiedzenia. W przypadku rozwiązania umowy o pracę zawartej na czas określony, odszkodowanie przysługuje w wysokości wynagrodzenia za czas, do którego umowa miała trwać, nie więcej jednak niż za okres wypowiedzenia.

Po trzecie, obowiązuje szeroko rozumiany zakaz dyskryminacji pracownika[25], natomiast pracownik dotknięty dyskryminacją ma prawo starać się w sądzie o odszkodowanie. Zgodnie z art. 18^{3d} k.p. osoba, wobec której pracodawca naruszył zasadę równego traktowania w zatrudnieniu, ma prawo do odszkodowania w wysokości nie niższej niż minimalne wynagrodzenie za pracę, ustalane na podstawie odrębnych przepisów.

Wobec pracownika dochodzącego wskazanych roszczeń „antydyskryminacyjnych" obowiązuje na mocy art. 18^{3e} § 1 k.p. dodatkowa ochrona polegająca na tym, że jego zachowanie nie może być podstawą niekorzystnego traktowania pracownika,

[22] Zgodnie z art. 50 § 5 k.p. wskazanego przepisu nie stosuje się w razie wypowiedzenia umowy o pracę pracownicy w okresie ciąży lub urlopu macierzyńskiego, pracownikowi – ojcu wychowującemu dziecko w okresie korzystania z urlopu macierzyńskiego, a także pracownikowi w okresie korzystania z ochrony stosunku pracy na podstawie przepisów ustawy o związkach zawodowych. W tych przypadkach stosuje się odpowiednio przepisy art. 45 k.p., co oznacza prawo do żądania przywrócenia do pracy.

[23] Chodzi zarówno o przesłanki określone w art. 52 k.p., czyli przesłanki rozwiązania umowy o pracę bez wypowiedzenia z winy pracownika (np. ciężkie naruszenie podstawowych obowiązków pracowniczych), jak i przesłanki z art. 53 k.p., czyli powstałe bez winy pracownika (np. długiej absencji pracownika z powodu choroby).

[24] Zgodnie z art. 57 § 1 k.p. pracownikowi, który podjął pracę w wyniku przywrócenia do pracy, przysługuje wynagrodzenie za czas pozostawania bez pracy, nie więcej jednak niż za trzy miesiące i nie mniej niż za 1 miesiąc. Jeżeli umowę o pracę rozwiązano z pracownikiem, o którym mowa w art. 39 k.p. albo z pracownicą w okresie ciąży lub urlopu macierzyńskiego, to wynagrodzenie przysługuje za cały czas pozostawania bez pracy; dotyczy to także przypadku, gdy rozwiązano umowę o pracę z pracownikiem – ojcem wychowującym dziecko w okresie korzystania z urlopu macierzyńskiego albo gdy rozwiązanie umowy o pracę podlega ograniczeniu z mocy przepisu szczególnego (art. 57 § 2 k.p.).

[25] Zgodnie z art. 18^{3a} § 1 k.p. pracownicy powinni być równo traktowani w zakresie nawiązania i rozwiązania stosunku pracy, warunków zatrudnienia, awansowania oraz dostępu do szkolenia w celu podnoszenia kwalifikacji zawodowych, w szczególności bez względu na płeć, wiek, niepełnosprawność, rasę, religię, narodowość, przekonania polityczne, przynależność związkową, pochodzenie etniczne, wyznanie, orientację seksualną, a także bez względu na zatrudnienie na czas określony lub nieokreślony albo w pełnym lub w niepełnym wymiarze czasu pracy.

a także nie może powodować jakichkolwiek negatywnych konsekwencji wobec pracownika, zwłaszcza nie może stanowić przyczyny uzasadniającej wypowiedzenie przez pracodawcę stosunku pracy lub jego rozwiązanie bez wypowiedzenia. Co więcej, na mocy art. 18^{3e} § 2 k.p. ochronie takiej podlega także pracownik, który udzielił w jakiejkolwiek formie wsparcia pracownikowi korzystającemu z uprawnień przysługujących mu z tytułu naruszenia zasady równego traktowania w zatrudnieniu.

Po czwarte, pracodawca ma obowiązek przeciwdziałać mobbingowi w pracy[26]. Pracownik, który z powodu mobbingu rozwiązał umowę o pracę z winy pracodawcy, ma prawo dochodzić od pracodawcy odszkodowania w wysokości nie niższej niż minimalne wynagrodzenie za pracę, ustalanego na podstawie odrębnych przepisów. Ponadto, stosowanie mobbingu jest potencjalnie przestępstwem (z art. 218 Kodeksu karnego[27])[28].

Niezależnie od powyższego uprawnienia, pracownik, u którego mobbing wywołał rozstrój zdrowia, może dochodzić od pracodawcy odpowiedniej sumy tytułem zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę.

Wszystkie cztery wyżej wskazane rodzaje środków ochrony prawnej przysługują potencjalnie sygnalistom.

Analizując wskazane powyżej formy ochrony prawnej, najistotniejsza dla sygnalistów wydaje się kontrola wypowiedzenia im umowy o pracę lub rozwiązania stosunku pracy bez wypowiedzenia, którą może przeprowadzić sąd pracy w razie złożenia przez pracownika odwołania w terminie 21 dni.

Zgodnie z art. 30 § 4 k.p. w oświadczeniu pracodawcy o wypowiedzeniu umowy o pracę zawartej na czas nieokreślony lub o rozwiązaniu umowy o pracę bez wypowiedzenia powinna być wskazana przyczyna uzasadniająca wypowiedzenie lub rozwiązanie umowy. Zwraca tu uwagę fakt uprzywilejowania pracowników zatrudnionych na umowę o pracę na czas nieokreślony w razie wypowiadania umowy o pracę przez pracodawcę, albowiem tylko wobec tej grupy ma on obowiązek uzasadnić swoją decyzję.

Pracownicy zwolnieni, którzy odwołują się do sądu, mogą zgłosić dwa roszczenia alternatywne: albo domagać się przywrócenia do pracy, albo domagać się odszkodowania (sąd orzeka wyłącznie o jednym z nich).

Rodzaj zgłoszonego roszczenia zależy od pracownika, przy czym należy wskazać, że instytucja przywrócenia do pracy nie działa niejako „automatycznie" wobec stwierdzenia niezasadności wypowiedzenia umowy o pracę lub naruszenia przepisów dotyczących wypowiadania umów o pracę. Sąd każdorazowo, w realiach danej sprawy, ocenia, czy istnieje możliwość i celowość przywrócenia kogoś na poprzednie stanowisko pracy[29]. Uwaga ta nie dotyczy pracowników chronionych określonych w art. 39 i 177 k.p. oraz pracowników określonych w przepisach szczególnych dotyczących ochrony pracowników przed wypowiedzeniem lub rozwiązaniem umowy

[26] Zgodnie z art. 94^3 § 2 k.p. mobbing oznacza działania lub zachowania dotyczące pracownika lub skierowane przeciwko pracownikowi, polegające na uporczywym i długotrwałym nękaniu lub zastraszaniu pracownika, wywołujące u niego zaniżoną ocenę przydatności zawodowej, powodujące lub mające na celu poniżenie lub ośmieszenie pracownika, izolowanie go lub wyeliminowanie z zespołu współpracowników.
[27] Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn.: Dz.U. z 2019 r. poz. 1950).
[28] Por. wyrok Sądu Najwyższego (dalej SN) z 17.01.2017 r., WA 18/16, LEX nr 2203539.
[29] Por. wyrok SN z 4.02.2015 r., III PK 81/14, LEX nr 1654746.

o pracę[30]. Należy jeszcze uzupełniająco wskazać, że ustalenia sądu co do możliwości lub celowości przywrócenia pracownika do pracy mogą podlegać merytorycznej kontroli sądu odwoławczego[31].

Zgodnie z orzecznictwem SN wskazane powyżej kryterium celowości dalszego zatrudniania pracownika powinno uwzględniać takie okoliczności jak: rodzaj przyczyny rozwiązania stosunku pracy[32], ocenę podstawy ewentualnego orzeczenia o przywróceniu do pracy[33], jak również skutki, jakie mogą wyniknąć dla stron z tego tytułu[34]. Pojęcie celowości przywrócenia pracownika do pracy zawiera bardzo szeroki katalog okoliczności ocenianych przez sąd, i są tu też uwzględniane m.in. sytuacja organizacyjna pracodawcy (np. sytuacja, w jakiej pracodawca zmniejsza zatrudnienie i jest w toku procesu redukcji etatów[35]). Znaczenie może mieć głęboki konflikt pracodawcy z pracownikiem (zwłaszcza, jeśli źle oddziałuje na innych pracowników lub wizerunek pracodawcy[36]) czy też otwarcie deklarowany przez pracodawcę brak zaufania do pracownika[37].

Z kolei kryterium możliwości zatrudnienia dotyczy oceny, czy istnieje faktyczna możliwość przywrócenia pracownika na poprzednio zajmowane miejsce (np. w kontekście jego zaistniałej likwidacji lub zatrudnienia na to miejsce innej osoby).

Z formalnego punktu widzenia przywrócenie pracownika do pracy na poprzednich warunkach pracy oznacza, że pracownik ma prawo domagać się zatrudnienia na tym samym stanowisku pracy, jakie zajmował uprzednio, nie wystarcza zaś zapewnienie mu pracy na stanowisku równorzędnym[38]. Jest to sytuacja pełnej restytucji dotychczasowego stanowiska i warunków pracy[39]. Obowiązek zatrudnienia pracownika spoczywa na pracodawcy, pod warunkiem terminowego zgłoszenia przez pracownika gotowości do podjęcia pracy. Termin ten wynosi 7 dni i należy go liczyć od dnia następnego po dniu, z którego upływem nastąpiło uprawomocnienie się wyroku przywracającego pracownika do pracy[40]. Forma zgłoszenia się do pracy jest dowolna, pod warunkiem że jest konkretnie wyrażona[41].

W nawiązaniu do wyżej opisanej zasady, należy zaznaczyć, że wyjątkowo pracodawca na mocy art. 42 § 4 k.p. może powierzyć pracownikowi inną pracę (np. równorzędną) na okres do 3 miesięcy w skali roku w sytuacji, gdy z przyczyn organizacyjnych nie jest możliwy powrót pracownika na to samo stanowisko[42]. Uregulowanie sytuacji prawnej takiego pracownika w dalszym zakresie powinno nastąpić w drodze wypowiedzenia zmieniającego, dostosowującego owe równorzędne

[30] Uwzględnienie żądania wskazanej grupy pracowników o przywrócenie do pracy jest niemożliwe z przyczyn określonych w art. 41^1 k.p., tj. w razie upadłości lub likwidacji pracodawcy.
[31] Por. wyrok SN z 15.10.1999 r., I PKN 311/99, OSNP 2001/5, poz. 149; por. też wyrok SN z 17.02.1998 r., I PKN 572/97, OSNAPiUS 1999/3, poz. 83.
[32] Por. wyrok SN z 7.01.2010 r., II PK 159/09, LEX nr 577461.
[33] Tj. ocena, czy nastąpiło to z przyczyn formalnych (zła forma złożenia wypowiedzenia) czy też merytorycznych (niezasadność wypowiedzenia, brak istnienia przyczyny) – por. wyroki SN: z 13.11.1997 r., I PKN 343/97, OSNP 1998/19, poz. 563 oraz z 9.12.1998 r., I PKN 503/98, OSNP 2000/3, poz. 108.
[34] Por. wyrok SN z 10.10.2000 r., I PKN 66/00, OSNP 2002/10, poz. 235.
[35] Por. wyrok SN z 19.05.2011 r., I PK 182/10, LEX nr 852765.
[36] Por. wyrok SN z 3.04.1997 r., I PKN 63/97, OSNP 1998/3, poz. 74.
[37] Por. wyrok SN z 12.05.2010 r., I PK 10/10, LEX nr 602199; por. też wyrok SN z 10.09.1998 r., I PKN 306/98, OSNP 1999/19, poz. 610.
[38] Por. wyrok SN z 2.12.1992 r., I PRN 55/92, OSNC 1993/9, poz. 163.
[39] Por. wyrok SN z 24.10.1997 r., I PKN 326/97, OSNP 1998/15, poz. 454.
[40] Por. wyrok SN z 16.02.2017 r., II PK 368/15, OSNP 2018/4, poz. 41.
[41] Por. wyrok SN z 11.01.2006 r., II PK 111/05, OSNP 2006/23–24, poz. 347.
[42] Por. wyrok SN z 18.04.2000 r., I PKN 602/99, LEX nr 165879.

stanowisko pracy do danego pracownika. Takie rozwiązanie prawne niesie ze sobą jednak ryzyko tego, że zaproponowane nowe warunki pracy lub płacy w wypowiedzeniu zmieniającym będą gorsze (niż te, na które pracownik formalnie miał wrócić) i pracownik znów będzie musiał korzystać z sądowej ochrony swoich praw wobec prawa do odwoływania się od treści takiego wypowiedzenia.

Warto też wskazać, że pracownicy przywróceni do pracy mogą się dodatkowo domagać zapłaty wynagrodzenia za czas pozostawania bez pracy[43].

Zgodnie z treścią art. 47^1 k.p. odszkodowanie przysługuje w wysokości wynagrodzenia za okres od 2 tygodni do 3 miesięcy, nie niższej jednak od wynagrodzenia za okres wypowiedzenia.

Natomiast, jeśli chodzi o analizę przyczyny wypowiedzenia umowy o pracę na czas nieokreślony (oraz rozwiązania umowy bez wypowiedzenia), to w orzecznictwie SN wskazuje się, że podawana przez pracodawcę przyczyna złożenia wypowiedzenia ma być prawdziwa i konkretna, a także jest konieczne skonkretyzowanie czynu pracownika – jego działania lub zaniechania[44]. W podanym kontekście bez znaczenia pozostaje natomiast to, dlaczego pracodawca kwalifikuje to zachowanie jako ciężkie naruszenie obowiązków pracowniczych[45].

Opisany wyżej stan prawny ma w założeniu ustawodawcy chronić pracownika, tworząc taką sytuację, że w razie ewentualnej kontroli sądowej pracodawca nie będzie mógł skutecznie dodać nowych zarzutów czy powodów zwolnienia danej osoby[46]. W związku z tym mechanizmem sąd bada zasadność złożonego wypowiedzenia wyłącznie przez pryzmat podanej przez pracodawcę przyczyny zwolnienia danego pracownika[47].

Zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego badanie zasadności przyczyny uzasadnienia wypowiedzenia umowy o pracę powinno mieć taką metodologię, że sąd bada najpierw, czy w ogóle zaistniało dane zdarzenie będące rzekomo źródłem złożenia wypowiedzenia, a dopiero, jeśli je stwierdzi – poddaje to zdarzenie ocenie, czy uzasadniało ono fakt złożenia wypowiedzenia[48]. Sąd w takiej sytuacji musi rozważyć słuszne interesy zakładu pracy i pracownika – w powiązaniu z celem i istotą stosunku pracy, a w szczególności z określonymi w Kodeksie pracy obowiązkami stron stosunku pracy[49].

Jeśli chodzi o kwestię badania zaistnienia zdarzenia podanego jako powód złożenia przez pracodawcę wypowiedzenia, to w orzecznictwie SN ugruntowało się kategoryczne stanowisko, że podanie przez pracodawcę przyczyny pozornej (nierzeczywistej, nieprawdziwej, fikcyjnej, nieistniejącej) jest równoznaczne

[43] Zgodnie z art. 47 k.p.: „Pracownikowi, który podjął pracę w wyniku przywrócenia do pracy, przysługuje wynagrodzenie za czas pozostawania bez pracy, nie więcej jednak niż za 2 miesiące, a gdy okres wypowiedzenia wynosił 3 miesiące – nie więcej niż za 1 miesiąc. Jeżeli umowę o pracę rozwiązano z pracownikiem, o którym mowa w art. 39, albo z pracownicą w okresie ciąży lub urlopu macierzyńskiego, wynagrodzenie przysługuje za cały czas pozostawania bez pracy; dotyczy to także przypadku, gdy rozwiązano umowę o pracę z pracownikiem – ojcem wychowującym dziecko w okresie korzystania z urlopu macierzyńskiego albo gdy rozwiązanie umowy o pracę podlega ograniczeniu z mocy przepisu szczególnego".

[44] Por. wyroki SN: z 4.04.2017 r., II PK 37/16, OSNP 2018/5, poz. 58; z 24.10.2017 r., II PK 307/16, LEX nr 2427155; a także uchwałę SN z 27.06.1985 r., III PZP 10/85, OSNC 1985/11, poz. 164 oraz wyrok SN z 15.02.2000 r., I PKN 514/99, OSNAP 2001/13, poz. 440.

[45] Por. wyrok SN z 12.04.2018 r., I PK 19/17, LEX nr 2492099.

[46] Por. też wyrok SN z 9.02.2016 r., II PK 324/14, OSNP 2017/9, poz. 107.

[47] Por. wyrok SN z 20.01.2015 r., I PK 140/14, LEX nr 1653739.

[48] Por. wyrok SN z 17.05.2016 r., I PK 155/15, OSNP 2017/12, poz. 160, teza 1.

[49] J. Marciniak, *Uzasadnienie wypowiedzenia. Komentarz praktyczny*, dostępny do art. 30 k.p., LEX 2017.

z brakiem wskazania przyczyny uzasadniającej wypowiedzenie, a to oznacza, iż takie wypowiedzenie jest nieuzasadnione w rozumieniu art. 45 § 1 k.p. i usprawiedliwia wskazane w tym przepisie roszczenia pracownika o przywrócenie do pracy lub odszkodowanie[50]. Pracownik ma pełne prawo i możliwość dowodową, aby wykazywać, że podana przyczyna była fikcyjna lub nie zaistniała. Tak samo jest z przyczyną zwolnienia bez wypowiedzenia.

Powyższa uwaga odnosi się również do kwestii badania autentyczności likwidacji stanowiska pracy[51] (stanowiącej rzekomy powód złożenia wypowiedzenia), przy czym należy podkreślić, że chodzi tu tylko o sytuację pozorowania tej likwidacji, kiedy nie ma ona faktycznie miejsca i ma za cel złożenie pracownikowi wypowiedzenia.

Poza kontrolą sądu natomiast pozostaje sytuacja, jeżeli dane stanowisko jest faktycznie likwidowane, ale wątpliwa jest ekonomiczna lub prawna przyczyna takiej likwidacji. Wynika to jasno z orzecznictwa Sądu Najwyższego, w którym wskazano, że decyzje co do przydatności i celowości utrzymywania danego stanowiska mieszczą się w uprawnieniach pracodawcy i nie podlegają ocenie sądów pracy[52]. Innymi słowy, chodzi o to, że w razie sporu, sąd nie jest uprawniony do oceny, czy zmiany struktury organizacyjnej były celowe i zasadne[53]. Taka sytuacja oznacza faktycznie istniejącą gorszą ochronę sygnalistów, albowiem odpowiednio zorganizowana likwidacja stanowiska pracy może być skutecznym sposobem na zwolnienie ich z pracy wobec ograniczonej kognicji kontrolnej sądu w tym zakresie.

Drugim problematycznym (i jak się wydaje potencjalnie często występującym) rodzajem sytuacji, w jakiej może się znaleźć sygnalista to taka, gdy pracodawca, jako powód złożenia wypowiedzenia, wskaże zdarzenie, które faktycznie wystąpiło i uzasadni konieczność zwolnienia pracownika jako odpowiedniej reakcji właśnie na to zdarzenie. Chodzi zatem o sytuację, gdy faktycznym powodem zwolnienia jest działalność sygnalisty, ale pracodawca jako przyczynę zwolnienia podaje inny formalny powód (inne zachowanie lub działanie pracownika, które wystąpiło).

W takim przypadku sygnalista zderzy się z problemem prawnym przejawiającym się w tym, że sąd pracy jest związany powodem zwolnienia podanym przez pracodawcę i to on jest głównym przedmiotem procesu. Wykazywanie jego pozorności jest prawnie utrudnione. W dodatku trzeba podkreślić, że orzecznictwo SN ewoluuje w stronę korzystną dla pracodawcy poprzez uznanie, że przyczyna wypowiedzenia nie musi jednak mieć szczególnej wagi czy nadzwyczajnej doniosłości, skoro wypowiedzenie jest zwykłym sposobem rozwiązania bezterminowego stosunku pracy. Brak oczekiwanej przez pracodawcę dbałości, staranności i uwagi w wykonywaniu obowiązków pracowniczych uzasadnia wypowiedzenie pracownikowi umowy o pracę[54].

[50] Por. wyroki SN: z 27.01.2015 r., II PK 62/14, LEX nr 1656491; z 2.09.1998 r., I PKN 271/98, OSNAPiUS 1999/8, poz. 577; z 24.03.1999 r., I PKN 673/98, „Monitor Prawniczy" 1999/12, poz. 9; z 15.04.1999 r., I PKN 9/99, OSNAPiUS 2000/12, poz. 464; z 18.04.2001 r., I PKN 370/00, OSNP 2003/3, poz. 65 oraz uzasadnienia wyroków SN: z 7.04.1999 r., I PKN 645/98, OSNAPiUS 2000/11, poz. 420 i z 13.10.1999 r., I PKN 304/99, OSNAPiUS 2001/4, poz. 118.

[51] Por. wyroki SN: z 15.12.1982 r., I PRN 130/82, OSNCP 1983/8, poz. 121; z 16.10.1992 r., I PRN 40/42, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne" 1993/3–4, s. 73.

[52] Por. wyrok SN z 23.05.1997 r., I PKN 176/97, OSNAPiUS 1998/9, poz. 263, a także wyrok SN z 27.11.1997 r., I PKN 401/97, OSNAPiUS 1998/18, poz. 542.

[53] Por. wyroki SN: z 27.11.1997 r., I PKN 401/97 oraz z 12.01.2012 r., II PK 83/11, OSNP 2012/23–24, poz. 283. Podobnie wypowiedział się SN w wyroku z 20.05.2014 r., I PK 271/13, LEX nr 1483570.

[54] Por. wyroki SN: z 4.12.1997 r., I PKN 419/97, OSNP 1998/20, poz. 598 oraz z 17.05.2016 r., I PK 155/15.

Elementem, który może potencjalnie chronić sygnalistę, jest odwołanie się przez sąd do art. 8 k.p., czyli tzw. klauzuli generalnej. Przepis ten wskazuje, że nie można czynić ze swojego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego sądy badając daną sprawę, mają możliwość zbadania zasadności złożonego wypowiedzenia właśnie przez pryzmat art. 8 k.p. w kontekście nadużycia prawa podmiotowego, i uprawnienie to jest szerokie, albowiem rozciąga się również na kontrolę wypowiedzeń umów o pracę na czas określony lub okres próbny (i to pomimo braku obowiązku uzasadnienia przyczyny wypowiedzenia)[55].

Należy w tym miejscu wskazać, że ze stosowaniem klauzuli określonej w art. 8 k.p. wiążą się liczne problemy związane z charakterem prawnym przepisu i jego treścią.

Po pierwsze, przepis ten zawiera klauzulę ogólną o bardzo szerokim (niedookreślonym) charakterze i nie istnieją żadne ogólne wytyczne co do tego, kiedy, wobec kogo i jak ją stosować, co stwierdzają wprost sądy w swoich orzeczeniach[56]. Co więcej, zastosowanie art. 8 k.p. leży w graniach swobody uznania sędziowskiego, co oznacza, że każdy sędzia sam decyduje, czy i kiedy zastosować ten przepis podejmując taką decyzję w realiach konkretnej sprawy[57]. Rodzi to możliwość rozstrzygania przez sądy spraw podobnych w zupełnie inny sposób, jak też tworzy swoiste niebezpieczeństwo zróżnicowania orzecznictwa sądów powszechnych (np. gdy sądy będą orzekać zgodnie z poglądami wyrażanymi przez właściwe sądy apelacyjne, które nie muszą być ze sobą tożsame).

Po drugie, stosowanie wskazanej reguły jest z jej istoty ograniczone przez to, że jest możliwe dopiero w razie sytuacji nadużycia prawa, a nie jego naruszenia. Jak wyjaśnił Sąd Najwyższy w wyroku z 3.10.2017 r., II PK 237/16[58]: „konstrukcja ta obejmuje przypadki, w których zachowanie określonego podmiotu spełnia formalnie wszystkie wymagania przewidziane prawem, natomiast z innych – pozaprawnych – względów (np. społecznych czy moralnych) zachowanie to nie zasługuje na ochronę prawną".

W związku z powyższym stosowanie art. 8 k.p. ma charakter z gruntu rzeczy wyjątkowy. W orzeczeniu z 15.11.2017 r., III PK 161/16[59], Sąd Najwyższy orzekł, że: „norma art. 8 k.p. oznacza pozbawienie danego podmiotu możliwości korzystania z prawa, które mu przysługuje w świetle przepisów prawa przedmiotowego. Generalnie obowiązuje domniemanie korzystania przez osobę uprawnioną z przysługującego jej prawa w sposób legalny. Zastosowanie instytucji nadużycia prawa prowadzi zatem do osłabienia zasady pewności prawa i przełamuje domniemanie

[55] Por. wyrok SN z 5.12.2007 r., II PK 122/07, LEX nr 499160. Glosa do tego wyroku w: P. Smolik, *Granice swobody stron stosunku pracy w zawieraniu i wypowiadaniu umów o pracę na czas określony*, „Monitor Prawniczy" 2009/12, s. 678–681, a także wyrok SN z 19.07.1984 r., I PRN 98/84, LEX nr 13555.

[56] Por. wyrok SN z 30.05.2017 r., II PK 125/16, LEX nr 2350663; tak też np. wyrok Sądu Apelacyjnego (dalej SA) w Gdańsku z 13.09.2017 r., III APa 11/17, LEX nr 2416072.

[57] Por. wyrok SN z 16.07.2015 r., II PK 172/14, LEX nr 1936718; tak też wyrok SN z 10.01.2017 r., III PK 37/16, LEX nr 2188648.

[58] LEX nr 2447341.

[59] LEX nr 2427123.

korzystania z prawa w sposób zgodny z jego społeczno-gospodarczym przeznaczeniem i zasadami współżycia społecznego. Toteż posłużenie się konstrukcją nadużycia prawa jest z założenia dopuszczalne tylko wyjątkowo i musi mieć szczególne, wyraźne uzasadnienie merytoryczne i formalne, a zwłaszcza usprawiedliwienie we w miarę skonkretyzowanych regułach, głównie o konotacji etycznej, moralnej i obyczajowej".

W związku z powyższym można wskazać, że art. 8 k.p. może być stosowany w indywidualnych sprawach sygnalistów i może być źródłem ich ochrony, ale nie może być uznawany za ogólne remedium na niesłuszne zwolnienia sygnalistów, za skuteczny środek służący ich ochronie. Należałoby tu zwrócić ustawodawcy uwagę na zmianę przepisów i zasadne wydawałoby się po prostu zapisanie zasady (obowiązku) badania przez sąd pracy pozorności podanej przyczyny zwolnienia w kontekście działania danej osoby jako sygnalisty (w razie podniesienia takiego zarzutu przez osobę zwalnianą). Stwierdzona pozorność podanej przyczyny złożenia wypowiedzenia lub zwolnienia czy też stwierdzenie odwetowego charakteru zwolnienia pracownika za działania sygnalizacyjne, powinny być podstawą do orzekania przez sąd pracy o przywróceniu pracownika do pracy lub przyznaniu mu odszkodowania.

Reasumując zatem przeprowadzoną analizę przepisów prawa pracy, należy wskazać, że ustawodawca nie wprowadził w Kodeksie pracy żadnej szczególnej formy ochrony dla sygnalistów, obowiązują w tym względzie przedstawione ogólne mechanizmy ochrony pracowników (przed zwolnieniem, przed dyskryminacją, mobbingiem itd.). Wydają się one niewystarczające wobec sygnalistów, a elementami prawnymi, które o tym przesądzają, są:

1) brak przepisów nakazujących sądowi badać pozorność podanej przyczyny wypowiedzenia (lub zwolnienia z pracy w trybie bez wypowiedzenia) i badać związany z tym ewentualny odwetowy charakter zwolnienia wobec sygnalisty. W rezultacie brak jest też sankcji za takie odwetowe zachowanie pracodawcy (brak narzędzi prawnych umożliwiających wówczas zasądzenie przywrócenia do pracy lub orzeczenie odszkodowania);
2) charakter prawny art. 8 k.p., który to przepis zawiera klauzulę generalną (ogólną) i w ogóle nie musi być stosowany przez sąd, a jeśli nawet jest stosowany – to sposób i jego zakres zastosowania mogą być inne w każdej sprawie (wobec faktu, że leży to ramach swobodnej oceny sędziowskiej). Tym samym przepis nie może być traktowany jako remedium na ewentualne szykany ze strony pracodawcy;
3) brak kognicji sądów do oceny powodów likwidacji danego stanowiska pracy (poza oceną, czy faktycznie ona zaistniała) i tym samym brak możliwości oceny, czy przeprowadzona likwidacja była faktycznie konieczna, i czy jej celem nie było działanie odwetowe pracodawcy wobec sygnalisty;
4) brak konieczności uzasadnienia wypowiedzenia umowy o pracę w odniesieniu do pracowników zatrudnianych na umowę o pracę na czas określony oraz okres próbny (co sprzyja typowaniu do zwolnienia w tym trybie sygnalistów);
5) ograniczone prawnie możliwości dochodzenia roszczeń dla osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę na czas określony lub próbny w razie otrzymania niezgodnego z prawem wypowiedzenia (bo przysługuje im tylko roszczenie odszkodowawcze, nie mogą się starać o przywrócenie do pracy).

2.2. Pracownicy zatrudnieni na podstawie powołania

Stosunek pracy nawiązuje się na podstawie powołania w przypadkach określonych w odrębnych przepisach. Tymi przepisami są ustawy lub przepisy wykonawcze do tych ustaw[60]. Rygorystyczne podejście ustawodawcy do powołania wiąże się ze szczególnym charakterem stosunku pracy nawiązanego na tej podstawie[61].

Stosunek pracy na podstawie powołania nawiązuje się w terminie określonym w powołaniu, a jeżeli termin ten nie został określony – w dniu doręczenia powołania, chyba że przepisy szczególne stanowią inaczej. Powołanie może być poprzedzone konkursem, choćby przepisy szczególne nie przewidywały wymogu wyłonienia kandydata na stanowisko wyłącznie w wyniku konkursu. Powołanie powinno być dokonane na piśmie i jest możliwe tylko za zgodą osoby powołanej[62].

Zgodnie z art. 70 k.p. pracownik zatrudniony na podstawie powołania może być w każdym czasie – niezwłocznie lub w określonym terminie – odwołany ze stanowiska przez organ, który go powołał. Odwołanie pracownika zatrudnionego na podstawie powołania (a tym samym rozwiązanie z nim stosunku pracy) należy zasadniczo do sfery swobodnego uznania organu, który go powołał, z wyjątkiem sytuacji gdy przepisy szczególne inaczej regulują tę materię[63]. Dotyczy to również pracownika, który na podstawie przepisów szczególnych został powołany na dane stanowisko na czas określony. Jedynym sposobem rozwiązania z nim stosunku pracy (powołania) przez organ jest odwołanie go z tego stanowiska[64].

Odwołanie powinno być dokonane na piśmie. Odwołanie jest równoznaczne z wypowiedzeniem umowy o pracę. W okresie wypowiedzenia pracownik ma prawo do wynagrodzenia w wysokości przysługującej przed odwołaniem. Zgodnie z art. 71 k.p. na wniosek lub za zgodą pracownika pracodawca może zatrudnić go w okresie wypowiedzenia przy innej pracy, odpowiedniej ze względu na jego kwalifikacje zawodowe, a po upływie okresu wypowiedzenia zatrudnić go na uzgodnionych przez strony warunkach pracy i płacy.

Zgodnie z poglądami wyrażonymi w orzecznictwie Sądu Najwyższego dotyczącymi odwołania w powyżej opisanym trybie organ dokonujący odwołania pracownika mianowanego nie musi uzasadniać swojej decyzji[65], a pracownik nie może podnosić skutecznie zarzutu, że nie istniała żadna ważna przyczyna takiej decyzji ze strony organu[66].

Również sam akt odwołania ze stanowiska, na które pracownik został powołany, nie podlega zaskarżeniu w trybie administracyjnym z uwagi na to, że według

[60] K. Jaśkowski, E. Maniewska, *Komentarz aktualizowany do Kodeksu pracy*, LEX 2018, komentarz do art. 68 k.p.
[61] Por. wyrok SN z 12.11.2014 r., II PK 24/14, OSNP 2016/5, poz. 57.
[62] Por. Z. Góral, S*woboda nawiązania stosunku pracy* [w:] *Zarys systemu prawa pracy*, t. 1, *Część ogólna prawa pracy*, red. K.W. Baran, Warszawa 2010, s. 578–590; Z. Góral, *O kodeksowym katalogu zasad indywidualnego prawa pracy*, Warszawa 2011, s. 106–116.
[63] Por. Ł. Pisarczyk, T. Zieliński [w:] *Kodeks pracy. Komentarz,* red. L. Florek, LEX 2017, komentarz do art. 70 k.p., pkt 3.
[64] Tak F. Małysz, *Stosunek pracy z powołania,* „Służba Pracownicza" 2014/10, s. 5–9, teza 8 dostępna w bazie LEX. Autor ten podkreśla, że jest możliwe także rozwiązanie tego stosunku powołania za porozumieniem stron. Możliwa jest też rezygnacja danej osoby ze stanowiska.
[65] Por. wyrok SN z 21.11.2000 r., I PKN 95/00, OSNAPiUS 2002/12, poz. 286; tak też SN w wyroku z 27.04.2010 r., II PK 314/09, LEX nr 599845.
[66] Por. wyrok SN z 15.12.2000 r., I PKN 170/00, OSNAPiUS 2002/16, poz. 377.

stanowiska ustalonego w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego (dalej NSA) nie stanowi on decyzji administracyjnej[67]. Pracownik ten nie ma też roszczenia o ustalenie nieważności odwołania na podstawie art. 58 § 1 lub 2 Kodeksu cywilnego[68] w zw. z art. 300 k.p.[69]

Należy wskazać, że do pracownika zatrudnionego na podstawie powołania na czas nieokreślony lub określony (art. 68 k.p.), który został odwołany ze stanowiska w sposób równoznaczny z wypowiedzeniem (art. 70 § 2 k.p.), stosuje się ustawę o zwolnieniach grupowych, gdyż nie zawiera ona przepisu wyłączającego jej stosowanie wobec tej grupy pracowników (art. 69 k.p.). Oznacza to, że pracownik taki ma potencjalnie prawo do odprawy, jeżeli spełnia przesłanki określone w ustawie o zwolnieniach grupowych, pod warunkiem ustalenia, że przyczyny rozwiązania stosunku pracy (czyli odwołania) nie leżały wyłącznie po stronie pracownika. Ciężar udowodnienia takiej ewentualnej winy wyłącznej pracownika spoczywa na pracodawcy[70].

Odwołanie jest także równoznaczne z rozwiązaniem umowy o pracę bez wypowiedzenia, jeżeli nastąpiło z przyczyn, o których mowa w art. 52 lub 53 k.p.

Zgodnie z art. 72 § 1 k.p., jeżeli odwołanie nastąpiło w okresie usprawiedliwionej nieobecności w pracy, to bieg wypowiedzenia rozpoczyna się po upływie tego okresu. Jeżeli jednak usprawiedliwiona nieobecność trwa dłużej niż okres przewidziany w art. 53 § 1 i 2 k.p, to organ, który pracownika powołał, może rozwiązać stosunek pracy bez wypowiedzenia.

Zgodnie z art. 72 § 2 k.p. w razie odwołania pracownicy w okresie ciąży, organ odwołujący jest obowiązany zapewnić jej inną pracę, odpowiednią ze względu na jej kwalifikacje zawodowe, przy czym przez okres równy okresowi wypowiedzenia pracownica ma prawo do wynagrodzenia w wysokości przysługującej przed odwołaniem. Jeżeli jednak pracownica nie wyrazi zgody na podjęcie innej pracy, to stosunek pracy ulega rozwiązaniu z upływem okresu równego okresowi wypowiedzenia, którego bieg rozpoczyna się od dnia zaproponowania na piśmie innej pracy. Przepis ten stosuje się odpowiednio w razie odwołania pracownika, któremu brakuje nie więcej niż dwa lata do nabycia prawa do emerytury z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (por. art. 72 § 3 k.p.).

W razie naruszenia przepisów określonych w art. 72 § 1–3 k.p. pracownikowi przysługuje prawo odwołania do sądu pracy. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że w opisywanym przypadku odwołania organ jest obowiązany podać przyczynę odwołania, albowiem odwołana osoba ma prawo skierować do sądu roszczenie o odszkodowanie za niezgodne z prawem rozwiązanie stosunku powołania[71]. Pracownikowi takiemu nie przysługuje roszczenie o przywrócenie do pracy[72].

Odnosząc powyższe ustalenie do pozycji sygnalisty, należy wskazać, że wymienione przepisy nie zapewniają mu należytej ochrony, albowiem: po pierwsze

[67] Por. postanowienia NSA: z 21.10.1981 r., II SA 670/81, ONSA 1981/2, poz. 102; z 16.01.1991 r., II SA 807/90, OSP 1992/4, poz. 93; a także wyrok NSA z 3.11.2010 r., I OSK 1067/10, LEX nr 744923 – wszystkie wyroki NSA są dostępne w bazie orzeczniczej CBOSA.
[68] Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz.U. z 2019 r. poz. 1145).
[69] Uchwała SN z 21.09.1989 r., III PZP 41/89, OSNC 1990/9, poz. 111.
[70] Por. wyrok SN z 10.03.2016 r., III PK 81/15, OSNP 2017/10, poz. 124.
[71] Por. K. Jaśkowski, E. Maniewska, *Komentarz…*, komentarz do art. 70 k.p.; tak też Ł. Pisarczyk, T. Zieliński [w:] *Kodeks…*, komentarz do art. 70 k.p., pkt 9.
[72] Uchwała SN z 9.04.1976 r., I PZP 10/76, OSNCP 1976/9, poz. 196.

– odwołanie równoznaczne z wypowiedzeniem nie wymaga uzasadnienia i odwoływanie się od takiej decyzji organu (pracodawcy) jest niezwykle trudne; po drugie – przepisy nie przewidują możliwości przywrócenia sygnalisty na poprzednio zajmowane stanowisko, a po trzecie – nie istnieją żadne przepisy nakazujące ewentualnie sądowi zbadać, czy rzeczywistą przyczyną odwołania jest działalność sygnalisty, a tym samym brak jest odpowiednich prawnych narzędzi dla sądu do reakcji na taką sytuację.

2.3. Stosunki pracy nawiązane na podstawie mianowania

Zgodnie z treścią przepisu art. 76 k.p. stosunek pracy nawiązuje się na podstawie mianowania w przypadkach określonych w odrębnych przepisach. Stosunek ten powstaje tylko za zgodą pracownika[73].

Ten pozaumowny rodzaj stosunku pracy nie ma charakteru zunifikowanego, albowiem poszczególne przepisy (pragmatyki służbowe) w odmienny sposób regulują prawa i obowiązki pracownika mianowanego[74]. Przykładowo tryb ten dotyczy nauczycieli, nauczycieli akademickich, pracowników naukowych PAN, sędziów Sądu Najwyższego, sędziów Trybunału Konstytucyjnego, pracowników Najwyższej Izby Kontroli[75].

W literaturze wskazuje się, że jedną z głównych cech tego rodzaju stosunku pracy jest dyspozycyjność, czyli podporządkowanie mianowanego pracownika do potrzeb pracodawcy[76]. Wyraża się ono w gotowości poddawania się zmianom istotnych warunków pracy (rodzaju pracy, miejsca jej wykonywania, czasu wykonywania)[77]. Wskazuje się też, że innymi cechami charakterystycznymi tych stosunków pracy jest ich wzmożona stabilizacja, ponoszenie odpowiedzialności dyscyplinarnej oraz mieszany tryb dochodzenia roszczeń – częściowo przed sądami pracy, a częściowo w drodze administracyjnej (odwołanie do wyższego przełożonego), a następnie w drodze skargi do wojewódzkiego sądu administracyjnego[78].

Wskazane powyżej zróżnicowanie trybów odwoławczych jest niezwykle ciekawe, albowiem droga odwoławcza jest odmiennie regulowana w każdej z pragmatyk i to one decydują o tym, czy właściwy do rozpatrywania danej sprawy jest sąd pracy czy też sąd administracyjny[79]. Naturalną konsekwencją tego stanu rzeczy jest różna forma prawna procedur odwoławczych oraz zróżnicowany rodzaj roszczeń, jakie można zgłaszać przed sądem.

Należy tu wskazać, że jeśli właściwy do rozpatrywania danej sprawy jest sąd pracy, wówczas w razie bezprawnego wypowiedzenia lub rozwiązania z pracownikiem mianowanym stosunku pracy bez wypowiedzenia, ma on te same roszczenia co ogół pracowników, w szczególności przysługuje mu roszczenie o uznanie wypowiedzenia

[73] Por. wyrok SN z 7.07.2005 r., II PK 351/04, OSNP 2006/11–12, poz. 171.
[74] Tak G. Szynal, *Sądowa kontrola rozwiązania stosunku pracy*, „Kontrola Państwowa" 2016/3, s. 145.
[75] M. Barzycka-Banaszczyk, *Prawo pracy*, Warszawa 2010, s. 64.
[76] Szeroko na ten temat zob. J. Stelina, *Charakter prawny stosunku pracy z mianowania*, Gdańsk 2005, s. 138–163.
[77] Por. Z. Sypniewski, *Obowiązki pracowników podlegających przepisom szczególnym*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 1977/1, s. 82.
[78] Por. K. Jaśkowski, E. Maniewska, *Komentarz*…, komentarz do art. 76 k.p.
[79] M. Barzycka-Banaszczyk, *Prawo*…, s. 65.

za bezskuteczne albo przywrócenie do pracy i wynagrodzenie za czas pozostawania bez pracy, albo o odszkodowanie[80]. Przykładowo tak jest uregulowana sytuacja prawna pracowników korpusu służby cywilnej[81]

Z kolei, jeżeli właściwy dla sporów z danej pragmatyki służbowej jest sąd administracyjny, to orzeka on według przepisów postępowania administracyjnego i w ramach zakresu kontroli, jakie dla tego sądu przewidują przepisy (ma m.in. możliwość uchylenia decyzji administracyjnej, stwierdzenia jej nieważności).

Należy zdecydowanie wskazać, że ów odmienny charakter pragmatyk służbowych oraz różne formy rozstrzygania sporów (raz w sądach powszechnych, raz w sądach administracyjnych) zdecydowanie nie służą spójności ochrony trwałości takich stosunków, takie ukształtowanie przepisów nie jest bowiem ani racjonalne, ani uzasadnione[82].

Analizując wskazane przepisy z perspektywy pozycji prawnej sygnalisty, należy podkreślić, że ustawodawca nie zapisał tam ani żadnej szczególnej (wzmożonej) ochrony dla sygnalistów, ani nie ustanowił przepisów nakazujących zbadanie, czy osoba jest zwalniania (lub w inny sposób niewłaściwie traktowana) jako działanie odwetowe za działalność sygnalisty (i tym samym nie stworzył żadnych specjalnych prawnych narzędzi reakcji na tę sytuację).

2.4. Stosunek pracy nawiązywany na podstawie wyboru

Zgodnie z art. 73 § 1 k.p. nawiązanie stosunku pracy następuje na podstawie wyboru, jeśli z wyboru wynika obowiązek wykonywania pracy w charakterze pracownika.

Zgodnie z art. 73 § 2 k.p. stosunek pracy z wyboru rozwiązuje się z wygaśnięciem mandatu i jest to jedyna sytuacja wygaśnięcia tego stosunku, nie ulega on wypowiedzeniu lub rozwiązaniu bez wypowiedzenia[83]. O tym, kiedy dochodzi do wygaśnięcia mandatu decydują każdorazowo przepisy, na podstawie których powstaje ten stosunek pracy[84]. Powoduje to zatem w istocie rzeczy, że te kwestie pozostają poza zakresem prawa pracy, bo albo stosuje się tu przepisy prawa cywilnego, albo przepisy prawa administracyjnego (tak jak w przypadku pracownikach mianowanych)[85].

Do tego rodzaju stosunku pracy nie mają zastosowania przepisy o rozwiązaniu umowy o pracę w drodze wypowiedzenia oraz bez wypowiedzenia, w tym także na podstawie art. 52 k.p.[86] Kodeks pracy nie zapewnia pracownikom zatrudnionym na podstawie wyboru ochrony ani przed utratą stanowiska, ani nie przewiduje ograniczenia dopuszczalności rozwiązania z tymi pracownikami stosunku pracy w okresie urlopu, usprawiedliwionej nieobecności w pracy oraz w wieku przedemerytalnym (art. 41 i 39 k.p.). Również pracownice w okresie ciąży i urlopu macierzyńskiego mogą być w tych okresach odwołane ze skutkiem równoznacznym z rozwiązaniem stosunku pracy, bez ograniczeń przewidzianych w art. 177 k.p.[87]

[80] L. Florek, T. Zieliński, *Prawo pracy*, Warszawa 2007, s. 136.
[81] Por. art. 9 ust. 1 i 2 ustawy z 21.11.2008 r. o służbie cywilnej (tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r. poz. 1559). Por. T. Liszcz, *Prawo pracy*, Warszawa 2011, s. 222.
[82] J. Stelina, *Charakter*…, s. 204.
[83] Por. wyrok SN z 4.12.1979 r., I PR 93/79, OSNCP 1980/6, poz. 122.
[84] L. Florek, T. Zieliński, *Prawo*…, s. 134.
[85] Tak G. Szynal, *Sądowa*…, s. 147.
[86] Por. wyrok SN z 4.12.1979 r., I PR 93/79.
[87] Por. Ł. Pisarczyk, *Kodeks pracy. Komentarz,* Warszawa 2011, s. 410.

Jeżeli chodzi o zakres roszczeń, jaki przysługuje pracownikowi z wyboru, to należy wskazać, że – co do zasady – nie może on dochodzić ustalenia, iż stosunek pracy nie został rozwiązany albo przywrócenia do pracy[88]. Jedynym rodzajem roszczenia jest roszczenie odszkodowawcze z art. 56 lub 59 k.p.[89]

W literaturze wskazuje się, że jedynie w wyjątkowych sytuacjach sąd pracy może zbadać, przy okazji rozpatrywania spraw należących do jego właściwości, czy akt odwołania nie był wadliwy w stopniu uzasadniającym uznanie go za nieistniejący w sensie prawnym. Podstawą takiego ustalenia może być stwierdzenie, że został wydany przez oczywiście niekompetentny organ, bez jakiejkolwiek podstawy prawnej albo z rażącym naruszeniem prawa. W konsekwencji sąd ten powinien uznać, że rozwiązanie stosunku pracy z mocy aktu bezwzględnie nieważnego nie nastąpiło[90].

Reasumując powyższe ustalenia pod kątem poziomu ochrony sygnalisty, należy wskazać, że w przypadku pracownika z wyboru nie jest ona silna z uwagi na to, iż nie może się on starać o przywrócenie do pracy. Brak jest też (jak w każdym przypadku w Kodeksie pracy) szczególnych zapisów w tej materii (np. nakazujących zbadać, czy wygaszenie mandatu nie jest działaniem odwetowym, a podane powody wygaszenia są fikcyjne).

2.5. Stosunek pracy, którego podstawą jest spółdzielcza umowa o pracę

Stosunek pracy nawiązany na podstawie spółdzielczej umowy o pracę reguluje ustawa – Prawo spółdzielcze[91], a w zakresie nieuregulowanym odmiennie tą ustawą stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu pracy. Umowę taką nawiązuje się pomiędzy spółdzielnią pracy a jej członkiem.

Prawa i obowiązki członków spółdzielni pracy zatrudnionych na podstawie spółdzielczych umów o pracę pokrywają się w zasadzie z prawami i obowiązkami pracowników określonymi w Kodeksie pracy[92], aczkolwiek należy wskazać, że członkowie tych spółdzielni korzystają zarazem ze szczególnych uprawnień, jakich nie mają pracownicy na podstawie Kodeksu pracy.

Zgodnie z art. 183 pr. spółdz. za pracę w spółdzielni członek otrzymuje wynagrodzenie, na które składa się wynagrodzenie bieżące i udział w części nadwyżki bilansowej, przeznaczonej do podziału między członków. Należy dodać, że statut spółdzielni może przyznać spółdzielcom jeszcze inne uprawnienia.

Spory o roszczenia członków spółdzielni pracy ze spółdzielczego stosunku pracy rozpoznają sądy pracy.

Zgodnie z treścią art. 187 pr. spółdz. spółdzielnia może rozwiązać z członkiem spółdzielczą umowę o pracę wyłącznie w dwóch przypadkach[93]:

- w razie zmniejszenia na podstawie uchwały rady spółdzielni stanu zatrudnienia podyktowanego gospodarczą koniecznością;
- w razie uzyskania przez niego prawa do emerytury.

[88] L. Florek, T. Zieliński, *Prawo*…, s. 134. Por. też wyrok SN z 4.12.1979 r., I PR 93/79.
[89] B.M. Ćwietniak [w:] *Kodeks pracy. Komentarz*, red. K.W. Baran, Warszawa 2012, s. 531.
[90] Por. Ł. Pisarczyk, *Kodeks*…, s. 411.
[91] Ustawa z 16.09.1982 r. – Prawo spółdzielcze (tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r. poz. 1285) – dalej pr. spółdz.
[92] Por. Ł. Pisarczyk, T. Zieliński [w:] *Kodeks*…, komentarz do art. 77 k.p., pkt 5.
[93] Por. wyrok SN 7.06.2016 r., II PK 139/15, LEX nr 2290370 – powołany w: K. Jaśkowski, E. Maniewska, *Komentarz*…, komentarz do art. 77 k.p.

Również wypowiedzenie warunków pracy lub płacy jest ściśle określone i ograniczone do dwóch przypadków:

1) gdy jest uzasadnione potrzebami gospodarczymi lub organizacyjnymi spółdzielni, a w szczególności wprowadzeniem nowych zasad wynagradzania, likwidacją działu pracy, w którym członek jest zatrudniony, likwidacją zajmowanego przez niego stanowiska pracy albo koniecznością zatrudnienia na danym stanowisku osoby o wyższych lub specjalnych kwalifikacjach;
2) w razie utraty przez członka zdolności do wykonywania dotychczasowej pracy stwierdzonej orzeczeniem lekarskim albo niezawinionej przez niego utraty uprawnień koniecznych do jej wykonywania.

Zgodnie z art. 184 § 2 pr. spółdz. zaproponowane członkowi nowe warunki pracy lub płacy powinny odpowiadać jego kwalifikacjom i możliwościom gospodarczym spółdzielni.

Zgodnie z art. 191 pr. spółdz. oświadczenie spółdzielni o wypowiedzeniu spółdzielczej umowy o pracę, o rozwiązaniu tej umowy bez wypowiedzenia albo o wypowiedzeniu warunków pracy lub płacy powinno być złożone w formie pisemnej z podaniem przyczyny uzasadniającej wypowiedzenie albo rozwiązanie.

W razie naruszenia przez spółdzielnię przepisów art. 184 pr. spółdz. (wypowiedzenie warunków płacy lub pracy), art. 187 pr. spółdz. (przesłanki złożenia wypowiedzenia) i art. 191 pr. spółdz. (pisemne wypowiedzenia oraz obowiązek podania przyczyny złożenia wypowiedzenia) członkowi spółdzielni przysługuje roszczenie o orzeczenie bezskuteczności wypowiedzenia spółdzielczej umowy o pracę lub jej warunków, a jeżeli spółdzielcza umowa o pracę uległa już rozwiązaniu – roszczenie o przywrócenie do pracy na poprzednich warunkach. Jest to jego jedyne roszczenie, brak tu możliwości uzyskania odszkodowania[94].

Członkowi spółdzielni, który podjął pracę w wyniku przywrócenia do pracy, przysługuje za czas pozostawania bez pracy, nie dłuższy jednak niż 6 miesięcy, wynagrodzenie obliczone na podstawie przeciętnego wynagrodzenia bieżącego z ostatnich trzech miesięcy oraz odpowiedni udział w części nadwyżki bilansowej. Zasady te stosuje się odpowiednio do członka spółdzielni, który po wypowiedzeniu mu warunków pracy lub płacy z naruszeniem art. 184 pr. spółdz. przystąpił do pracy na warunkach określonych w tym wypowiedzeniu.

W czasie trwania członkostwa spółdzielnia może rozwiązać spółdzielczą umowę o pracę bez wypowiedzenia tylko z przyczyn uzasadniających rozwiązanie umowy bez winy pracownika według przepisów Kodeksu pracy. Warto wskazać, że ciężar dowodu w razie ewentualnego procesu sądowego spoczywa na spółdzielni (co do zaistnienia tych przesłanek)[95].

Członkowi, z którym rozwiązano spółdzielczą umowę o pracę bez wypowiedzenia mimo braku przyczyn, o których mowa w art. 189 § 1 pr. spółdz. lub z naruszeniem przepisu art. 191 pr. spółdz. (warunek, by wypowiedzenie było

[94] Por. K. Kwapisz-Krygel, *Prawo spółdzielcze. Komentarz*, komentarz do art. 188 pr. spółdz., Warszawa 2014, tekst dostępny w bazie LEX.

[95] A. Stefaniak, *Komentarz do ustawy – Prawo spółdzielcze* [w:] *Prawo spółdzielcze. Ustawa o spółdzielniach mieszkaniowych. Komentarz*, komentarz do art. 188 pr. spółdz., LEX 2014.

pisemne i zawierało uzasadnienie) przysługuje roszczenie o przywrócenie do pracy na poprzednich warunkach.

Członkowi, który podjął pracę w wyniku przywrócenia do pracy, przysługuje wynagrodzenie za czas pozostawania bez pracy według zasad określonych w art. 188 § 2 pr. spółdz.[96], nie mniej jednak niż w wysokości jednomiesięcznego wynagrodzenia.

Należy też dodać, że zgodnie z art. 190 § 1 pr. spółdz. wypowiedzenie albo rozwiązanie spółdzielczej umowy o pracę, jak również wypowiedzenie warunków pracy lub płacy wymaga przewidzianego w Kodeksie pracy współdziałania z organami związku zawodowego, jeżeli związek taki działa w spółdzielni. Ponadto, przepisy art. 184 oraz 187–189 pr. spółdz. nie wyłączają stosowania korzystniejszych dla członków spółdzielni przepisów prawa pracy, zakazujących lub ograniczających wypowiedzenie umowy o pracę, wypowiedzenie przewidzianych tą umową warunków albo jej rozwiązanie bez wypowiedzenia.

Reasumując, należy wskazać, że pozycja sygnalisty przy umowie o spółdzielczą pracę jest stosunkowo dobrze chroniona z uwagi na to, że: po pierwsze, są ograniczone przesłanki złożenia mu wypowiedzenia umowy, po drugie – przysługuje mu roszczenie o przywrócenie do pracy oraz wynagrodzenie (limitowane, ale jednak) za czas pozostawania bez pracy. Również obowiązek pisemnego uzasadniania wypowiedzenia jest dla niego korzystny. Uwagą, którą należy powielić, jest to, że ustawodawca i w tym przypadku nie nakazuje badać przyczyn wypowiedzenia pod kątem odwetu za działalność sygnalisty, co powinno mieć miejsce.

3. Ochrona funkcjonariuszy służb mundurowych

Obecnie do służby mundurowej możemy zaliczyć 12 formacji: Policję, Straż Graniczną, Służbę Celno-Skarbową, Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Agencję Wywiadu, Służbę Wywiadu Wojskowego, Służbę Kontrwywiadu Wojskowego, Centralne Biuro Antykorupcyjne, Służbę Więzienną, Państwową Straż Pożarną, Służbę Ochrony Państwa, Straż Marszałkowską.

Status funkcjonariuszy służb mundurowych ma specyficzny charakter prawny wynikający z faktu, że ich stosunki służbowe nie są oparte na Kodeksie pracy, lecz na stosunku administracyjnoprawnym powstającym z chwilą dobrowolnego zgłoszeniem się do służby[97]. Zatrudnienie funkcjonariuszy odbywa się na podstawie mianowania i ma charakter stosunku administracyjnoprawnego, którego istotą jest podporządkowanie służbowe[98]. W orzecznictwie sądów administracyjnych wskazuje się, że jest to stosunek, w którym organ jednostronnie i władczo kształtuje sytuację prawną funkcjonariusza[99].

[96] Tj. za czas pozostawania bez pracy, nie dłuższy jednak niż 6 miesięcy, wynagrodzenie obliczone na podstawie przeciętnego wynagrodzenia bieżącego z ostatnich 3 miesięcy oraz odpowiedni udział w części nadwyżki bilansowej.

[97] Tak specyfikę stosunku pracy służb mundurowych opisał Trybunał Konstytucyjny (dalej TK) – por. wyroki TK: z 23.09.1997 r., K 25/96, OTK 1997/3–4, poz. 36; z 27.01.2003 r., SK 27/02, OTK-A 2003/1, poz. 2. Szeroko na temat charakteru stosunku administracyjnoprawnego zob. P. Szustakiewicz, *Stosunki służbowe funkcjonariuszy służb mundurowych i żołnierzy zawodowych jako sprawa administracyjna*, Warszawa 2012, a także P. Szustakiewicz, W. Maciejko, *Stosunek służbowy w formacjach mundurowych*, Warszawa 2015.

[98] Taki pogląd jest też ugruntowany w orzecznictwie TK – por. wyrok z 14.12.1999 r., SK 14/98, OTK 1999/7, poz. 163 oraz w orzecznictwie NSA – por. wyroki z 12.03.2002 r., II SA 2154/01 oraz z 1.07.2011 r., I OSK 199/11.

[99] Teza ta jest ugruntowana w orzecznictwie NSA – por. wyrok z 12.03.2002 r., II SA 2154/01 oraz wyrok z 1.07.2011 r., I OSK 199/11.

Specyfika służb mundurowych polega na tym, że funkcjonowanie każdej służby mundurowej określa odrębna ustawa (pragmatyka służbowa), o podobnej strukturze przepisów. Trzeba też wskazać, że każdą służbę cechuje również określona deontologia zawodowa – określony tryb postępowania i zachowania obowiązujący w poszczególnych zakresach zarówno w trakcie służby, jak i poza służbą. Wskazane modele i wzorce postępowania wynikają nie tylko z obowiązujących przepisów prawa, ale również z zasad etyki zawodowej, które najczęściej są wyrażane w kodeksach etyki obowiązujących dla poszczególnych formacji mundurowych[100]. Źródłem obowiązku przestrzegania prawa i etyki zawodowej jest też uroczyste ślubowanie, składane przez funkcjonariuszy poszczególnych służb mundurowych, zobowiązujące ich do przestrzegania zasad etyki zawodowej i godnego zachowania przez cały czas, tj. zarówno na służbie, jak i poza służbą[101]. Każda formacja mundurowa ma własny tekst wskazanego ślubowania.

Za naruszanie przepisów prawa oraz reguł deontologii zawodowej (w tym obowiązującej etyki wykonywania zawodu) funkcjonariuszom grozi postępowanie dyscyplinarne. Każda z formacji mundurowych ma swój własny, określony tryb tego postępowania, chociaż postuluje się stworzenie uniwersalnej procedury postępowania dyscyplinarnego[102]. Wśród reguł obowiązujących funkcjonariuszy służb mundurowych niewątpliwie znajdują się: zasada poszanowania dla przełożonych, zasada poszanowania i budowania prawidłowego wizerunku danej formacji zawodowej oraz obowiązek dbałości o jej dobre imię. Publiczny wymiar służby powoduje, że jej działania (w tym działania poszczególnych funkcjonariuszy) kształtują autorytet danej służby, autorytet organów państwa i zaufanie do funkcjonariuszy danej formacji[103].

Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego kandydat do publicznej służby mundurowej od momentu powołania musi się poddać regułom pełnienia służby nacechowanej istnieniem specjalnych uprawnień, ale też wymagającej spełniania szczególnych cech personalnych, kwalifikacyjnych czy charakterologicznych, pełnej dyspozycyjności i zależności od władzy służbowej, a także bardziej rygorystycznym niż w przypadku stosunków pracy zasadom utraty statusu pracowniczego[104].

Na funkcjonariuszach służb mundurowych ciążą szczególne obowiązki związane z wykonywaniem funkcji publicznych, a wśród nich należy bezsprzecznie wskazać obowiązek fachowego, rzetelnego, zgodnego z prawem i bezstronnego, prawidłowego, sprawnego oraz terminowego wykonywania powierzonych im obowiązków i zadań oraz przestrzegania regulaminu służby w sposób zapewniający ochronę interesów państwa i obywateli. Bezsprzecznie funkcjonariusze zobowiązani są nie tylko przestrzegać powszechnie obowiązujące prawo, ale także rozbudowane zasady

[100] S. Pieprzny, *Kodeksy etyczne służb i formacji mundurowych (wybrane zagadnienia)* [w:] *Służba publiczna. Stan obecny. Wyzwania i oczekiwania*, red. S. Płażej, M. Stec, LEX 2013.

[101] W tym tonie w odniesieniu do funkcjonariuszy Policji wypowiedział się NSA w wyroku z 10.02.2012 r., I OSK 1056/11, LEX nr 1115958. Podobnie postrzegają to sądy powszechne, por. wyrok SA w Katowicach z 15.05.2008 r., II Aka 13/08, „Prokuratura i Prawo" – wkł. 2009/3, s. 32.

[102] S. Maj, *Odpowiedzialność dyscyplinarna w służbach mundurowych. Możliwość uchwalenia wspólnej procedury* [w:] *Węzłowe problemy prawa dyscyplinarnego w służbach mundurowych*, red. P. Jóźwiak, K. Opaliński, „Biblioteczka Kwartalnika Prawno-Kryminalistycznego" 2012/2, s. 39–43, http://isp.policja.pl/isp/e-czytelnia/3514,Wezlowe-problemy-prawa-dyscyplinarnego-w-sluzbach-mundurowych.html (dostęp: 28.08.2015 r.).

[103] Tak w odniesieniu do funkcjonariuszy Służby Celnej wypowiedział się TK w wyroku z 19.10.2004 r., K 1/04, OTK-A 2004/9, poz. 93.

[104] Por. wyroki TK z 19.10.2004 r., K 1/04 oraz z 13.02.2007 r., K 46/05, OTK-A 2007/2, poz. 10.

deontologii zawodowej, które przewidują m.in. godne zachowanie funkcjonariuszy zarówno na służbie, jak i po służbie[105]. W ślad za TK należy wskazać, że funkcjonariuszy służb mundurowych powinni dysponować nieskazitelnym charakterem, obowiązuje ich generalny zakaz jakiegokolwiek postępowania niezgodnego z prawem[106].

W orzecznictwie TK przyjmuje się, że troska o dobro służby publicznej, w tym Służby Celnej, usprawiedliwia zastosowanie indywidualnych rygorów prawnych zdeterminowanych jej specyfiką, nawet jeżeli cechować ją będzie duży stopień ingerencji w sferę praw i wolności funkcjonariuszy służb mundurowych. Wskazana swoboda ingerowania ustawodawcy w sytuację prawną funkcjonariuszy jest tak duża, bo wynika z publicznoprawnego charakteru pełnionych przez nich funkcji[107]. Trybunał Konstytucyjny przyjmuje też założenie, że osoby wstępujące do poszczególnych formacji mundurowych zdają sobie w pełni sprawę z rygorów danej służby i świadomie je akceptują.

Należy wskazać, że przepisy pragmatyk służbowych formacji mundurowych nie zawierają żadnych zapisów dotyczących potencjalnej ochrony sygnalistów, w ogóle nie regulują tej materii. Przepisy są tak skonstruowane, że potencjalnie funkcjonariuszowi będącemu sygnalistą można jednak realnie „dokuczyć" poprzez m.in.:

i) wszczynanie postępowań dyscyplinarnych – należy tu wskazać, że formalnie wszystkie postępowania są dwuinstancyjne i podlegają kontroli sądów – ale administracyjnych, a nie powszechnych (zwłaszcza nie wydziałów karnych). Powoduje to inną „optykę" kontroli tych orzeczeń – przez pryzmat legalności i zgodności z prawem. Sądy administracyjne nie prowadzą szeroko uzupełniających postępowań dowodowych, nie mają ustawowo wpisanej zasady prawdy materialnej jako zasady postępowania (tak jak sądy karne) i kontrolują w istocie orzeczenie przez pryzmat jego formalnego przedmiotu, tj. nie mają uprawnień do stwierdzenia pozorności podanej przyczyny ukarania danej osoby[108]. Tym samym sygnaliści nie są tu dobrze chronieni;

ii) zwolnienie ze służby – należy tu wskazać, że wszystkie formacje mają podział przyczyn zwolnienia na te obligatoryjne (jak np. skazanie prawomocne za przestępstwo umyślne), jak i fakultatywne, których zastosowanie zależy od woli organów. Wśród tych przesłanek fakultatywnych praktycznie wszędzie występują przesłanki niedookreślone, polegające na możliwości zwolnienia funkcjonariusza „z ważnych przyczyn", jeśli funkcjonariusz nie daje gwarancji (rękojmi) dalszego należytego pełnienia służby[109]. Ogólnikowość użytych zwrotów i pojęć daje szerokie pole

[105] Temat deontologii zawodowej w służbach mundurowych jest poruszony szeroko w: P. Jóźwiak, K. Opaliński [red.] *Zasady etyki zawodowej w służbach mundurowych*, Piła 2013.

[106] Por. wyroki TK: z 13.02.2007 r., K 46/05; z 19.10.2004 r., K 1/04.

[107] Por. wyroki TK: z 23.09.1997 r., K 25/96; z 27.01.2003 r., SK 27/02; z 13.02.2007 r., K 46/05.

[108] Szeroko na temat zakresu kontroli orzeczeń dyscyplinarnych przez sądy administracyjne w: R. Szymczykiewicz, P*roblematyka kontroli sądowej orzeczeń dyscyplinarnych służb mundurowych w kontekście wymiaru kary dyscyplinarnej na przykładzie Służby Celnej* [w:] *Instytucje kontroli i nadzoru w działaniach organów władzy publicznej w Polsce*, red. A. Gołębiowska, M. Woch, P. Zientarski, Warszawa 2016, s. 181 i n.

[109] Przykładowo, art. 180 ust. 1 pkt 8 ustawy z 16.11.2016 r. o Krajowej Administracji Skarbowej (tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r. poz. 508 ze zm.) przewiduje możliwość fakultatywnego zwolnienia funkcjonariusza w razie zaistnienia innej, niż określone w art. 180 ust. 1 pkt 1–7 tej ustawy, ważnej przyczyny, jeżeli dalsze pozostawanie w służbie nie gwarantuje należytego wykonywania obowiązków służbowych, w szczególności gdy wymaga tego dobro Krajowej Administracji Skarbowej lub gdy nastąpiła utrata zaufania niezbędnego do wykonywania obowiązków służbowych.

dla organów do potencjalnych nadużyć i zwalniania sygnalistów pod wskazanym pretekstem. Kontroli decyzji administracyjnych o zwolnieniu dokonują ewentualnie sądy administracyjne, co powoduje specyficzny zakres jej kontroli i brak stosowania zasad współżycia społecznego lub zasad określonych w art. 8 k.p. Tym samym należy ponownie stwierdzić, że sygnaliści nie są w tym zakresie nienależycie chronieni;

iii) wykorzystanie narzędzi pragmatyki służbowej, np. poleceń służbowych dotyczących zmiany miejsca pełnienia służby (wysyłanie funkcjonariusza do służy możliwie najdalej od miejsca zamieszkania) czy też celowa zmiana zakresu obowiązków (pogarszająca sytuację danej osoby), obniżenie nagrody. Część z rodzajów stosowanych narzędzi pragmatyki służbowej ma taki charakter, że nie jest zaskarżalna – wydawane polecenia są po prostu wiążące i wynika to z cech stosunku służbowego. Z kolei nawet, jeżeli już niektóre polecenia przyjmują formę decyzji administracyjnej, to tu ustawodawca często posługuje się znów słowem-kluczem w postaci „dobra służby" i praktycznie nie istnieje możliwość wykazania, że jest to argument pozorny i że faktycznym motywem działania danego organu jest swoisty odwet za działalność sygnalisty.

Należy w tym miejscu zasygnalizować, że cały czas aktualna jest dyskusja na temat wolności słowa działaczy związkowych będących funkcjonariuszami służb mundurowych. Z jednej strony wskazuje się, że prawo do wolności wypowiedzi funkcjonariuszy mundurowych nie powinno być zasadniczo ograniczane, albowiem restrykcyjne podejście do wolności wypowiedzi funkcjonariuszy będzie skutkować niechęcią funkcjonariuszy do zgłaszania nieprawidłowości w służbie, będzie krępować odwagę właśnie sygnalistów[110].

Z drugiej jednak strony, w literaturze można spotkać pogląd, że jedną z naturalnych „ofiar" rygorów związanych ze służbami mundurowymi jest swoboda wypowiedzi[111]. Ma to wynikać z konieczności zachowania rygorów dyscypliny poszczególnych formacji mundurowych, które w założeniu strukturalnym opierają się na hierarchiczności i podporządkowaniu poleceniom przełożonych. Jest to skutkiem prawnym m.in. tego, że zatrudnienie funkcjonariuszy odbywa się na podstawie mianowania i ma charakter stosunku administracyjnoprawnego, którego istotą jest podporządkowanie służbowe[112].

W wyroku NSA z 12.02.2013 r., I OSK 663/12[113], została sformułowana niezwykle kontrowersyjna teza, w myśl której prawo do krytycznych wypowiedzi przewodniczącego związku zawodowego ogranicza się wyłącznie do zakresu spraw dotyczących sfery działania związku zawodowego, a jeśli je przekracza – nie jest dozwolona jako sprzeczna z porządkiem prawnym. Należy zatem wskazać,

[110] Por. G.R. Bajorek, *Policjant skrępowany. Ograniczenia swobody wypowiedzi funkcjonariuszy na przykładzie najnowszego orzecznictwa Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu*, „Przegląd Policyjny" 2014/1(113), s. 135–141.

[111] Por. I.C. Kamiński, *Swoboda wypowiedzi w orzeczeniach Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu*, Kraków 2006, s. 678.

[112] Taki pogląd jest też ugruntowany w orzecznictwie TK – por. wyrok z 14.12.1999 r., SK 14/98 oraz w orzecznictwie NSA – por. wyroki z 12.03.2002, II SA 2154/01 oraz z 1.07.2011 r., I OSK 199/11.

[113] LEX nr 1311430.

że przedmiotowy pogląd Naczelnego Sądu Administracyjnego wydaje się niczym nieuzasadniony i nie znajduje uzasadnienia w świetle polskiego prawa, jest zbyt daleko idący i zbyt rygorystyczny[114].

Powyżej przedstawiony pogląd Naczelnego Sądu Administracyjnego wydaje się też ewidentnie wadliwy w zetknięciu z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej ETPC), który wielokrotnie dawał wyraz poglądowi, że funkcjonariusze państwowi, także zatrudnieni na eksponowanych stanowiskach, np. nauczyciela, policjanta lub personelu wojskowego mają prawo do udziału w debacie publicznej, swobody wypowiedzi, a nawet do prowadzenia działalności o charakterze politycznym[115]. Państwo może nakładać na swoich urzędników pewne obowiązki, ale wciąż generalnie będą się oni cieszyć swobodą wypowiedzi, a Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności[116] chroni również wypowiedzi obrażające i wywołujące niepokój[117]. Przy zdecydowanej ochronie praw funkcjonariuszy mundurowych do wolności wypowiedzi Trybunał w Strasburgu wskazywał jednak, że wypowiedzi te muszą być formułowane w odpowiednim tonie, z zachowaniem reguł dyscypliny, zasad organizacji i działania poszczególnych formacji[118]. Wymóg ten w szczególności dotyczy wystąpień o charakterze przemyślanym, np. listów, pism[119]. W tezie wyroku Grigoriades przeciwko Grecji ETPC przedstawił wyraźny pogląd, że prawo do swobodnej wypowiedzi „nie kończy się u wrót koszar", a władze krajowe nie mogą powoływać się na reguły dyscypliny wojskowej, aby utrudnić żołnierzom wyrażenie opinii, nawet jeśli są one skierowane przeciwko armii jako instytucji[120].

Podsumowując, w obecnym stanie prawnym sygnalista będący członkiem formacji mundurowej nie ma żadnej specjalnej ochrony i jest potencjalnie narażony na odwetowe działania pracodawcy, których spektrum jest potencjalnie bardzo szerokie. Pożądane byłoby oddzielne i specjalne zapisanie uprawnień dla sygnalistów będących funkcjonariuszami, aby umożliwić im pełniejszą swobodę działania, stworzyć ramy prawne do działań (co można byłoby uczynić w zgodzie pragmatyką i charakterem poszczególnych służb). Powinna być stworzona specjalna formuła prawna ochrony takich funkcjonariuszy, wyrażająca się m.in. w tym, że przepisy powinny im umożliwiać na każdym etapie postępowania (zarówno przed organami, jak i przed sądami administracyjnymi) możliwość podnoszenia zarzutu szykanowania sygnalisty (zarzutu pozorności podejmowanych wobec niego czynności prawnych), który powinien być z urzędu badany i w razie jego skuteczności powinien być przesłanką uchylania wszelkich negatywnych skutków działań podejmowanych wobec funkcjonariusza – sygnalisty. Należy wskazać, że potrzeba szczególnej ochrony

---

[114] Por. R. Szymczykiewicz, O*graniczenia w prawie do wolności wypowiedzi przewodniczących związków zawodowych*, „Studia Prawnicze i Administracyjne" 2015/13 (3), s. 75–85.

[115] Por. orzeczenie ETPC z 20.05.1999 r., 25390/94, Rekvenyi przeciwko Węgrom; wszystkie wyroki ETPC są dostępne na stronie HUDOC.

[116] Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.).

[117] Por. wyroki ETPC: z 26.09.1995 r., 17851/91, Vogt przeciwko Niemcom oraz z 28.10.1999 r., 28396/95, Wille przeciwko Liechtensteinowi.

[118] Orzeczenie ETPC z 29.11.1995 r., 23576/94, E.S. przeciwko Niemcom; decyzja ETPC z 20.05.2003 r., 62550/00, Camancho Lopez Escobar przeciwko Hiszpanii.

[119] Wyrok ETPC z 14.03.2002 r., 46833/99, De Diego Nafria przeciwko Hiszpanii.

[120] Wyrok ETPC z 25.11.1997 r., 24348/94, Grigoriades przeciwko Grecji.

sygnalistów w służbach mundurowych jest podnoszona również przez Rzecznika Praw Obywatelskich[121].

4. Osoby zatrudnione w oparciu o inne podstawy prawne

We wskazanej grupie osób mieszczą się przede wszystkim osoby zatrudnione na podstawie tzw. umów śmieciowych, czyli umowy zlecenia bądź umowy o dzieło oraz na innych podstawach prawnych (np. umowa agencyjna, umowa cywilnoprawna). Należy wskazać, że z istoty rzeczy wskazane rodzaje umów można rozwiązać bez przeszkód (chyba że przepisy poszczególnej umowy stanowią inaczej), a w razie ewentualnych nieprawidłowości zatrudnionym zostają do zgłoszenia wyłącznie roszczenia odszkodowawcze do sądu cywilnego (a nie do sądu pracy), z wyjątkiem roszczenia o stwierdzenie istnienia stosunku pracy.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że potencjalni sygnaliści zatrudnieni na analizowanych podstawach prawnych mają słabą ochronę prawną, w szczególności w świetle braku możliwości żądania przywrócenia kontraktu (umowy), jego kontynuacji. Uwaga ta dotyczy dużej grupy osób, ponieważ według danych ZUS w 2017 r. tylko na umowie zlecenia (agencyjnej lub innej cywilnoprawnej) pracowało i odprowadzało składki przeszło 1 016 000 osób (przy danych o 1 030 000 osób w 2016 r.)[122]. Problem ten dotyczy zatem bardzo dużej grupy osób na rynku pracy.

5. Ochrona prawna działaczy związkowych

W kontekście ochrony sygnalistów nie sposób nie wspomnieć osobno o związkach zawodowych, których ustawową rolą jest obrona praw i interesów zawodowych oraz socjalnych pracowników. W sposób naturalny wypełnienie tych zadań może się wiązać ze sporami z pracodawcą, z głoszeniem krytyki oraz sygnalizowaniem nieprawidłowości i niezadowolenia z poszczególnych warunków pracy, płacy lub innych okoliczności związanych z pracodawcą.

W polskim prawodawstwie związki zawodowe funkcjonują na podstawie ustawy z 23.05.1991 r. o związkach zawodowych[123]. Ustawodawca przewidział dla członków związków zawodowych ochronę w wyniku poszczególnych zapisów ustawy.

Po pierwsze, przez art. 3 u.z.z. wskazujący na to, że nikt nie może ponosić ujemnych następstw z powodu przynależności do związku zawodowego lub pozostawania poza nim albo wykonywania funkcji związkowej. W szczególności nie może to być warunkiem nawiązania stosunku pracy i pozostawania w zatrudnieniu oraz awansowania pracownika.

Po drugie, przez art. 32 u.z.z. zawierający zapis o ochronie trwałości stosunku pracy działaczy związkowych. W stanie prawnym obowiązującym do 31.12.2018 r.

---

[121] Por. K. Sobczak, *RPO domaga się lepszej ochrony policyjnych sygnalistów*, http://www.lex.pl/czytaj/-/artykul/rpo-domaga-sie-lepszej-ochrony-policyjnych-sygnalistow (dostęp: 20.06.2018 r.).

[122] Dane za: M. Chądzyński, *Umowy śmieciowe na rynku pracownika mają się całkiem dobrze*, http://gospodarka.dziennik.pl/praca/artykuly/566328,rynek-pracownika-umowy-smieciowe-dane-zus.html (dostęp: 30.06.2018 r.).

[123] Tekst jedn.: Dz.U. z 2015 r. poz. 1881 ze zm. – dalej u.z.z.

pracodawca (z wyjątkiem, gdy dopuszczają to odrębne przepisy) bez zgody zarządu zakładowej organizacji związkowej nie mógł:

1) wypowiedzieć ani rozwiązać stosunku pracy z imiennie wskazanym uchwałą zarządu jego członkiem lub z innym pracownikiem będącym członkiem danej zakładowej organizacji związkowej, upoważnionym do reprezentowania tej organizacji wobec pracodawcy albo organu lub osoby dokonującej za pracodawcę czynności w sprawach z zakresu prawa pracy;
2) zmienić jednostronnie warunków pracy lub płacy na niekorzyść pracownika, o którym mowa w pkt 1.

Z kolei od 1.01.2019 r. przepis ten przyjął brzmienie, w myśl którego pracodawca bez zgody zarządu zakładowej organizacji związkowej nie może:

1) wypowiedzieć ani rozwiązać stosunku prawnego ze wskazanym uchwałą zarządu jego członkiem lub inną osobą wykonującą pracę zarobkową będącą członkiem danej zakładowej organizacji związkowej, upoważnioną do reprezentowania organizacji wobec pracodawcy albo organu lub osoby dokonującej za pracodawcę czynności w sprawach z zakresu prawa pracy;
2) zmienić jednostronnie warunków pracy lub wynagrodzenia na niekorzyść osoby wykonującej pracę zarobkową, o której mowa w pkt 1 – z wyjątkiem przypadku ogłoszenia upadłości albo likwidacji pracodawcy, a także, jeśli dopuszczają to przepisy odrębne.

Nowe brzmienie przepisu, z jednej strony, ma szerszy zakres podmiotów, do którego się odnosi, ale z drugiej strony – wprowadza dodatkowe sytuacje umożliwiające niestosowanie ochrony wyrażonej w tym przepisie (upadłość albo likwidacja pracodawcy) oraz wyraża wprost możliwość wprowadzenia przepisów odrębnych wyłączających lub ograniczających wskazaną ochronę. Jest to potencjalnie niekorzystne dla pracowników oraz osób wykonujących pracę zarobkową (w tym również dla sygnalistów).

Wskazana ochrona przysługuje przez okres określony uchwałą zarządu, a po jego upływie – dodatkowo przez czas odpowiadający połowie okresu określonego uchwałą, nie dłużej jednak niż 1 rok po jego upływie.

W doktrynie prawa pracy zwraca się uwagę, że przepis ten ma na celu zapewnienie działaczowi związkowemu poczucia bezpieczeństwa socjalnego, a w ten sposób zapewnienie niezależności wobec pracodawcy w zakresie reprezentowania i obrony praw pracowników[124].

Należy podkreślić, że wskazana ochrona przed zwolnieniem jest podmiotowa ograniczona, albowiem zgodnie z postanowieniami analizowanego przepisu gwarancjami trwałości stosunku pracy w sferze podmiotowej zostali objęci:

– imiennie wskazani członkowie zarządu zakładowej organizacji związkowej (ust. 1);
– imiennie wskazani inni pracownicy będący członkami zakładowej organizacji związkowej, upoważnieni do reprezentowania tej organizacji wobec

[124] Por. J. Żółyński, *Ustawa o związkach zawodowych. Komentarz*, komentarz do art. 32 u.z.z., LEX 2014.

pracodawcy albo organu lub osoby dokonującej czynności w sprawach z zakresu prawa pracy (ust. 1);
- imiennie wskazani uchwałą komitetu założycielskiego pracownicy (ust. 7);
- pracownicy pełniący z wyboru funkcję związkową poza zakładową organizacją związkową, korzystający u pracodawcy z urlopu bezpłatnego lub ze zwolnienia z obowiązku świadczenia pracy (ust. 9).

Powyższe wyliczenie ma charakter enumeratywny. Oznacza to w praktyce, że gwarancje zatrudnienia przewidziane w art. 32 u.z.z. nie odnoszą się do żadnych innych kategorii działaczy związkowych, i to niezależnie od tego, jaką sprawują oni funkcję w strukturach organizacyjnych[125].

Należy bowiem wyjaśnić, że dla zapewnienia ochrony danej osobie niezbędne jest zachowanie określonej formy prawnej. Otóż pracownicy podlegają ochronie pod warunkiem, że organizacja zakładowa imiennie – w formie uchwały – wskaże ich w informacji przekazanej pracodawcy[126]. Ochrona przysługuje od chwili zawiadomienia pracodawcy o uchwale zarządu zakładowej organizacji związkowej wskazującej osobę podlegającą ochronie. Pracodawca nie musi jednak znać ani treści uchwały, ani innych dokumentów dotyczących przedmiotowej sprawy – ma dostać zawiadomienie o osobach objętych ochroną[127].

Z kolei z drugiej strony, ewentualna zgoda związku zawodowego na wypowiedzenie umowy o pracę lub zmianę jej warunków na mniej korzystne musi być wyraźna i musi być wyrażona przed daną decyzją pracodawcy[128].

Należy wskazać, że ochrona wynikająca z art. 32 ust. 1 u.z.z. nie daje chronionym członkom związku absolutnej ochrony, albowiem celem tej ochrony jest zapewnienie swobody działalności, a nie warunków absolutnej „bezkarności", zwłaszcza gdy dochodzi do naruszeń lub zachowań skrajnych[129]. Sąd Najwyższy w wielu swoich orzeczeniach stwierdził, że związek zawodowy ma prawo chronić pracownika przed zwolnieniem, nie wolno mu jednak, stosując tę ochronę, nadużywać wolności związkowej[130]. Chodzi tu o sytuacje rażących naruszeń obowiązków pracowniczych, szczególnie naganne zachowanie działacza związkowego i rażące naruszenie zasad współżycia społecznego, prowadzenie akcji strajkowej lub protestacyjnej z naruszeniem prawa[131]. Również fikcyjne utworzenie związku zawodowego jedynie w celu zachowania swojego miejsca pracy przez pracowników jest sprzeczne z ideą funkcjonowania związków zawodowych[132].

Należy zatem wskazać, że ochrona działaczy związkowych przewidziana w art. 32 u.z.z. ma taki charakter, że powinna chronić sygnalistów działających

[125] Por. K.W Baran, *Komentarz do ustawy o związkach zawodowych* [w:] *Zbiorowe prawo pracy. Komentarz*, komentarz do art. 32 u.z.z., LEX 2016.
[126] Por. wyrok SN z 23.02.2005 r., III PK 77/04, OSNP 2005/21, poz. 331.
[127] Por. wyrok SN z 3.10.2008 r., I PK 53/08, niepubl.
[128] Por. wyrok SN z 20.09.1994 r., I PRN 58/94, OSNP 1995/2 poz. 17.
[129] Szeroko na ten temat zob. M. Madej, *Nadużycie prawa ochrony trwałości stosunku pracy działacza związkowego* [w:] *Związkowe przedstawicielstwo pracowników zakładu pracy*, red. Z. Hajna, Warszawa 2012, s. 553–562.
[130] Por. wyroki SN: z 30.01.2008 r., I PK 198/07, „Monitor Prawa Pracy" 2008/6, s. 316; z 3.10.2008 r., II PK 53/08.
[131] Por. J. Żółyński, *Ustawa*…, komentarz do art. 32 u.z.z.
[132] Por. teza 2 wyroku SN z 27.02.1997 r., I PKN 17/97, OSNP 1997/21, poz. 416.

w dobrej wierze. Nie jest ona jednak bezwzględna i nieograniczona w czasie, co w kontekście analizowanej materii jest wadliwe.

Przepisy dotyczące ochrony z art. 32 u.z.z. obejmują także służby mundurowe. Uwaga ta jest aktualna odnośnie do tych formacji, gdzie w ogóle jest dozwolone zrzeszanie się w związku (lub związkach) zawodowych, tj. Policji, Straży Granicznej, Państwowej Straży Pożarnej, Służby Więziennej oraz Służby Celno-Skarbowej[133]. Należy wskazać, że w Policji, Straży Granicznej oraz Służbie Więziennej panuje tzw. zasada monizmu, polegająca na tym, iż w formacjach tych istnieje tylko jeden związek zawodowy i decyzją funkcjonariusza jest to, czy do niego wstąpi czy też nie[134].

Należy podkreślić, że przepisy dotyczące działalności związków zawodowych oraz obowiązywania ustawy o związkach zawodowych są dość lakoniczne. Zgodnie z art. 2 ust. 6 u.z.z. do praw związkowych funkcjonariuszy Policji, Straży Granicznej, Służby Celno-Skarbowej i Służby Więziennej oraz strażaków Państwowej Straży Pożarnej, a także pracowników Najwyższej Izby Kontroli stosuje się odpowiednio przepisy niniejszej ustawy, z uwzględnieniem ograniczeń wynikających z odrębnych ustaw. Wskazana „odpowiedniość" bywa przedmiotem wątpliwości i wymaga często wykładni przez sądy administracyjne. W uchwale z 4.02.1993 r., III AZP 38/92[135], Sąd Najwyższy uznał, że przepis art. 32 ust. 2 u.z.z. ma odpowiednie zastosowanie do policjanta będącego członkiem Zarządu Terenowego Niezależnego Samorządowego Związku Zawodowego Policjantów. W uzasadnieniu tej uchwały SN stwierdził, że nakaz odpowiedniego stosowania ustawy związkowej do członków i działaczy oznacza m.in. rozciągnięcie ochrony prawnej, wynikającej z art. 32 ust. 2 u.z.z., na policjantów wybranych do władz i ogniw organizacyjnych tego związku. Należy zatem podkreślić, że powyższa uchwała była uchwałą składu 5 sędziów SN i ma moc zasady prawnej. Za istnieniem i obowiązywaniem ochrony związkowej w stosunku do funkcjonariuszy służb mundurowych opowiedział się w swoich orzeczeniach także Naczelny Sąd Administracyjny[136].

Należy jednak zwrócić również uwagę na to, że wykładnia przepisów dokonana przez NSA wskazuje, iż pierwszeństwo w wykładni przepisów mają ustawy pragmatyczne. W wyroku z 3.06.2015 r., I OSK 632/14[137], Naczelny Sąd Administracyjny sformułował wprost tezę, że jest dopuszczalne odstąpienie od wymogu uzyskania zgody organizacji związkowej w tych sprawach, w których dobro służby oraz jej interesy bezwzględnie przemawiają za rozwiązaniem stosunku służbowego z funkcjonariuszem z ważnych przyczyn, jeśli dalsze pozostawanie funkcjonariusza w służbie nie gwarantuje należytego wykonywania obowiązków służbowych.

Powyższe orzeczenie oznacza zatem stworzenie precedensu prawnego, polegającego na tym, że można zwalniać ze służby funkcjonariuszy mundurowych danej służby (nawet jeśli formalnie powinni być chronieni na podstawie art. 32 u.z.z.) na mocy przepisów poszczególnych ustaw przewidujących zwolnienie z „ważnych przyczyn" i „dla dobra służby". Orzeczenie to jest szczególnie

[133] Pozostałe, niewymienione służby mundurowe nie mogą zrzeszać się w związkach zawodowych, np. funkcjonariusze ABW czy AW.
[134] K.W. Baran, *Zbiorowe prawo pracy. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 141.
[135] OSP 1994/3, poz. 39.
[136] Por. wyroki NSA: z 20.07.2012 r., I OSK 2245/11, LEX nr 1264693 oraz z 24.11.2011 r., I OSK 641/11, LEX nr 1149408.
[137] LEX nr 1931429.

niebezpieczne dla sygnalistów, albowiem oznacza, że przełożeni mogą takiego sygnalistę zwolnić właśnie stosując te hasła (formalnie podając oczywiście inne powody zwolnienia).

Podsumowując powyższe ustalenia, należy wskazać, że formalnie występuje też ochrona działaczy związkowych w formacjach mundurowych. Należy jednak podkreślić, że przepisy dotyczące tej ochrony są bardzo lakoniczne i wymagałyby dokładnego doprecyzowania, zwłaszcza w sferze relacji między ochroną związkową a działalnością funkcjonariuszy danej służby. Ponadto, jak już było to opisane, orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego stworzyło pewien niebezpieczny dla sygnalistów „wyłom", polegający na możliwości zwolnienia funkcjonariusza ze służby „dla dobra służby". Pożądane byłoby wprowadzenie narzędzi prawnych dla obrony takiego funkcjonariusza przez możliwość wykazania pozorności podanej przyczyny i odwetowego działania danego organy (występującego w roli zwalniającego go „pracodawcy"). Dodatkowo, byłoby pożądane oddzielne i specjalne zapisanie uprawnień dla sygnalistów będących funkcjonariuszami, aby umożliwić im pełniejszą swobodę działania i zapisać legalne warunki prawne takiego działania.

6. Ochrona prawna w obliczu tzw. zwolnień grupowych

Przepisy regulujące tzw. zwolnienia grupowe są zawarte w ustawie z 13.03.2003 r. o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników[138].

Zgodnie z art. 1 ust. 1 u.z.g. przepisy ustawy stosuje się w razie konieczności rozwiązania przez pracodawcę zatrudniającego co najmniej 20 pracowników stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników, w drodze wypowiedzenia dokonanego przez pracodawcę, a także na mocy porozumienia stron, jeśli w okresie nieprzekraczającym 30 dni zwolnienie obejmuje co najmniej:

1) 10 pracowników, gdy pracodawca zatrudnia mniej niż 100 pracowników;
2) 10% pracowników, gdy pracodawca zatrudnia co najmniej 100, jednakże mniej niż 300 pracowników;
3) 30 pracowników, gdy pracodawca zatrudnia co najmniej 300 lub więcej pracowników.

Liczby odnoszące się do pracowników, o których mowa w art. 1 ust. 1 u.z.g., obejmują pracowników, z którymi w ramach grupowego zwolnienia następuje rozwiązanie stosunku pracy z inicjatywy pracodawcy na mocy porozumienia stron, jeśli dotyczy to co najmniej pięciu pracowników.

Ustawa określa tryb konsultacji trybu zwolnień grupowych ze związkami zawodowymi (a jeśli ich nie ma – z przedstawicielami pracowników), a jeżeli do porozumienia nie dojdzie, to określa te warunki w regulaminie (art. 3 ust. 4 i 5 u.z.g.).

Wskazana ustawa uchyla częściowo szczególną ochronę trwałości stosunku pracy w związku zarówno z wypowiedzeniem umowy o pracę, jak i wypowiedzeniem zmieniającym w odniesieniu do niektórych pracowników oraz znosi

[138] Tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r. poz. 1969 – dalej u.z.g.

ochronę pracowników przed wypowiedzeniem lub rozwiązaniem stosunku pracy, regulowaną przepisami odrębnymi (tak jest w przypadku posłów, senatorów albo radnych samorządowych)[139].

Z drugiej jednak strony, ustawodawca w art. 5 ust. 5 u.z.g. zawarł zamknięty katalog pracowników chronionych, którym nie wolno wypowiedzieć umowy, a co najwyżej można zmienić warunki pracy lub płacy. Co więcej, zgodnie z art. 5 ust. 6 u.z.g., jeżeli wypowiedzenie warunków pracy i płacy powoduje obniżenie wynagrodzenia, to pracownikom, o których mowa w art. 5 ust. 5 u.z.g., przysługuje do końca okresu, w którym korzystaliby ze szczególnej ochrony przed wypowiedzeniem lub rozwiązaniem stosunku pracy, dodatek wyrównawczy obliczony według zasad wynikających z Kodeksu pracy. W literaturze wskazuje się, że dodatek ten pełni niejako funkcję alimentacyjną wyrównującą uszczerbek w zarobkach wynikający z wypowiedzenia zmieniającego[140].

Jedną z najistotniejszych zasad obowiązujących przy zwolnieniach grupowych jest ta wyrażona w art. 2 ust. 3 u.z.g. Zgodnie z tym przepisem pracodawca jest zobowiązany zawiadomić na piśmie zakładowe organizacje związkowe o przyczynach zamierzonego grupowego zwolnienia, liczbie zatrudnionych pracowników i grupach zawodowych, do których oni należą, grupach zawodowych pracowników objętych zamiarem grupowego zwolnienia, okresie, w ciągu którego nastąpi takie zwolnienie, proponowanych kryteriach doboru pracowników do grupowego zwolnienia, kolejności dokonywania zwolnień pracowników, propozycjach rozstrzygnięcia spraw pracowniczych związanych z zamierzonym grupowym zwolnieniem, a jeżeli obejmują one świadczenia pieniężne, to pracodawca jest zobowiązany dodatkowo przedstawić sposób ustalania ich wysokości.

Wskazany powyżej obowiązek pracodawcy co do tego, aby wskazać osoby typowane do zwolnienia i podać kryterium doboru tych osób, jest bardzo ważny z perspektywy zasadności kontroli decyzji pracodawcy o zwolnieniu danej osoby (bo istnieje możliwość odwołania się od takiej decyzji, o czym szerzej poniżej).

W przedmiocie ww. kryterium doboru pracowników do zwolnienia wielokrotnie wypowiadał się Sąd Najwyższy. W wyroku z 19.12.1997 r., I PKN 442/97[141], przyjął on ogólną tezę, że: „jeżeli na skutek zmian organizacyjnych występuje konieczność zmniejszenia zatrudnienia z przyczyn ekonomicznych, pracodawcy przysługuje uprawnienie do wyboru pracowników zakwalifikowanych do zwolnienia z pracy, przy zastosowaniu obiektywnych i sprawiedliwych kryteriów oceny pracowników i wyników ich pracy (art. 94 pkt 9 k.p.)".

Powyższe ogólne wytyczne były rozwijane i analizowane przez SN w toku wielu spraw i przykładowo w wyroku z 16.09.1997 r., I PKN 259/97[142], gdzie sformułował on następujące kryteria, jakimi może się kierować pracodawca:

- przydatność pracownika do pracy;
- umiejętności pracownika, doświadczenie zawodowe;

[139] Por. K. Konopka, M. Zdanowska, *Ustawa o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników*, Warszawa 2012, komentarz do art. 5 u.z.g., tekst dostępny w bazie LEX.
[140] Por. K.W. Baran, *Zbiorowe prawo pracy. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 532–533.
[141] OSNP 1998/21, poz. 630.
[142] OSNP 1998/12, poz. 363.

– dotychczasowy przebieg pracy;
– kwalifikacje zawodowe;
– zakładowy staż pracy.

W wyroku z 15.12.2004 r., I PK 97/04[143], Sąd Najwyższy wskazał również, że wyłącznym kryterium doboru pracowników do zwolnienia grupowego nie może być jedynie wysokie wynagrodzenie pracownika. Uznanie tego kryterium za uzasadniające zwolnienie jest możliwe tylko po równoczesnym odniesieniu wysokości wynagrodzenia do poziomu kwalifikacji zawodowych, stażu pracy oraz jakości świadczonej pracy. Oznacza to, że możliwe jest zwolnienie w ramach zwolnień grupowych pracowników otrzymujących za wysokie wynagrodzenie w odniesieniu do ich poziomu kwalifikacji, stażu pracy i jakości wykonywanej pracy, w przypadku gdy inny pracownik, spełniający identyczne warunki, otrzymuje mniejsze wynagrodzenie bądź gdy ustalone wynagrodzenie jest niezasadnie wysokie.

W ujęciu analizowanych przepisów kluczowy jest art. 12 u.z.g., który stanowi że przy rozwiązywaniu stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników, w zakresie nieuregulowanym w niniejszej ustawie, a także przy rozpatrywaniu sporów związanych z naruszeniem przepisów niniejszej ustawy stosuje się przepisy Kodeksu pracy. Przede wszystkim chodzi tu o to, że pracownik ma prawo w terminie 21 dni złożyć do sądu pracy odwołanie od wypowiedzenia i domagać się przywrócenia do pracy lub odszkodowania (pracownik zatrudniony na czas nieokreślony) lub odszkodowania (pracownicy zatrudnieni na czas określony) – na ogólnych (opisywanych już) zasadach dotyczących odwołań.

Reasumując, należy zatem wskazać, że skoro w świetle przepisów obowiązują podobne reguły, jak przy kontroli wypowiedzenia zwykłych umów o pracę, to sygnaliści są chronieni w aspekcie tego, czy podane przyczyny wytypowania do zwolnienia istnieją, czy nie są fikcyjne. Nie są natomiast chronieni w sytuacji, gdy formalnie podany powód wytypowania istnieje, albowiem wówczas sąd bada tę przyczynę (jest nią związany), a nie bada formalnie tego, czy podana przyczyna jest jedynie fikcją, fasadą, za którą kryje się działanie odwetowe pracodawcy. Sąd nie ma odpowiednich narzędzi prawnych do reakcji na takie działania ustawodawcy, poza ewentualnym zastosowaniem art. 8 k.p.

III. PODSUMOWANIE I WNIOSKI KOŃCOWE

Podsumowując wszystkie ustalenia niniejszego opracowania, należy wskazać, co następuje:

W polskim prawie brak jest zarówno legalnej definicji sygnalisty, jak i aktu prawnego regulującego materię dotycząca sygnalistów. Poszczególne przepisy prawne mogące chronić sygnalistów są zapisane w wielu różnych aktach prawnych, są rozproszone i zróżnicowane. Nie wydaje się to służyć ochronie praw i interesów sygnalistów.

Sfera ochrony prawnej sygnalistów od strony zabezpieczenia ich przed konsekwencjami działalności w pracy lub stosunkach służbowych jest wysoce niedoskonała,

[143] OSNP 2005/24, poz. 389.

a ponadto wysoce zróżnicowana sama w sobie (co też nie powinno mieć miejsca). Przykładowo, poziom ochrony prawnej osoby zatrudnionej na umowę o pracę na czas nieokreślony czy osoby zatrudnionej na podstawie spółdzielczej umowy o pracę jest znacznie szerszy, niż osoby zatrudnionej na umowę o pracę na czas określony lub okres próbny czy też osób mianowanych lub powołanych.

W podsumowaniu dokonanych analiz można wskazać następujące problemy prawne związane z ochroną sygnalistów.

Po pierwsze, ogólnym problemem dotyczącym sfery z zakresu stosunków pracy (oraz stosunków służbowych) jest brak przepisów, które nakazywałyby sądom pracy (lub sądom administracyjnym) analizę, czy dane zachowanie pracodawcy nie stanowi działalności odwetowej za działalność sygnalisty. Chodzi tu w szczególności o brak możliwości dokonania oceny, że podana przyczyna wypowiedzenia lub zwolnienia bez wypowiedzenia jest pozorna (fasadowa), a kryje się za nią właśnie tylko chęć reperkusji ze strony pracodawcy, jak również brak możliwości faktycznej kontroli deklarowanej przez pracodawcę likwidacji stanowiska pracy. W ślad za brakiem takiego obowiązku, brak jest też odpowiednich narzędzi prawnych reakcji sądu w postaci przywracania do pracy lub zasądzania odszkodowania za ową pozorność sankcji nałożonych przez pracodawcę na pracownika-sygnalistę.

Należy tu wyraźnie wskazać, że klauzula generalna określona w art. 8 k.p. (dotycząca zakazu nadużywania prawa) nie spełnia w tym zakresie swojej funkcji z uwagi na konstrukcję prawną (niedookreśloność, brak obligatoryjnego stosowania i pozostawienie ewentualnego korzystania z tego przepisu w gestii uznania sędziowskiego).

Powyższy problem mógłby być bez większych problemów rozwiązany przez ustawodawcę poprzez przyjęcie stosownych przepisów. Możliwych jest kilka alternatywnych prawnych rozwiązań:

- stworzenie nakazu działania sądu z urzędu w tej materii (czyli zapewnienie sądowej kontroli z urzędu);
- stworzenie sytuacji prawnej działania sądu w odpowiedzi na zarzut pracownika, że jest szykanowany za działalność sygnalisty. Rozwiązanie takie wydaje się być bardziej logiczne.

Również stworzenie zasad ciężaru dowodowego co do charakteru działań pracodawcy może mieć potencjalnie kilka wariantów: od nałożenia ciężaru dowodu zaistnienia „prześladowania" sygnalisty na niego samego, poprzez sytuację odwróconą, tj. nałożenia na pracodawcę obowiązku wykazania, że podejmując określone działania prawne, nie kierował się intencją odwetu na sygnaliście za jego działalność, lecz innymi przesłankami. Dopuszczalny byłby także wariant „mieszany" polegający na tym, że najpierw pracownik miałby obowiązek udowodnić lub (co wydaje się lepszym pomysłem) uprawdopodobnić swoją działalność jako sygnalisty, a następnie sąd zarządzałby, aby pracodawca udowodnił, iż jego czynności prawne nie miały u swego źródła chęci nałożenia na sygnalistę reperkusji za jego działalność.

Przyjęciu wskazanych zmian nie stoją na przeszkodzie proponowane zapisy ustawy o jawności życia publicznego, albowiem można je dodać do tejże ustawy lub też umieścić w innym akcie prawnym. Trzeba jasno powiedzieć, że poza zakresem

ww. ustawy pozostaną osoby zgłaszające nieprawidłowości (często poważne), ale niemające charakteru karnego. Nie istnieje powód, aby takich osób prawnie nie chronić, leży to bowiem w interesie społecznym.

Trzeba też zauważyć, że powyższe rozwiązania miałyby zastosowanie do sytuacji, w której pracodawca „wyprzedzająco" zadziałałby w stosunku do danego pracownika, tj. zaistniałaby sytuacja, w której podjąłby w stosunku do niego niekorzystne działania prawne (np. zwolnił go w trybie natychmiastowym) jeszcze przed objęciem tego pracownika tytułem sygnalisty w myśl projektu ustawy o jawności życia publicznego. Ustawa nie reguluje bowiem tej materii, określa jedynie zakres i rodzaj ochrony od chwili przyznania statusu sygnalisty przez prokuratora w odpowiednim trybie. Naturalnie stosowne zmiany w tym zakresie są możliwe i należy je postulować, dla możliwie najszerszej ochrony sygnalistów.

Należy jeszcze dodać, że (abstrahując zupełnie od projektu ustawy o jawności życia publicznego) przyjęcie zaproponowanych zmian jednocześnie rozwiązałoby problem braku obowiązku podawania przyczyn zwolnienia pracownika w odniesieniu do pracowników zatrudnionych na umowę o pracę na czas określony oraz na okres próbny. Chodzi o to, że pomimo braku obowiązku podania przyczyny zwolnienia w wypowiedzeniu, w toku procesu sądowego byłaby ona badana i ustalana.

Po drugie, w obecnym kształcie przepisów prawa jest stosunkowo limitowana możliwa reakcja prawna sądu na naruszenia pracodawcy, polegająca na przywróceniu pracownika (funkcjonariusza) do pracy. Wydaje się, że instytucja ta powinna być szerzej zastosowana, łącznie z finansową odpowiedzialnością pracodawcy za stwierdzone naruszenie prawa (np. wyrażającą się w obowiązku zapłaty wynagrodzenia za cały okres pozostawania przez sygnalistę bez pracy). Uwaga ta dotyczy także pracowników powoływanych, mianowanych oraz wykonujących pracę z wyboru.

Po trzecie, również potencjalna wysokość odszkodowań budzi wątpliwości. Wydaje się, że ustawodawca powinien zapisać możliwość przyznania przez sąd zdecydowanie wyższego odszkodowania niż jest to obecnie możliwe.

Po czwarte, w odniesieniu do problemu występowania sygnalistów w szeregach formacji mundurowych niezbędne jest zapisanie stosownych mechanizmów ochrony takiego sygnalisty, stworzenia pewnych ram jego działania, takich aby były zgodne z ideami pragmatyki służbowej. Chodzi tu np. o potencjalną ścieżkę zgłaszania nieprawidłowości oraz wątpliwości co do legalności lub prawidłowości działań bezpośrednich przełożonych. Istotne wydaje się też doprecyzowanie pozycji i ochrony działaczy związkowych, aby w zakresie legalnej działalności mieli oni szeroką swobodę działania i byli odpowiednio prawnie chronieni przed reperkusjami za działalność związkową.

Powyżej podkreślono kluczowe problemy, jakie wynikły w toku analizy tytułowego problemu ochrony prawnej sygnalistów w Polsce. Analiza jasno wskazuje na konieczność prawnego uregulowania sytuacji sygnalistów, polepszenia ich ochrony prawnej. Ustawodawca może to uczynić zarówno przez ewentualne rozszerzenie projektowanej definicji sygnalisty w ustawie o ochronie jawności życia publicznego i stosowne zapisy, jak i np. w odrębnym akcie prawnym. Nie istnieją też żadne przeszkody, aby całość materii dotyczącej sygnalistów ewentualnie ująć w odrębnej specjalnej ustawie.

Abstract

Roland Szymczykiewicz, *The Place of the So-Called Whistleblowers in the Polish Legal System. Part 1: Civil Law Approach*

The Polish legal system has no legal definition of a 'whistleblower', which indicates many problems, including lack of systematized forms of their legal protection. This article presents the position and methods of legal protection of whistleblowers under civil law, that is, it analyses whether and how employees (in the broad sense) who report irregularities to the employer are protected, what kind of legal measures they can take against the possible repercussions they face, such as being made redundant.

Keywords: *whistleblower, employee, employer, court trial, redundancy, repercussions, legal protection*

Streszczenie

Roland Szymczykiewicz, *Miejsce tzw. sygnalistów w polskim systemie prawnym. Część 1: ujęcie cywilnoprawne*

W polskim systemie prawnym nie funkcjonuje legalne pojęcie sygnalisty, co jest związane z licznymi problemami, w tym brakiem usystematyzowanej formy ich ochrony. Niniejsze opracowanie przedstawia, jaka jest pozycja i ochrona sygnalistów w ujęciu prawa cywilnego, tj. analizuje, czy i jak chronieni są pracownicy (w szerokim tego słowa znaczeniu) zgłaszający nieprawidłowości pracodawcy, jakie mają narzędzia prawne walki z ewentualnymi reperkusjami spotykającymi ich za tę działalność, takimi jak przykładowo zwolnienie z pracy.

Słowa kluczowe: *sygnalista, pracownik, pracodawca, proces sądowy, zwolnienie z pracy, reperkusje, prawna ochrona*

Literatura:

1. Bajorek G.R., *Policjant skrępowany. Ograniczenia swobody wypowiedzi funkcjonariuszy na przykładzie najnowszego orzecznictwa Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu,* Przegląd Policyjny 2014, nr 1(113);
2. Baran K.W., *Zbiorowe prawo pracy. Komentarz*, Warszawa 2007;
3. Baran K.W., *Zbiorowe prawo pracy. Komentarz*, Warszawa 2010;
4. Baran K.W., *Komentarz do ustawy o związkach zawodowych* [w:] *Zbiorowe prawo pracy. Komentarz,* LEX 2016;
5. Barzycka-Banaszczyk M., *Prawo pracy,* Warszawa 2010;
6. Ćwietniak B.M. [w:] *Kodeks pracy. Komentarz*, red. K.W. Baran, Warszawa 2012;
7. Florek L., T. Zieliński, *Prawo pracy,* Warszawa 2007;
8. Góral Z., *Swoboda nawiązania stosunku pracy* [w:] *Zarys systemu prawa pracy*, t. 1, *Część ogólna prawa pracy*, red. K.W. Baran, Warszawa 2010;
9. Góral Z., *O kodeksowym katalogu zasad indywidualnego prawa pracy*, Warszawa 2011;
10. Jóźwiak K., Opaliński K. [red.] *Zasady etyki zawodowej w służbach mundurowych*, Piła 2013;
11. Jaśkowski K., Maniewska E., *Komentarz aktualizowany do Kodeksu pracy,* LEX 2018;
12. Kamiński I.C., *Swoboda wypowiedzi w orzeczeniach Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu,* Kraków 2006;
13. Kobylińska A., Folta M., *Sygnaliści. Ludzie, którzy nie potrafią milczeć. Doświadczenia osób ujawniających nieprawidłowości w instytucjach i firmach w Polsce,* Warszawa 2015;

14. Konopka K., Zdanowska M., *Ustawa o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników*, Warszawa 2012;
15. Kwapisz-Krygel K., *Prawo spółdzielcze. Komentarz,* Warszawa 2014;
16. Madej M., *Nadużycie prawa ochrony trwałości stosunku pracy działacza związkowego* [w:] *Związkowe przedstawicielstwo pracowników zakładu pracy,* red. Z. Hajna, Warszawa 2012;
17. Maj S., *Odpowiedzialność dyscyplinarna w służbach mundurowych. Możliwość uchwalenia wspólnej procedury* [w:] *Węzłowe problemy prawa dyscyplinarnego w służbach mundurowych*, red. P. Jóźwiak, K. Opaliński, Biblioteczka Kwartalnika Prawno-Kryminalistycznego 2012, nr 2;
18. Makowski G., Waszak M. [red.] *Sygnaliści w Polsce okiem pracodawców i związków zawodowych*, Warszawa 2016;
19. Małysz F., *Stosunek pracy z powołania,* Służba Pracownicza 2014, nr 10;
20. Marciniak J., *Uzasadnienie wypowiedzenia. Komentarz praktyczny*, LEX 2017;
21. Pieprzny S., *Kodeksy etyczne służb i formacji mundurowych (wybrane zagadnienia)* [w:] *Służba publiczna. Stan obecny. Wyzwania i oczekiwania,* red. S. Płażej, M. Stec, LEX 2013;
22. Pisarczyk Ł., *Kodeks pracy. Komentarz,* Warszawa 2011;
23. Pisarczyk Ł., Zieliński T. [w:] *Kodeks pracy. Komentarz,* red. L. Florek, LEX 2017;
24. Rogowski W., *Whistleblowing: bohaterstwo, zdrada czy interes?,* Przegląd Corporate Governance 2007, nr 1(9);
25. Smolik P., *Granice swobody stron stosunku pracy w zawieraniu i wypowiadaniu umów o pracę na czas określony*, Monitor Prawniczy 2009, nr 12;
26. Stefaniak A., Komentarz do ustawy – *Prawo spółdzielcze* [w:] *Prawo spółdzielcze. Ustawa o spółdzielniach mieszkaniowych. Komentarz,* LEX 2014;
27. Stelina J., *Charakter prawny stosunku pracy z mianowania*, Gdańsk 2005;
28. Sypniewski Z., *Obowiązki pracowników podlegających przepisom szczególnym*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 1977, nr 1;
29. Szustakiewicz P., *Stosunki służbowe funkcjonariuszy służb mundurowych i żołnierzy zawodowych jako sprawa administracyjna*, Warszawa 2012;
30. Szustakiewicz P., Maciejko W., *Stosunek służbowy w formacjach mundurowych*, Warszawa 2015;
31. Szymczykiewicz R., O*graniczenia w prawie do wolności wypowiedzi przewodniczących związków zawodowych*, Studia Prawnicze i Administracyjne 2015, nr 13 (3);
32. Szymczykiewicz R., *Problematyka kontroli sądowej orzeczeń dyscyplinarnych służb mundurowych w kontekście wymiaru kary dyscyplinarnej na przykładzie Służby Celnej* [w:] *Instytucje kontroli i nadzoru w działaniach organów władzy publicznej w Polsce*, red. A. Gołębiowska, M. Woch, P. Zientarski, Warszawa 2016;
33. Szynal G., *Sądowa kontrola rozwiązania stosunku pracy*, Kontrola Państwowa 2016, nr 3;
34. Wojciechowska-Nowak A., *Ochrona sygnalistów w Polsce. Stan obecny i rekomendacje zmian*, Warszawa 2015;
35. Żółyński J., *Ustawa o związkach zawodowych. Komentarz,* LEX 2014.

PRAWO W DZIAŁANIU
SPRAWY CYWILNE
40/2019
DOI: 10.32041/pwd.4011

Ewa Wojtaszek-Mik*

Frank Wijckmans, Filip Tuytschaever, Agata Jurkowska-Gomułka, Małgorzata Modzelewska de Raad, Olga Sztejnert-Roszak, „*Porozumienia dystrybucyjne w prawie konkurencji. Unia Europejska – Polska*", Wolters Kluwer, Warszawa 2018, s. 674**

Recenzowana publikacja powstała w ramach międzynarodowego projektu opartego na interesującym założeniu – ukazania umów dystrybucji (w prawie konkurencji określanych mianem porozumień dystrybucyjnych) w prawie UE oraz w prawie krajowym państw członkowskich UE. Punktem wyjścia była książka autorstwa F. Wijckmansa i F. Tuytschaevera pt. „*Vertical agreements in EU competition law*", opublikowana w języku angielskim w 2018 r. w Oxford University Press (3 wyd.). Na tej podstawie, we współpracy z autorami z 19 państw członkowskich UE (z kancelarii prawnych specjalizujących się w prawie konkurencji) przygotowano jej 14 wydań krajowych, w tym – tu recenzowane – polskie (niektóre państwa połączono głównie z uwagi na wspólny język).

Polska wersja opracowania ma charakter dwudzielny i zawiera: „Prawo cywilne i gospodarcze" (s. 33–55) oraz „Prawo konkurencji" (s. 61–646). Idea nakreślenia szerszego kontekstu regulacji i funkcjonowania umów dystrybucyjnych niż tylko prawo konkurencji, zasługuje ze wszech miar na aprobatę, chociaż nie oddaje tego tytuł książki ograniczony do prawa konkurencji. Uderzająca jest jednak dysproporcja między skromnym zakresem problematyki określonej jako „Prawo cywilne i gospodarcze" a obszernym i szczegółowym opracowaniem zagadnień „Prawa konkurencji". W czterech krótkich rozdziałach pierwszej z tych części O. Sztejnert-Roszak omawia: obowiązki informacyjne poprzedzające zawarcie umowy dystrybucji, wykonywanie, rozwiązanie i skutki prawne jej rozwiązania. Zagadnienia te mają charakter typowo cywilistyczny, nie jest więc jasna przyczyna umieszczenia w tytule tych rozdziałów także odniesienia do prawa gospodarczego. Budzi to wątpliwości, tym bardziej że do prawa gospodarczego (publicznego) jest zaliczane prawo konkurencji (prawo antymonopolowe), a jemu poświęcono drugą część książki.

* Autorka jest doktorem nauk prawnych, adiunktem w Katedrze Prawa Cywilnego na Wydziale Prawa i Administracji, Uniwersytetu Warszawskiego, Polska, ORCID 0000–0002–3608–9591, e-mail: ewa.wojtaszek_mik@wpia.uwu.edu.pl
** Data zgłoszenia tekstu przez autorkę: 23.09.2019 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 2.10.2019 r.

Kwestie cywilnoprawne potraktowano wybiórczo i skrótowo. Brak szerszej, pogłębionej charakterystyki umów dystrybucji, ich rodzajów i systematyki, a bardzo ogólne uwagi dotyczące „prawa dystrybucji" i „umów pośrednictwa" zamieszczono w rozdziale 1. o obowiązkach informacyjnych poprzedzających zawarcie umowy. Pożądany byłby odrębny rozdział wprowadzający, charakteryzujący umowy dystrybucji, ich rodzaje (niektóre tylko wspomniano – dystrybucja selektywna, dystrybucja wyłączna i franchising), sieciowy charakter umów dystrybucji, ich relację do takich konstrukcji prawnych, jak agencja czy pośrednictwo. Takie porządkujące ujęcie byłoby przydatne zwłaszcza czytelnikom poszukującym dogodnej dla siebie formy działalności gospodarczej. Wciąż także z podstawowymi problemami definicji i systematyki tych umów zmaga się doktryna. Dopiero na s. 349 (i n.) omówiono najczęściej spotykane modele dystrybucji (dystrybucja selektywna, dystrybucja nieselektywna, franchising, agencja, dostawy przemysłowe i podwykonawstwo, handel internetowy), nie jest to jednak charakterystyka umów w świetle prawa cywilnego, lecz wskazanie cech poszczególnych rodzajów dystrybucji istotnych z punktu widzenia ochrony konkurencji.

Z bogartego dorobku polskiej doktryny prawa cywilnego w tym zakresie powołano tylko jedną z pierwszych publikacji[1]. Tymczasem umowy dystrybucji[2], franchisingu[3] i agencyjna[4] (ta ostatnia jako umowa nazwana w Kodeksie cywilnym[5]) są w naszej literaturze od lat opisane zarówno w pracach monograficznych i artykułowych, jak i w ogólnych dotyczących umów w sposób przydatny zarówno dla doktryny, jak i praktyki. Część pracy poświęcona przedmiotowym umowom w prawie cywilnym to w efekcie luźne uwagi, które nie tworzą metodologicznej całości i nie odsyłają do wielu podstawowych opracowań z zakresu prawa umów.

Szkoda że w publikacji nie odniesiono się też do propozycji regulacji umów dystrybucji i franchisingu w polskim prawie cywilnym. Były one zgłaszane w związku z pracami nad nowym Kodeksem cywilnym i zawierały analizę tych cech, które miały decydować o lokalizacji danego rodzaju umowy w strukturze tego kodeksu[6].

---

[1] S. Włodyka, *Strategiczna umowy przedsiębiorców*, Warszawa 2000.

[2] Zob. m.in. W.J. Kocot, *Umowa dystrybucyjna* [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 9, *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane*, red. W.J. Katner, Warszawa 2018, s. 215–296; K. Kruczalak, E. Rott-Pietrzyk, *Dealer (dystrybutor towarów)* [w:] *System Prawa Handlowego*, t. *5, Prawo umów handlowych*, red. M. Stec, Warszawa 2017, s. 668–696; S. Włodyka, M. Spyra, *Umowy (porozumienia) dystrybucyjne* [w:] *System...*, t. 5, s. 876–886.

[3] Zob. m.in. K. Bagan-Kurluta*, Umowa franchisingu*, Warszawa 2001; M. Dumkiewicz, *Umowa franchisingu* [w:] *Pozakodeksowe umowy handlowe*, red. A. Kidyba, Warszawa 2018, s. 880–913; B. Fuchs, *Umowy franchisingowe*, Kraków 1998; W.P. Matysiak, U. Promińska, *Umowa franchisingu* [w:] *System...*, t. 9, s. 979 i n.; L. Stecki, *Franchising*, Toruń 1997; S. Włodyka, M. Spyra, *Umowa franchisingu* [w:] *System...*, t. 5, s. 887–901; E. Wojtaszek-Mik, *Umowa franchisingu w świetle prawa konkurencji Wspólnoty Europejskiej i polskiego prawa antymonopolowego*, Toruń 2001, s. 101 i n.

[4] Zob. m.in. E. Rott-Pietrzyk, *Agent handlowy* [w:] *System...*, t. 5, s. 532 i n.; E. Rott-Pietrzyk, *Agent handlowy – regulacje polskie i europejskie*, Warszawa 2006, s. 261–395; E. Rott-Pietrzyk, *Umowa agencyjna* [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 7, *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, red. J. Rajski, Warszawa 2018, s. 789 i n.; E. Rott-Pietrzyk, *Umowa agencyjna po nowelizacji (art. 758–764[9] k.c.). Komentarz*, Kraków 2001; J. Widło, *Umowa agencji* [w:] *Kodeksowe umowy handlowe*, Warszawa 2014, red. A. Kidyba, s. 443–471; T. Wiśniewski, *Umowa agencyjna według kodeksu cywilnego*, Warszawa 2001; K. Włodarska, *Umowa agencyjna*, Warszawa 2008.

[5] Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1145 i 1495) – dalej k.c.

[6] Zob. m.in. W.J. Kocot, *Systematyka prawa zobowiązań umownych w przyszłym kodeksie cywilnym*, „Państwo i Prawo" 2018/3, s. 89 i n.; M. Pecyna, F. Zoll, *Założenia projektu struktury części szczegółowej zobowiązań. W poszukiwaniu nowego modelu*, „Transformacje Prawa Prywatnego" 2012/1, s. 42 i n.; U. Promińska, *Czy nadszedł czas na regulację umowy franchisingu?* [w:] *Instytucje prawa handlowego w przyszłym kodeksie cywilnym*, red. T. Mróz, M. Stec, Warszawa 2012, s. 328–347; M. Romanowski, *Czy należy regulować umowy nienazwane?*, „Studia Prawa Prywatnego" 2009/2, s. 136.

Umowy dystrybucji zaliczano do grupy umów pośrednictwa, obok takich umów jak: agencja, umowa maklerska, komis, umowa akwizycyjna, faktoring i umowa powiernicza[7], ewentualnie do grupy umów o współpracę[8]. Umowę franchisingu uznano za jedną z grupy umów o współdziałaniu zmierzającym do osiągnięcia wspólnego celu (obok umowy spółki i umowy o wspólne przedsięwzięcia)[9].

Pominięto także propozycje uregulowania umów dystrybucji sformułowane w trakcie prac nad europejskim prawem umów w PEL CAFDC[10], przejęte następnie w znacznym stopniu w DCFR[11]. Wprawdzie nie są to regulacje obowiązujące, wynikają one jednak z szeroko zakrojonych badań prawnoporównawczych i wyznaczają trendy legislacyjne. Nawet przy założeniu, że książka jest adresowana tylko do praktyków, tego typu informacje, czyli dotyczące standardów wypracowanych przez międzynarodowe gremia specjalistów mogą być niezwykle pomocne stronom i prawnikom w formułowaniu umów, ich negocjowaniu i zawieraniu, a także sądom w rozstrzyganiu sporów. Dokonana przez autorów tych zbiorów selekcja postanowień umów, które powinny zostać uregulowane w prawie cywilnym, jest odpowiedzią na problemy występujące w obrocie. PEL CAFDC i DCFR zawierają zarówno ogólną definicję umowy dystrybucyjnej, jak i definicje poszczególnych jej rodzajów. Stanowią one, że umowa dystrybucyjna to umowa, na mocy której jedna ze stron (dostawca) zobowiązuje się stale dostarczać drugiej stronie (dystrybutorowi) produkty, a dystrybutor zobowiązuje się nabywać je w swoim imieniu i na swoją rzecz. Jako rodzaje umów dystrybucyjnych wskazano: dystrybucję wyłączną (sprzedaż wyłączną), dystrybucję selektywną i zakup wyłączny. Na mocy umowy dystrybucji wyłącznej dostawca zobowiązuje się dostarczać produkty tylko jednemu dystrybutorowi na danym obszarze albo pewnej grupie klientów. Na podstawie umowy o zakup wyłączny dystrybutor zobowiązuje się nabywać produkty jedynie od dostawcy lub od osoby wskazanej przez dostawcę. Na mocy umowy dystrybucji selektywnej dostawca zobowiązuje się dostarczać produkty – bezpośrednio albo pośrednio – jedynie dystrybutorom wybranym na podstawie określonych kryteriów. Umowę franchisingu uregulowano w PEL CAFDC i DCFR poza kategorią umów dystrybucji. Zdefiniowano ją jako umowę, na mocy której jedna ze stron (franchisodawca) zobowiązuje się za wynagrodzeniem zezwolić drugiej stronie na prowadzenie przedsiębiorstwa w ramach sieci franchisodawcy w celu sprzedaży określonych produktów w imieniu i na rzecz franchisobiorcy, a franchisobiorca otrzymuje prawo i zobowiązuje się wykorzystywać firmę lub znak towarowy franchisodawcy, czyli należącą do niego własność intelektualną, w tym wiedzę handlową oraz sposób prowadzenia przedsiębiorstwa. Zaproponowane przepisy, oprócz definicji, określają

[7] Z. Radwański, *Wstępny projekt systematyzacji tak zwanej części szczegółowej prawa zobowiązań*, „Transformacje Prawa Prywatnego" 2012/1, s. 9.

[8] R. Szostak, *Problem systematyki umów obligacyjnych w nowym kodeksie cywilnym*, „Transformacje Prawa Prywatnego" 2012/1, s. 61–75, s. 74.

[9] Z. Radwański, *Wstępny*…, s. 12.

[10] Zob. *Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code. Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts (PEL CAFDC)*, red. M.W. Hesselink, J.W. Rutgers, O. Bueno Diaz. M. Scotton, M. Veldman, Oksford 2006, s. 64–76; R. Mańko, *Zasady umów długoterminowych. Wprowadzenie i komentarz*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego" 2006/2, s. 531–591.

[11] Zob. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR) Outline Edition, prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*, red. Ch. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke, Monachium 2009, s. 347–364.

prawa i obowiązki stron, m.in. obowiązki informacyjne przed zawarciem umowy i w trakcie jej wykonywania, obowiązki dotyczące współdziałania i poufności, dbałości o renomę produktów, wypowiedzenia i odstąpienia od umowy. Przydatność tych propozycji regulacyjnych, nawet jeśli nie są one doskonałe, nie budzi watpliwości z uwagi na to, że umowy dystrybucji i franchising mają w polskim prawie cywilnym status nienazwanych, podlegają jednak ograniczeniom odnoszącym się do zasady swobody umów (art. 353[1] k.c.) w postaci m.in. właściwości (natury) stosunku prawnego. Szczegółowe ustalenia poczynione w toku prac nad europejskim prawem umów w dużym stopniu pozwalają tę naturę zidentyfikować.

W opracowaniu w wąskim jedynie zakresie wykorzystano orzecznictwo Sądu Najwyższego (dalej SN) i sądów powszechnych dotyczące cywilnoprawnych aspektów umów dystrybucji i franchisingu, a ono przecież najlepiej ilustruje kwestie wywołujące spory w polskich realiach gospodarczych. Trudno zgodzić się z poglądem, że orzecznictwo to nie jest bogate (s. 51). Przykładem mogą być wyroki odnoszące się do umów franchisingu. Obok jedynego cytowanego w tej części pracy wyroku SN z 8.10.2004 r., V CK 670/03[12], można wskazać inne[13], które formułują definicje tej umowy, określają prawa i obowiązki stron, wskazują na jej cechy (wzajemność, trwałość), analizują relację do innych umów (sprzedaży, najmu, dzierżawy, licencji). W orzeczeniach tych sądy kładą nacisk na – wzmiankowane jedynie w pracy – znaczenie dla funkcjonowania umów dystrybucji zasady swobody umów, a zwłaszcza jej ograniczenia w postaci właściwości (natury) stosunku prawnego. Również z pominięciem tego orzecznictwa i literatury omówiono skutki prawne rozwiązania umowy franchisingu[14].

W tej części opracowania słusznie natomiast zauważono, że przepisami ograniczającymi zasadę swobody umów przy konstruowaniu umowy dystrybucji i franchisingu są różnego szczebla przepisy dotyczące ochrony konkurencji – zarówno krajowe, jak i unijne (s. 37). Wydaje się, że przydatne byłoby przybliżenie skutków cywilnoprawnych naruszenia tych przepisów w postaci cywilnoprawnej sankcji nieważności bezwzględnej, a także cywilnoprawnych skutków dostosowania porozumień dystrybucji i franchisingu do tzw. wyłączeń grupowych dla porozumień wertykalnych, czyli zawieranych między podmiotami działającymi na różnych szczeblach obrotu. Dostosowanie to sprawia bowiem, że umowa nie podlega tego rodzaju surowej sankcji w prawie cywilnym[15].

Pozostała część opracowania jest poświęcona porozumieniom dystrybucyjnym w prawie konkurencji. Zdarza się bowiem, że umowy dystrybucji i franchisingu zawierają klauzule ograniczające konkurencję (np. klauzule wyłączności prowadzące do podziału rynku). Stosuje się do nich zakaz porozumień ograniczających

[12] LEX nr 154206.

[13] Zob. np. wyroki SN: z 23.06.2005 r., II CK 739/0, LEX nr 1808714; z 5.10.2005 r., II CK 122/05, LEX nr 311313; z 15.02.2007 r., II CSK 484/06, LEX nr 274159; z 7.03.2007 r., I CSK 348/2006, „Monitor Prawniczy" 2007/7, s. 340; z 5.04.2007 r., II CSK 546/2006, LEX nr 253385; z 7.02.2008 r., V CSK 397/07, LEX nr 457791; wyrok Sądu Apelacyjnego (dalej SA) w Katowicach z 4.03.1998 r., I ACa 636/98, OSA 1999/11–12, poz. 50; wyrok SA w Poznaniu z 28.09.2015 r., I ACa 218/2005, LEX nr 177018.

[14] Zob. m.in. M. Rykaczewska, *Sytuacja prawna stron po ustaniu stosunku franchisingowego*, „Transformacje Prawa Prywatnego" 2015/1, s. 69–84.

[15] Zob. E. Wojtaszek-Mik, *Wyłączenia grupowe* [w:] *System Prawa Prywatnego,* t. 15, *Prawo konkurencji*, red. M. Kępiński, Warszawa 2014, s. 905–912.

konkurencję zawarty w art. 6 ustawy z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów[16], a jeśli umowa wywiera wpływ na handel w UE, analogiczny zakaz z art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej[17]. Umowy te korzystają jednak pod pewnymi warunkami ze wspomnianych wyłączeń grupowych, dzięki którym są uznawane za zgodne z prawem.

Opracowanie zawiera tłumaczenie książki w wydaniu angielskim, którego dokonały: A. Falandysz-Zięcik (rozdz. 1–2 i 11), A. Jurkowska-Gomułka (rozdz. 10) i J. Kruk-Kubarska (rozdz. 3–9). Specyfikę polskiego prawa konkurencji w umowach dystrybucyjnych przedstawiły natomiast A. Jurkowska-Gomułka i M. Modzelewska de Raad (rozdz. 12).

W porównaniu z częścią traktującą o prawie cywilnym, część poświęcona prawu konkurencji jest – mimo swojej objętości i zawartości – bardzo przejrzysta strukturalnie. Jej koncepcja szczegółowego poradnika („mapa drogowa", poszczególne „kroki", forma pytań i odpowiedzi) metodycznie prowadzi przez skomplikowaną materię unijnego prawa konkurencji. Objaśniono ramy prawne funkcjonowania porozumień, począwszy od traktatowych reguł ochrony konkurencji zawartych w TFUE, przez przepisy rozporządzeń różnego szczebla, szczegółowo omawiając regulacje zawarte w wyłączeniach grupowych Komisji Europejskiej (dalej Komisja)[18]. Opracowanie pokazuje też, jak wielką rolę odgrywa w praktyce ochrony konkurencji *soft law* w postaci wytycznych Komisji. Książka zawiera liczne przykłady praktyczne, wzory klauzul umownych i szeroko odwołuje się do orzecznictwa. Podobnie skonstruowany jest rozdział dotyczący polskiego prawa konkurencji, który stanowi istotne uzupełnienie i nadaje drugiej części książki kompletny charakter. Poza szczegółowymi uwagami dotyczącymi treści wyłączenia grupowego zawartego w rozporządzeniu Rady Ministrów[19], ważną rolę odgrywa tu wyjaśnienie stosunku polskiego i unijnego prawa konkurencji oraz specyfiki polskich przepisów, które nie znają osobnego wyłączenia umów dystrybucji pojazdów samochodowych tak jak prawo unijne. Tu jednak również w niewielkim zakresie korzystano z piśmiennictwa, mimo że na końcu zamieszczono spis bibliograficzny, zresztą ograniczony, jeśli chodzi o publikacje polskie[20].

Nie podlega jednak kwestii wartość tego typu opracowania nie tylko z punktu widzenia praktyków, lecz także trwającej w doktrynie prawa cywilnego dyskusji nad charakterem umów dystrybucyjnych. Właśnie w prawie ochrony konkurencji wykształciły się poszczególne rodzaje umów dystrybucji: dystrybucja wyłączna, zakup wyłączny, dystrybucja selektywna i franchising dystrybucyjny. Obszerna praktyka i orzecznictwo antymonopolowe determinują charakter tych umów zarówno

[16] Dz.U. z 2019 r. poz. 369, 1571 i 1667.
[17] Dz.Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 47 – dalej TFUE.
[18] Rozporządzenie Komisji (UE) nr 330/2010 z 20.04.2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych (Dz.Urz. UE L 102, s. 1) i rozporządzenie Komisji (UE) nr 461/2010 z 27.05.2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych w sektorze pojazdów silnikowych (Dz.Urz. UE L 129, s. 52).
[19] Rozporządzenie RM z 30.03.2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (tekst jedn.: Dz.U. z 2014 r. poz. 1012).
[20] Szkoda że mimo powołania tomów 2 i 7 *Systemu Prawa Prywatnego*, pominięto t. 15 poświęcony prawu konkurencji (red. M. Kępiński, Warszawa 2014), a także wartościową, choć nieco już nieaktualną z uwagi na zmianę stanu prawnego, pozycję *Wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję we Wspólnocie Europejskiej i w Polsce* (red. A. Jurkowska, T. Skoczny, Warszawa 2008).

na poziomie definicyjnym, jak i w zakresie poszczególnych klauzul umownych. Natomiast więzi między prawem cywilnym i prawem konkurencji (antymonopolowym) są silniejsze niż się wydaje, gdyż postanowienie umowy, które mogłoby wydawać się obojętne z punktu widzenia klasycznych reguł prawa cywilnego, może się okazać nieważne z uwagi na zakaz wynikający z prawa konkurencji.

PRAWO W DZIAŁANIU
SPRAWY CYWILNE
40/2019
DOI: 10.32041/pwd 4012

Konrad M. Mazur*

„Interoperacyjność rejestrów publicznych dotyczących nieruchomości". Raport sprawozdawczo-badawczy z konferencji *Land Registers Interconnected.* Tallin, 9–10 maja 2019 r.**

Konferencja, która odbyła się w Tallinie miała na celu wymianę wiedzy dotyczącej zagadnień związanych z interoperacyjnością rejestrów publicznych, dotyczących nieruchomości w państwach członkowskich Unii Europejskiej. Zgodnie z szacunkowymi ustaleniami organizatorów, w wydarzeniu wzięli udział przedstawiciele 17 państw członkowskich UE.

Wyjazd na konferencję poprzedziło przygotowanie autora raportu w zakresie aktualnego stanu informatyzacji rejestrów publicznych dotyczących nieruchomości w Rzeczypospolitej Polskiej – Elektronicznych Ksiąg Wieczystych i systemu utrzymującego Państwowy zasób geodezyjny i kartograficzny. Ponadto, autor odbył spotkanie w Departamencie Informatyzacji i Rejestrów Sądowych Ministerstwa Sprawiedliwości, podczas którego zostały omówione zagadnienia mające znaczenie w perspektywie aktualnych prac prowadzonych przez to ministerstwo.

Konferencja rozpoczęła się od otwarcia, podczas którego, w ramach wstępu, podkreślono, że całość zagadnień związanych z rozwojem rejestrów publicznych dotyczących nieruchomości stanowi w istocie szereg eksperymentów, które w pewnym stopniu kończą się akceptacją i zaczynają być potem wdrażane w życie. Głównym celem aktualnej współpracy państw członkowskich jest rozwój projektu *Land Registers Interconnected* (dalej LRI), dążącego do powstania interoperacyjnego agregatora łączącego za pomocą europejskiego portalu e-Sprawiedliwość rejestry publiczne poszczególnych państw członkowskich.

Organizatorzy omówili zagadnienia związane z koniecznością regulacji w obszarze rejestrów i prowadzonych obecnie prac – wynikają głównie z rozporządzenia

* Autor jest doktorantem w Katedrze Prawa Europejskiego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, Polska, ORCID 0000-0003-2169-1579, e-mail: konrad@mazur.legal
** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 12.08.2019 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 2.10.2019 r.

Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 650/2012 z dnia 4 lipca 2002 r. w sprawie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonywania orzeczeń, przyjmowania i wykonywania dokumentów urzędowych dotyczących dziedziczenia oraz w sprawie ustanowienia europejskiego poświadczenia spadkowego (Dz. Urz. UE nr L 201 tom 107 z 27.07.2012 r.). Ich celem jest przede wszystkich dalsze zabezpieczenie interesów prawnych osób realizowanych w związku z tym aktem prawnym. Jednym z takich sposobów może być doprowadzenie do utworzenia certyfikatu sukcesji europejskiej, wspomagającego chronienie dziedzictwa obywateli oraz rozwój portalu e-Sprawiedliwość, pozwalającego uzyskiwać informacje o dziedzictwie obywateli oraz stanie posiadania osób prawnych.

Pierwsza z prezentacji przedstawiała historię rozwoju LRI i główne zamierzenia projektu. Wśród nich wskazywano przede wszystkim na walory praktyczne – zabezpieczanie nabywców nieruchomości, pomoc bankom w zabezpieczaniu kredytów hipotecznych oraz pomoc organom ścigania w zwalczaniu zjawiska prania brudnych pieniędzy mogącego wykorzystywać transakcje na rynku nieruchomości. Zadania związane z LRI, mające odpowiedzieć na te potrzeby, były realizowane w ramach grantu trwającego od 1 marca 2018 r. do 31 maja 2019 r., a tallińska konferencja była ich zwieńczeniem. Głównymi partnerami projektu grantowego były austriackie Ministerstwo Spraw Konstytucyjnych, Reform, Deregulacji i Sprawiedliwości (niem. *Das Bundesministerium für Verfassung, Reformen, Deregulierung und Justiz*) oraz estońskie Centrum Rejestrów i Systemów Informatycznych (est. *Registrite ja Infosüsteemide Keskus*, RIK).

Jako główne założenia realizowanego grantu zostały wskazane:

1. chęć połączenia rejestrów publicznych dotyczących nieruchomości poprzez portal e-Sprawiedliwość;
2. wola pozostawienia systemu rejestrów publicznych dotyczących nieruchomości w dalszym ciągu zdecentralizowanym dla poszczególnych państw członkowskich;
3. zbudowanie zdolności do łączenia się systemów rejestrów publicznych dotyczących nieruchomości w celu ich łatwiejszego przeszukiwania;
4. analiza systemu rejestrów publicznych dotyczących nieruchomości w państwach członkowskich Unii Europejskiej;
5. identyfikacja pożądanego modelu działania LRI, również od strony biznesowej (właścicielskiej) z uwzględnieniem różnych interesów reprezentowanych przez:
   a. obywateli,
   b. sądy,
   c. notariuszy,
   d. przedsiębiorców,
6. prowadzenie współpracy z Komisją Europejską w celu rozwijania interoperacyjności LRI w ramach portalu e-Sprawiedliwość.

W ramach prac rozważono wiele szczegółowych problemów takich jak kwestia rozliczenia opłat za uzyskiwanie dostępu do wpisów w rejestrze, uiszczania podatków z tytułu tych opłat, uwierzytelniania w poszczególnych systemach informatycznych, czy w ogóle zagadnień związanych z przepływem pracy i danych

w związku z wykorzystaniem LRI, portalu e-Sprawiedliwości, i poszczególnych systemów rejestrów publicznych dotyczących nieruchomości.

Wystąpienie dyrektora generalnego Dyrekcji ds. Sprawiedliwości Komisji Europejskiej dotyczyło przewidywanego rozwoju LRI w ramach portalu e-Sprawiedliwość. Jako główne zadania zostały wskazane:

1. zwiększenie możliwości korzystania z wymiaru sprawiedliwości przez obywateli państw członkowskich UE;
2. uproszczenie i przyśpieszenie postępowań transgranicznych;
3. redukcja kosztów związanych z funkcjonowaniem rejestrów publicznych dotyczących nieruchomości;
4. połączenie krajowych systemów wykorzystywanych przez wymiary sprawiedliwości poszczególnych państw członkowskich;
5. rozszerzenie zakresu wtórnego wykorzystania informacji publicznej;
6. bezpieczne doręczanie dokumentów elektronicznych.

Jednocześnie podkreślił on, że celem projektu nie jest zastępowanie istniejących już rozwiązań poszczególnych państw członkowskich, większa niż konieczna centralizacja systemów oraz zastępowanie czy modyfikacja dotychczasowych procedur, w tym procedur niemających formy postępowań elektronicznych.

Przyszłość portalu e-Sprawiedliwość jest obecnie postrzegana przez Komisję Europejską w kilku wymiarach. Jednym z podstawowych aspektów jest zapewnienie interoperacyjności systemów informatycznych rejestrów publicznych dotyczących nieruchomości. Komisja dąży bowiem do zbudowania jednego miejsca, w którym będzie możliwy dostęp do wszelkich informacji dotyczących nieruchomości w poszczególnych państwach członkowskich. Wiąże się to z szeregiem problemów takich jak rozbieżności, zmieniające się zależności, specyficzne instytucje prawa występujące w poszczególnych systemach. LRI powinno pozwolić na tworzenie zapytań i uzyskiwanie odpowiedzi dotyczących nieruchomości za pomocą jednego, uniwersalnego systemu dostępnego we wszystkich językach urzędowych UE, uwzględniającego zróżnicowanie rejestrów wykorzystywanych w poszczególnych państwach członkowskich. Inne wymiary rozwoju portalu dotyczą rejestrów przedsiębiorców czy rejestrów dotyczących podmiotów upadłych. Komisja planuje także wdrożenie funkcjonalności pozwalającej na znalezienie prawników oraz notariuszy świadczących usługi prawne na obszarze poszczególnych państw członkowskich, a także wyszukiwarkę orzecznictwa, sądów powszechnych oraz system informacji prawnej dotyczący praw konsumenta w poszczególnych tych państwach.

Komisja Europejska zakończyła już pierwszą fazę rozwojową LRI. W jej ramach można testować sposób integracji systemów estońskiego i austriackiego. W kolejnej fazie planowana jest implementacja systemów płatności, autentykacji i autoryzacji użytkowników końcowych oraz wsparcie dla poszczególnych państw członkowskich chcących zintegrować swoje systemy z LRI. Aktualnie państwom członkowskim pozostawia się pełną swobodę co do podjęcia decyzji o rozpoczęciu prób integracji swoich systemów z LRI. LRI jest elementem strategicznego planu KE związanego z rozwojem portalu e-Sprawiedliwość na lata 2019–2023.

Kolejne trzy wystąpienia zostały przygotowane przez osoby pracujące bezpośrednio przy LRI, które omawiały aktualne zagadnienia związane z tym projektem.

Skupiono się na głównych założeniach towarzyszących zakończonym już pracom. Można do nich zaliczyć centralizowanie funkcji wyszukiwania oraz budowę kluczowych funkcjonalności takich jak opcje wyszukiwania, płatności, uwierzytelnianie użytkowników. Planowany był też wstępny cykl pracy użytkownika w LRI. Sam system, po zakończeniu tego etapu prac, działa w postaci trzech wersji: demonstracyjnej, przedprodukcyjnej oraz produkcyjnej wersji beta.

W toku pierwszej fazy prac nad LRI zmierzono się z szeregiem problemów praktycznych. Jednym z nich jest fakt, że państwa członkowskie pozwalają na wyszukiwanie informacji za pośrednictwem różnych zmiennych, niekiedy oczekując uprzedniego uwierzytelnienia w systemie. Ponadto, analizowano problem polegający na posiadaniu przez niektóre z tych państw więcej niż jednego rejestru i wpływu tej okoliczności na konstrukcję LRI. Dużym problemem okazało się także zaprojektowanie systemu płatności oraz trudności prawne związane z ich rozliczaniem w sposób zgodny z przepisami prawa podatkowego.

Omówiona została również perspektywa użytkownika systemu LRI. Jeden z zasadniczych problemów wiąże się w tym przypadku ze skutkami wynikającymi z dokonania wpisu w rejestrze danego państwa członkowskiego. Na skutek przeprowadzonych w projekcie badań okazuje się, że wpisy wywierają skutki o zróżnicowanej doniosłości prawnej. W rezultacie agregowanie informacji z wpisów oraz ich komunikowanie użytkownikom LRI staje się trudnym przedsięwzięciem.

Podsumowano także działania związane z poszukiwaniem funkcjonalności pożądanych w LRI oraz wniosków płynących z tych działań. W toku prac badano, jakie informacje są wspierane w rejestrach Austrii i Estonii. Opracowano funkcjonalność wyszukiwania po danych właściciela, numerach ksiąg wieczystych, numerach działek z rejestrów geodezyjnych i adresach nieruchomości.

Działania te doprowadziły do identyfikacji trzech kategorii problemów:

1. związanych z interoperacyjnością systemów krajowych;
2. związanych z działaniem interfejsu użytkownika;
3. związanych z wyświetlaniem i interpretacją wyników.

Zdefiniowano też pomniejsze problemy, do których można zaliczyć:

1. fakt, że tylko kilka pól powtarza się pomiędzy sobą;
2. fakt, że w krajowych systemach istnieją tak bardzo specyficzne pola informacyjne, że LRI w ogóle ich nie wykorzystuje;
3. fakt, że systemy krajowe w celu wyświetlenia wyniku zapytania pobierają dane z jeszcze innych systemów krajowych, co skutkuje wymogiem zapewnienia kaskadowej interoperacyjności;
4. częściowe tłumaczenie treści wynikające z tego, że dane do LRI są pobierane z poszczególnych systemów krajowych;
5. pojawianie się błędów wynikających z konieczności wyświetlania wyników pochodzących z rejestrów różnych państw;
6. brak wiedzy użytkowników końcowych o specyficznych dla poszczególnych państw rozwiązaniach, w tym instytucjach prawa.

Jednym z rezultatów zrealizowanych prac jest opracowanie dynamicznych formularzy wyszukiwania. Wynika to z takich okoliczności, jak stosowanie

w niektórych państwach więcej niż jednego formularza wyszukiwania (twórcy systemów krajowych postawili na wiele wyspecjalizowanych formularzy).

Jako ostanie zostały poddane refleksji zagadnienia uwierzytelniania użytkowników w LRI. Jednym z założeń przyświecających na dotychczasowym etapie prac było stworzenie zestandaryzowanego, łatwo rozszerzalnego systemu uwierzytelniania i autoryzacji w celu jego wykorzystania we wszystkich państwach członkowskich, które dołączą do LRI. Zadanie to zmierzyło się z rzeczywistymi problemami w postaci różnych rozwiązań, wykorzystywanych przez poszczególne państwa do uwierzytelniania osób. Obecnie rozważa się dwie możliwości – propozycję rozwiązania przedstawioną przez Komisję Europejską będącą niezależnym systemem uwierzytelniającym lub oparcie się na eIDAS. Wypowiedzi osób związanych z LRI wskazywały, że bardziej prawdopodobne będzie wykorzystanie eIDAS. Wiążą oni tę decyzję z postępującą implementacją wymogów rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylającego dyrektywę 1999/93/WE (Dz. Urz. UE L 257 tom 73 z 28.08.2014 r.), co powinno uprość to konkretne zagadnienie.

Podsumowanie pierwszego dnia obrad zapoczątkowało dyskusję wśród uczestników konferencji. Wśród poruszanych w jej toku zagadnień podniesiono, że nieograniczony dostęp do rejestrów może prowadzić do szeregu nadużyć, np. związanych z nadmiernym dostępem do danych. Problem ten w dotychczasowych pracach rozwiązano przez wprowadzenie konieczności uiszczenia opłat za każde zapytanie do rejestru. W związku z koniecznością uiszczania opłat, system identyfikuje profil podmiotu składającego zapytania. W ten sposób wydzielono dwie zasadnicze grupy, tj. obywateli i przedsiębiorców oraz administrację publiczną. Rozwiązanie pozwala uwzględnić np. przedstawicieli wolnych zawodów, modyfikując ich uprawnienia względem zwykłych obywateli. Zagadnienie to powoduje jednak problemy, ponieważ w państwach członkowskich uprawnienia umożliwiające zapoznanie się z poszczególnymi informacjami zapisanymi w rejestrach są zróżnicowane. Ponadto, problem faktyczny może powodować korzystanie z LRI przez osoby posiadające więcej niż jedno obywatelstwo.

Omówione zostało także zagadnienie znaczenia dowodowego informacji możliwych do uzyskania poprzez LRI. Aktualnie LRI nie umożliwia w ogóle eksportu dokumentów, umożliwia natomiast wygenerowanie hiperłącza pozwalającego na wyświetlenie treści rejestru. Ten wątek skierował dyskusję na zagadnienie potencjalnych zastosowań LRI. Na przykładzie badań przeprowadzonych w Estonii omówiono znaczenie LRI w sporach sądowych, mając w szczególności na uwadze wpływ na pracę sędziów, pełnomocników profesjonalnych. Omówiono również aspekty analityczne i zastosowania możliwe do wykorzystania w administracji publicznej.

Drugi dzień konferencji zainaugurowało wystąpienie dyrektora Centrum Rejestrów i Systemów Informatycznych. Przedstawił on ogólną wizję związaną z rozwojem usług publicznych w Estonii. Wystąpienie skupiało się wokół trzech kluczowych zagadnień:

1. estońskiej koncepcji e-rządu;
2. strategii społeczeństwa informacyjnego Estonii;
3. przeglądu działań RIK.

Podstawową funkcjonalnością rozwijaną do tej pory było zwiększanie możliwości wymiany danych pomiędzy zdecentralizowanymi rejestrami zabezpieczonymi przez silną kryptografię. Osiągnięto to przez zbudowanie systemu wymiany danych X-Road. Z kolei w odniesieniu do zarządzania tożsamościami w systemach informatycznych doprowadzono do sytuacji, w której w Estonii każdy obywatel posiada elektroniczne ID, które może mieć jedną z trzech form (ID-card, Mobile ID lub Smart ID). Jest to jedyny obowiązkowy dokument wymagany od obywateli Estonii. System stawia na pełną transparentność dostępu do danych – odnotowuje, kto widział dane określonego obywatela. Wszelkie tego typu działania muszą być uzasadnione. W przypadku dowolnego dostępu do danych obywateli nadużycia takie są zwalczane, a w niektórych sytuacjach nawet penalizowane. Estonia zapewnia także swoim obywatelom dostęp do oficjalnej, państwowej poczty elektronicznej w domenie@eesti.ee.

Na potrzeby działania systemów informatycznych wykształcono trójwarstwowy system bezpieczeństwa (ISKE). Wszelkie dane obywateli znajdują odzwierciedlenie w katalogu informacji i systemie uprawnień. Taka organizacja pozwala objąć co dwa lata audytem zgromadzone w systemach dane obywateli. Jako jedno z głównych założeń działania estońskich usług publicznych obrano dostarczanie obywatelom dobrej jakości systemów. Istnieją specjalne stanowiska, których zadaniem jest weryfikacja danych i wyszukiwanie błędów. Dąży się do tego, aby minimalizować ilość zapytań, które muszą być realizowane przez ludzi, na rzecz zautomatyzowania procesów wymiany danych pomiędzy systemami. Prace te pozwoliły w 2018 r. zaoszczędzić – według szacunków Estończyków – 1407 lat pracy ludzkiej. Celem realizowanych działań jest doprowadzenie do nieangażującego obywatela funkcjonowania państwa. Jako przykład została wskazana procedura rejestrowania urodzeń dzieci. Po faktycznych narodzinach w szpitalu, właściwe rejestry już posiadają informację i wysyłają do obywatela jedynie potwierdzenie za pomocą poczty elektronicznej.

Wola utrzymanie systemów na najwyższym poziomie poskutkowała przyjęciem założeń, których celem jest uniemożliwienie doprowadzenia do sytuacji umożliwiającej uznanie systemów wykorzystywanych przez organy publiczne Estonii za przestarzałe. Z tego powodu maksymalny cykl życia systemów rządowych został określony w Estonii na 13 lat.

Rozwój i informatyzacja w Estonii prowadzą do postępującej eliminacji dokumentów papierowych z obiegu. Rodzi to oczywiście pytania o ryzyka dla Estonii mogące powstać np. na skutek konfliktu militarnego, klęski żywiołowej, braku zasilania czy cyberataku. W celu zabezpieczania tego typu wydarzeniom powstała tzw. cyfrowa ambasada w Luksemburgu. Zabezpiecza ona dane przetwarzane w systemach informatycznych Estonii. Obecnie trwają prace nad uruchomieniem drugiej tego typu placówki. W celu zapewnienia cyberbezpieczeństwa powstała specjalna, scentralizowana jednostka. Budżet przeznaczany na sektor ICT w Estonii jest większy niż budżet jakiegokolwiek ministerstwa w tym kraju. Wszystkie komputery z ponad 100 instytucji oraz inny sprzęt, taki jak drukarki czy routery, jest obsługiwany i utrzymywany przez specjalną agendę rządową powołaną w tym celu. W toku samej informatyzacji rząd postanowił wykorzystać dobrze rozwinięty sektor bankowy. Jego głównym atutem było posiadanie bazy klientów – głównie

obywateli Estonii – o zweryfikowanej tożsamości. Rozwiązanie to pozwoliło pominąć początkowy problem budowy bazy wiarygodnie zweryfikowanych użytkowników (obecnie zastąpione już przez wspominane ID-card, Mobile ID i Smart ID).

Kolejne wystąpienie, również przedstawiciela RIK, skupiło się na zarządzaniu rejestrami publicznymi dotyczącymi nieruchomości. Głównym założeniem trwającej w Estonii od 1994 r. informatyzacji jest doprowadzenie do całkowitej eliminacji obrotu dokumentami papierowymi. Dotychczas proces ten, w odniesieniu do rejestrów publicznych dotyczących nieruchomości, składał się z kolejnych wersji systemów informatycznych Odrębne systemy informatyczne odpowiadają w Estonii za e-Notariat, rejestr przedsiębiorców, ewidencję ludności i katastry. Sam system *e-land register* dostępny dla użytkownika końcowego jest swoistym agregatorem danych wymienianych (obustronnie) pomiędzy tymi systemami, a korzystanie z niego np. przez notariuszy jest obligatoryjne. W toku trwającej informatyzacji podejmowane były kolejne działania stopniowo zwiększające funkcjonalności takie jak integracje z systemem e-Notariatu, wdrożeniem technologii blockchain czy połączeniem z portalem e-Sprawiedliwość.

W związku z przeprowadzanym procesem informatyzacji zostały zwiększone wskaźniki dotyczące efektywności i bezpieczeństwa związanego zarówno z korzystaniem z systemów informatycznych, jak i samych usług świadczonych w związku z działaniem rejestrów publicznych dotyczących nieruchomości. Rozwinięto takie instytucje jak podpisy elektroniczne, które zrównano z podpisami tradycyjnymi. Zrealizowano także szereg reform o charakterze prawnym i organizacyjnym takich jak scalenie ze sobą niektórych rejestrów publicznych i zakresów jurysdykcyjnych. Wprowadzono zmiany wpływające na sposób zatrudnienia osób pracujących przy rejestrach. Pełna informatyzacja pozwoliła na zwiększenie liczby osób zatrudnionych w formie telepracy. Najbardziej doniosłym rezultatem tych zmian są jednak powstałe oszczędności. Przeciętny czas rozpatrywania sprawy skrócił się z 90 (w 2005 r.) do 3 dni (obecnie). Wyeliminowano także konieczność pozyskiwania danych z dokumentów mających postać fizyczną. Wszystkie dotychczasowe dokumentu mające postać fizyczną zostały zeskanowane, nadano im moc prawną, zaś ich kopie zostały przekazane do zasobów archiwalnych. W efekcie zmiany te doprowadziły do redukcji liczby personelu zatrudnianego przy rejestrach publicznych dotyczących nieruchomości. Zmniejszyła się także powierzchnia urzędów wykorzystywanych do świadczenia pracy i przechowywania dokumentacji, co przełożyło się na wymierne oszczędności finansowe. Zostały one oszacowane jako spadek kosztów osobowych i najmu o 50% przy poziomie nakładów na IT wynoszącym 130 tys. euro rocznie. Przełożyło się to również na zmiany dotyczące działania rynkowego. Jednym z efektów jest fakt, że podejmowanie decyzji dotyczącej udzielenia kredytu hipotecznego przez bank skróciło się do 15 minut. Zmniejszono także koszty związane z tradycyjny doręczeniami – zastąpiono je powiadomieniami wysyłanymi na oficjalne adresy poczty elektronicznej obywateli.

Osiągnięcie takich rezultatów nie byłoby możliwe bez popełnienia błędów, które naturalnie pojawiły się w toku całego tego procesu. Najbardziej doniosłym z nich było pojawianie się w księgach wieczystych 10 tys. nieruchomości niepożądanych wpisów. Informacje te miały charakter dodatkowych wpisów, które nie powinny się pojawić we wskazanych księgach. Wzbudziło to m.in. kontrowersje prawne

dotyczące tego, w jaki sposób błędy wynikające ze zautomatyzowanego przetwarzania danych powinny zostać naprawione. Jednym z dominujących założeń była taka modyfikacja systemu, która sama usunęłaby błędne wpisy, bez konieczności ingerencji człowieka.

Przedstawiono też aktualne wyzwanie stojące przed rejestrem publicznym dotyczącym nieruchomości w jego aktualnej formie. Zaliczono do nich m.in. w pierwszej kolejności kwestie doprowadzenia do zgodności z wymogami ogólnego rozporządzenia o ochronie danych (sic!), następnie do opracowania nowej generacji systemu z wykorzystaniem założeń *open source*, wdrożenia usługi pomocy w formie czatu obsługiwanego przez boty oraz przyspieszenia wymiany danych w celu doprowadzenia do wprowadzenia zmian w czasie rzeczywistym, z wykorzystaniem elementów sztucznej inteligencji.

Wystąpienie przedstawiciela organu publicznego odpowiedzialnego za kartografię i kataster (est. *Maa-amet*) dotyczyło zarządzania danymi zawartymi w katastrach nieruchomości. W Estonii jest wykorzystywany nowy system IT do obsługi tego rejestru, który został zaimplementowany w 2014 r. Na skutek przeprowadzonych wówczas zmian wszystkie dane katastralne stały się otwartymi danymi. Są one jednak obarczone wieloma problemami pod względem jakości. Podczas wystąpienia omówiono kwestie związane z architekturą wykorzystywaną do utrzymywania tego rejestru. Składa się ona z trzech niezależnych serwerów, do których można zaliczyć:

1. *load splitter*;
2. aplikacje działające w ramach rejestru katastralnego;
3. webowe aplikacje klasy GIS.

Cały system wykorzystuje do komunikacji protokół szyfrowania, a jego baza danych ma charakter przyrostowy. Każda informacja wprowadzana do rejestru zawiera w sobie metadane pozwalające na zidentyfikowanie osoby ją wprowadzającej. Praktyczne zastosowania rejestru pozwoliły na stworzenie wirtualnego biura dla geodetów oraz realizację postępowań katastralnych w całości za pośrednictwem tak skonstruowanego systemu. Utrzymuje on także mapę geodezyjno-kartograficzną oraz archiwum przechowujące informacje na temat poprzednich stanów rejestru. Dodatkowo został on wyposażony w moduł statystyczny oraz moduł pozwalający na zarządzanie prawami użytkowników. System pozwala na generowanie hiperłączy, umożliwiających wyświetlanie szeregu danych takich jak dane katastralne, ograniczenia, podstawowe mapy i inne. System wymienia dane pomiędzy 7 różnymi rejestrami.

Aktualnie system ten działa w oparciu o technologię dostarczaną przez Oracle, ale prowadzone są prace mające na celu jej porzucenie – głównie ze względu na bardzo wysokie koszty utrzymania technologii. Dużym wyzwaniem w związku z tymi zamierzeniami jest problem przeniesienia danych, co napotyka na szereg problemów prawnych występujących po zakończeniu procesu digitalizacji. Same dane można bowiem łatwo przenieść, lecz wymaga to uwzględnienia szeregu zagadnień związanych m.in. z prawem do prywatności czy w ogóle z systemu prawa prywatnego. Jednym z aktualnych planów jest zbudowanie aplikacji dla smartfonów, pozwalającej na podstawie danych geolokalizacyjnych użytkownika telefonu pobierać informacje o nieruchomościach.

Ostatnie wystąpienie mające miejsce na konferencji dotyczyło estońskiego rejestru handlowego. Przedstawiona została jego logiczna struktura oraz powiązania z innymi systemami lub rejestrami takimi jak system e-Notariatu, rejestry publiczne dotyczące nieruchomości, rejestry statystyczne, systemy podmiotów finansujących świadczenia zdrowotne czy systemy podatkowe. Omówione zostały takie zagadnienia jak konstytywne i deklaratywne znacznie poszczególnych wpisów, rękojmia wiary publicznej ujawnionych w rejestrze informacji, wartość gospodarcza poszczególnych informacji zamieszczanych w tym rejestrze, zagadnienie właściciela systemu wraz z powiązaniami dotyczącymi odpowiedzialności za jego poszczególne sfery takie jak cyberbezpieczeństwo, rozwój czy utrzymanie.

Prace nad systemem są prowadzone w nieco przekształconym cyklu Deminga. Omówiono je w kontekście koniecznych do wprowadzenia zmian, związanych z dostosowaniem systemu do wymogów rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz. Urz. UE nr L 119 tom 1 z 4.05.2016 r.). Wprowadzone rozwiązania pozwoliły skrócić średni czas trwania rejestracji spółki w Estonii z ok. 5 dni (w 2007 r.) do ok. 2 godzin (obecnie). Podkreślono, że zmiany towarzyszące informatyzacji to nie tylko zmiany o charakterze technologicznym, ale przede wszystkim zmiany prawa, procedur i towarzyszące im szkolenie kadr. Na obecnym etapie rejestracja osób prawnych jest już prowadzona w pełni bez użycia dokumentów papierowych, a obligatoryjnym sposobem komunikacji jest wykorzystanie systemu poczty elektronicznej. Oficjalny rekord dotyczący czasu rejestracji spółki za pomocą omawianego systemu wynosi 18 minut. Wszystkie te działania doprowadziły do tego, że w Estonii funkcjonuje obecnie jeden z najwyższych na świecie wskaźników powstawania startupów na jednego mieszkańca.

Estończycy również w tym systemie starają się osiągnąć wysoki poziom transparentności. Ich zdaniem przekłada się to na zmniejszenie ilości oszustw. System został tak zaprojektowany, że sam podsuwa informacje o powiązaniach poszczególnych osób prawnych i fizycznych. Założenia te uwzględniają również wymogi dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/849 z dnia 20 maja 2015 r. w sprawie zapobiegania wykorzystywaniu systemu finansowego do prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu, zmieniająca rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 648/2012 i uchylająca dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2005/60/WE oraz dyrektywę Komisji 2006/70/WE (Dz. Urz. UE nr L 141 tom 73 z 5.06.2015 r.). Agregowane informacje są dostępne bezpłatne dla instytucji rządowych oraz opłatnie dla sektora prywatnego (opłata waha się w granicach od 2 do 3 euro).

Obecnie funkcjonujący system nadal jednak spotyka się z szeregiem wyzwań i oczekiwań, którym powinien sprostać w przyszłości. Zalicza się do nich:

1. zagadnienia związane z cyberbezpieczeństwem;
2. umożliwienie korzystania z niego poprzez wiarygodną autentykację obcokrajowców (bez konieczności fizycznej wizyty w Estonii);
3. większą integrację podpisów elektronicznych oraz eIDAS;
4. transgraniczną wymianę danych o spółkach, sposobach reprezentacji i ich właścicielach;

5. zwiększenie poziomu integracji z X-Road oraz związane z tym zwiększenie poziomu bezpieczeństwa i jakości danych w systemie.

Po wygłoszeniu zaplanowanych wystąpień rozpoczęła się debata. Jednym z kluczowych zagadnień podejmowanych w jej toku było określenie celu, który w ogóle mają współcześnie realizować rejestry publiczne dotyczące nieruchomości. Zdaniem wielu uczestników debaty obok tradycyjnej funkcji uzyskiwania informacji, pojawiają się funkcje polegające na ich potwierdzaniu oraz zarządzaniu nimi. Są to częściowo nowe pryncypia, które wraz z przekształcaniem się współczesnych gospodarek oraz rozwojem technologii ICT zaczynają być przypisywane rejestrom. Obywatele coraz częściej chcą bowiem zmieniać i wykorzystywać dane według własnych potrzeb. Prowadzi to do tworzenia coraz to nowych konceptów działania systemów i podejmowania prób wdrażania w systemach nowych funkcjonalności. Jedną z takich prób są w Estonii dążenia do zintegrowania bazy danych topograficznych z danymi katastralnymi.

Podczas debaty został podniesiony też problem wykorzystania danych zawartych w rejestrach publicznych przez sektor prywatny. Jednym z przejawów wtórnego użytku tych danych jest aplikacja mobilna, która pozwala użytkownikowi telefonu komórkowego na podstawie jego bieżącej lokalizacji określić, czy grunt, po którym się porusza, stanowi własność prywatną czy publiczną, co w konsekwencji pozwala ustalić prawo do korzystania z tego miejsca.

Osoby biorące udział w dyskusji podnosiły również, że obecnie jedną z najważniejszych spraw jest wiedza o tym, kim jest osoba przeglądająca LRI. Na aktualnym etapie rozwoju LRI informacje te są już zbierane – system agreguje różne ID z innych państw członkowskich UE.

Odnosząc się w sposób krytyczny, należy wskazać na kilka kluczowych zagadnień. Po pierwsze, podnoszone w toku konferencji problemy dotyczące płatności wydają się być przecenianie przez jej uczestników – zwłaszcza mając na uwadze rozwiązania przyjęte przez dyrektywę 2015/2366/UE Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) z dnia 25 listopada 2015 r. dotycząca usług płatniczych na rynku wewnętrznym, zmieniająca dyrektywy 2002/65/EC, 2009/110/EC i 2013/36/EU oraz regulację (UE) nr 1093/2010 i uchylająca dyrektywę 2007/64/WE (Dz. Urz. UE nr L 337 tom 35 z 23.12.2015 r.). Implementacja tej dyrektywy powinna w znacznym stopniu uprościć i pomóc utworzyć praktyczne narzędzia pozwalające rozwiązać podnoszone tu problemy.

W drugiej kolejności należy wskazać, że było stosunkowo mało dyskusji poświęconych zagadnieniom ochrony danych. Możliwości wyszukiwania w LRI informacji o właścicielach w poszczególnych rejestrach za pomocą np. adresu nieruchomości są stosunkowo duże. W związku z tym przyjęto szereg interesujących rozwiązań. Zakładają one, m.in., że wyszukiwanie danych może być przeprowadzane tylko po uprzednim ustaleniu tożsamości szukającego. Wszystkie wyszukiwania są odnotowywane, w wielu wypadkach informacje o fakcie ich przeprowadzenia są przekazywane osobom, których dane zostały wyświetlone w wynikach wyszukiwania. W ciekawy sposób rozwiązano problem nadmiarowości i niecelowości potencjalnych wyszukiwań – wprowadzenie drobnej opłaty od każdego wyszukiwania spowodowało spadek ich liczby. W niektórych państwach członkowskich

przyjęto też przepisy pozwalające po prostu upubliczniać dane osobowe mające związek z realizowanymi wyszukiwaniami. Wszystkie te działania wydają się mimowolnie korespondować z zasadami wyrażonymi w art. 5 ogólnego rozporządzenia o ochronie danych.

Zasadnicza infrastruktura zdigitalizowanej Estonii składa się w istocie z wielu niezależnych systemów i rejestrów, które w ustandaryzowany sposób wymieniają między sobą dane. Stanowi to interesującą drogę rozwoju, możliwą do zastosowania również w dużo większych państwach, takich jak choćby Polska.

PRAWO W DZIAŁANIU tom 40

- **Marek Andrzejewski**
  Wokół Projektu Kodeksu Rodzinnego przedłożonego w lipcu 2018 r. przez Rzecznika Praw Dziecka
- **Alina Prusinowska-Marek**
  Praktyka sądowa w zakresie realizacji zasady tymczasowości pieczy zastępczej
- **Jerzy Słyk**
  Orzekanie w sprawach dotyczących umieszczenia pacjenta w zakładzie opiekuńczo-leczniczym
- **Maciej Domański**
  Konwencja ONZ o prawach osób niepełnosprawnych w interpretacji Komitetu do spraw praw osób niepełnosprawnych a podstawowe instytucje prawa cywilnego
- **Jędrzej Maksymilian Kondek**
  Umowa przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie i jej praktyka w świetle wizytacji i lustracji kancelarii notarialnych w latach 2013–2017
- **Ewelina Kajkowska**
  Mechanizmy sprzyjające koncentracji materiału procesowego na gruncie angielskiej procedury cywilnej
- **Łukasz Kondratko**
  Nadzór judykacyjny nad komornikiem sądowym. Kilka uwag na marginesie art. 759 § 2 i 3 Kodeksu postępowania cywilnego
- **Mirosława Pytlewska**
  System Losowego Przydziału Spraw jako gwarancja bezstronnego prawa do sądu w kontekście zaleceń Unii Europejskiej
- **Bartłomiej Oręziak**
  Analiza prawnej dopuszczalności zamieszczania hiperlinków w internecie. Uwagi na tle wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 4.12.2018 r. w sprawie MAGYAR JETI ZRT przeciwko Węgrom
- **Roland Szymczykiewicz**
  Miejsce tzw. sygnalistów w polskim systemie prawnym. Część 1: ujęcie cywilnoprawne
- **Ewa Wojtaszek-Mik**
  Frank Wijckmans, Filip Tuytschaever, Agata Jurkowska-Gomułka, Małgorzata Modzelewska de Raad, Olga Sztejnert-Roszak „*Porozumienia dystrybucyjne w prawie konkurencji. Unia Europejska – Polska*" (recenzja)
- **Konrad M. Mazur**
  „Interoperacyjność rejestrów publicznych dotyczących nieruchomości". Raport sprawozdawczo-badawczy z konferencji *Land Registers Interconnected*. Tallin, 9–10 maja 2019 r.

Cena: 34,99 zł (w tym 8% VAT)

ISSN 2084-1906

PKWiU 2008 58.14.12.0